

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Navarro y Quintana, 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.

I.- Antecedentes:

El encarcelamiento se ha expandido exponencialmente en los últimos años en nuestro país, volviéndose la respuesta privilegiada a los problemas de seguridad pública.

Particularmente en el caso de las mujeres, antes del año 2005 el promedio anual de condenadas a prisión se mantenía relativamente estable (1.300 reclusas en promedio anual), situación que con posterioridad a la publicación de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas, aumentó progresivamente (hasta app. 3.400 en promedio anual), debido al gran aumento de condenas a prisión en mujeres que obtenían sus ingresos gracias al microtráfico de drogas (negocio que ejercían desde sus propios hogares).¹ A noviembre de 2016, 4.032 mujeres se encontraban privadas de libertad, lo que corresponde al 8% de la población penal.² El 88,5% de ellas declaró ser madres y la gran mayoría encabezaban familias monoparentales y ejercían la jefatura del hogar.³

En nuestro país se estima que 1 de cada 100 niños, tiene a su padre y/o madre privados de libertad en Chile (más de 40.000)⁴, no obstante la falta de información sobre niños y niñas con progenitores encarcelados es un indicador de la invisibilidad de las familias de los presos en general, de la facilidad con que los niños y niñas de una madre o padre encarcelado son olvidados.⁵ Naciones Unidas el año 2011, en su

¹Trabajo realizado en conjunto por Fabián Luengo, asesor legislativo del Senador Alejandro Navarro, ONG En Marcha, Corporación Humanas y Leasur ONG. Santiago, Diciembre 2016.

² Gendarmería de Chile, “Informe de Prevalencia de Violencia de Género en la Población Penal Femenina de Chile” Noviembre 2015, P.8

² www.gendarmeria.gob.cl (información 30 de noviembre de 2016).

³ Informe de Corporación Humanas “Mujeres encarceladas por delitos de droga”, Septiembre 2015

Día General de Debate, reconoció que niños y niñas con padre y/o madre encarcelados “son las víctimas invisibles del delito y del sistema penal. No han hecho nada malo y sin embargo, sufren el estigma de la criminalidad. Sus derechos de crianza se ven afectados tanto por la acción delictiva de uno de sus progenitores como por la respuesta del estado en nombre de la justicia”.⁶

Chile es el único país de América Latina y el Caribe en contar con un programa de acompañamiento psicosocial para niños y niñas de 0 a 17 años que tengan un familiar significativo privado de libertad: el Programa Abriendo Caminos (parte del Subsistema de Seguridad y Oportunidades dependiente del Ministerio de Desarrollo Social), pero aún existen múltiples desafíos para garantizar el pleno cumplimiento de sus derechos.

Al respecto, Claudia Stella ha señalado que “los hijos e hijas de hombres y mujeres presos son una “población olvidada”, no solo por las instituciones educativas sino también por el medio académico y la sociedad en general. Es escaso el conocimiento sobre quiénes son, dónde están y cómo son atendidos, pero fundamentalmente nada se sabe sobre lo que necesitan y cuáles son sus dificultades”.⁷ En el mismo sentido, el

⁴ ENMARCHA en Informe Infancia Cuenta, Observatorio de Niñez y Adolescencia, ¿Cuántos son en Chile?, Chile 2016, p. 128

⁵ La niñez también necesita de su papá: hijos e hijas de padres encarcelados. Quaker United Nations Office. Jennifer Rosenberg, Prólogo por Rachel Brett. Publicaciones sobre los refugiados y los derechos humanos. Septiembre 2009. p. 5.

⁶ Church World Service América Latina y El Caribe y Gurises Unidos, “Invisibles: ¿hasta cuándo?. Una primera aproximación a la vida y derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe. Estudio de caso: Brasil, República Dominicana, Nicaragua y Uruguay. p. 16.

informe elaborado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (2011) califica de “lamentable” esta ausencia y reclama “que deberían destinarse más recursos en este sentido”. 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 o niñas 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 definitiva, como fuera señalado por The Osborne Association, esta parece ser una “cuestión huérfana”, ya que no pertenece a un solo organismo o ente de supervisión y son múltiples las interrogantes respecto al alcance e impacto de la encarcelación de los padres sobre los niños y niñas.⁸

Una realidad más fácil de constatar -ya que sabemos dónde están-, pero igual de invisibilizada, es la que viven 122 niños y niñas de entre 0 y 2 años que se encontraban a junio de 2016 viviendo con sus madres en uno de los 30 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 2001.⁹

La privación de libertad de la madre, trae 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. Nos enfrentamos aquí ante una extensión de la condena de la madre hacia el niño o niña que queda, o sin su madre, o con ella al interior de la cárcel. Tal como señalan las recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, “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”.¹⁰

1. Impacto durante los primeros años.

⁹ ENMARCHA en Informe Infancia Cuenta, Observatorio de Niñez y Adolescencia, ¿Cuántos son en Chile?, Chile 2016, p. 135 y ss.

La privación de libertad de esos niños y niñas en sus primeros años trae consigo una mayor probabilidad de provocar dificultades a largo plazo, como problemas para vincularse con otras personas, desadaptación emocional y trastornos de personalidad.¹¹ Además, se encuentran absolutamente limitados para acceder a una buena nutrición, debido a que no se asegura una correcta alimentación a las madres lactantes que les permita producir leche materna en cantidad y calidad esperada, lo que atenta contra su derecho a recibir un alimento adecuado y al desarrollo.

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 (...). Los niños y niñas con progenitores encarcelados “tienden a vivir en ambientes de alto riesgo y viven una serie de consecuencias” derivadas del encarcelamiento parental.¹²

Sobre el impacto de la separación temprana, un informe de la organización Quaker United Nations Office ha señalado que las niñas y niños experimentan una gran

⁷ Op. Cit. Church World Service América Latina y El Caribe y Gurises Unidos, “Invisibles: ¿hasta cuándo?.p.9.

⁸ Ibid. 29.

¹⁰ Op. Cit. Robertson Oliver, “Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos”; p. 54.

¹¹ Op. Cit. Robertson Oliver, Associazione Comunità Papa Giovanni XXIII, Presentación escrita; p.2.

cantidad de problemas psicosociales: 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.

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 al encierro en la prisión en el caso de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos de corta edad.¹³

2. El caso de Lorenza Cayuhán y la visibilización en la opinión pública de la realidad antes descrita.

La realidad que viven cientos de niños y niñas en nuestro país, así como la absoluta omisión de reglamentación y competencias con perspectiva de género en materia penitenciaria, pudo ser parcialmente visibilizada a raíz del caso de Lorenza Beatriz Cayuhán Llebul, comunera mapuche que se encuentra cumpliendo condena en dependencias del Centro de Detención Preventiva de Arauco, quien denunció haber sido víctima de tratos inhumanos y degradantes durante su embarazo y el proceso de parto de su hija Sayén Nahuelán Cayuhán.

El día 13 de octubre de 2016 Lorenza Cayuhán, con 32 semanas de embarazo, fue trasladada de urgencia -en taxi y engrillada-¹⁴ desde el CDP Arauco a las dependencias del Hospital Regional Guillermo Grant, luego de haber manifestado sus dolencias y haber sido ignorada en días previos por funcionarios paramédicos del Centro de Detención. En este lugar, 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. Debido a ello, se le trasladó -nuevamente engrillada- hasta el hospital Regional de Concepción, donde se confirmó el diagnóstico y se ordenó una cesárea de urgencia. Ante la falta de camas en dicho establecimiento es trasladada -con grilletes una vez más- hasta la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán de Concepción.¹⁵ En esta clínica Lorenza parió a su hija Sayén, engrillada de pies y en presencia de funcionarios -hombres- de Gendarmería de Chile,

¹² Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el Día de Debate General 2011. Quaker United Nations Office. Oliver Robertson. Publicaciones sobre los refugiados y los derechos humanos. Agosto 2012. p. 54.

siendo trasladada posteriormente hacia la UCI de la Clínica Sanatorio Alemán, sin su hija, ya que Sayén se mantuvo en la incubadora de la Clínica de la Mujer.

La situación tortuosa que sufrió Lorenza y el traumático nacimiento de su hija Sayén no constituyen un caso aislado¹⁶, sino que refleja la realidad que viven miles de mujeres y sus hijos/as durante su embarazo, proceso de parto y los primeros dos años de vida de los niños y niñas. De modo que su caso no sólo puso en evidencia los procedimientos irregulares de Gendarmería y la falta de criterio de sus funcionarios/as, sino que visibilizó el trato indigno e inhumano que reciben las mujeres reclusas durante una etapa propia de su condición biológica, el embarazo y parto del mismo, tratos que trascienden en la vida de sus hijos e hijas, principalmente al gestarse, nacer y vivir privados/as de libertad durante sus primeros años de vida.

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

3. Normativa Nacional.

La situación que viven las mujeres privadas de libertad que se encuentran embarazadas y sus hijos/as antes de nacer y durante sus primeros años de vida, transgrede diversos preceptos dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En primera instancia, los hechos descritos implican una vulneración a las propias bases de la institucionalidad, consagradas en el capítulo I de la Constitución Política de la República, cuyo artículo primero estatuye que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, supuesto que en la especie no se garantiza para los hijos e hijas de mujeres presas, 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 ni durante su proceso de parto.

Asimismo, se 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.

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, Chile se encuentra incumpliendo los tratados de derechos humanos que versan sobre estos grupos, haciendo caso omiso a diversas recomendaciones de organismos internacionales, a los que haremos referencia en el siguiente apartado.

Por otra parte, la situación que viven estas mujeres y sus hijos, infringen la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería, la que le encomienda a este servicio un rol de garante. Así, en específico, el artículo primero establece que “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 el artículo 15 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 la vez, implica una contravención al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518 (REP), 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", proscribiendo luego el artículo sexto del REP, toda tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La violación a los mencionados preceptos no es más que el resultado de una construcción androcéntrica y adultocentrista del sistema penal y carcelario, en donde

¹³ TOWNHEAD, Laurel. Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. Quaker United Nations Office, Abril de 2006, p. 3.

¹⁴ Según consigna el informe médico presentado por el Departamento de Derechos Humanos del Colegio Médico, acompañado en el recurso de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Pública en favor de Lorenza Cayuhán.

¹⁵ Así lo reconoce el fallo de la Corte Suprema, del 01 de diciembre de 2016, Causa ROL N° 92.795-2016.

¹⁶ Distintos relatos de mujeres embarazadas y madres privadas de libertad se pueden encontrar en: Cid, E. (2007). Educación preescolar penitenciaria. Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Educación, Universidad de Chile. Disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/cid_e/sources/cid_e.pdf. Páginas 103 y siguientes.

existe un predominio de visiones estrictamente enfocadas en la perspectiva de la “seguridad ciudadana”, que no logran efectivizar los enfoques de género y derechos humanos, y en particular el de los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA). En este sentido, un estudio realizado por UNICEF y la Defensoría General de la Nación de Argentina, ha indicado que: “...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»”.

Ello no significa que a los hombres detenidos los afecten problemas diferentes que los que aquejan a las mujeres encarceladas (violencia, mala alimentación, hacinamiento, etc.), sino que a los conflictos que puedan tener tanto hombres como mujeres en el encierro, se suman los propios de la condición de género. En efecto, 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”.¹⁷

Sumado a lo anterior, nos encontramos ante un escenario con una inexistente fiscalización de la labor penitenciaria y una regulación fragmentada, sin sistematicidad ni consideración de poblaciones diversas. Así podemos nombrar, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (Decreto Ley N° 2859, de 15 de septiembre de 1979), que no realiza ninguna distinción o alusión a la situación particular de la mujer privada de libertad; también el Decreto N° 321 sobre “Libertad Condicional”, que ni él ni su reglamento incluyen referencias a las particularidades de la privación de libertad de mujeres; ni el Decreto N° 943, que aprueba el reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario, establece reglas dirigidas a las mujeres reclusas.

Lo anterior resulta relevante, pues en Chile a falta de una adecuada Ley de Ejecución de las penas, y de un tratamiento orgánico y coherente de la normativa penitenciaria, las condiciones en las que se cumplen las penas privativas de libertad se regulan por el REP, regulación que ha sido muy criticada por su rango normativo que contradice la reserva legal respecto de aquellas disposiciones que limitan o privan derechos (al

¹⁷ Unicef, y Defensoría General de la Nación “Mujeres Privadas de Libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad”, Argentina, año 2009, P.70.

establecer sanciones, por ejemplo), y deficiente, al no contemplar, entre varias otras cosas, una perspectiva de género ni de resguardo de la identidad étnica.

4. Normativa Internacional.

Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, la situación que hoy viven cientos de mujeres reclusas y sus hijos/as pequeños/as, vulneran garantías establecidas en diversos tratados internacionales que han sido suscritos y ratificados por Chile:

- i. En primer lugar, constituyen una violación a la protección de la maternidad y la infancia establecida por Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25°), al derecho a nacer libres e iguales en dignidad y derechos, igualdad ante y en la ley (1°, 2, 3° y 7°)
- i. Segundo, contravienen la garantía de respeto a la dignidad de los y las 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, estableciendo medidas especiales de protección con estos/as, que se consagran en éste y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- ii. Tercero, en el mismo sentido que el anterior, respeto a la dignidad de los y las privados/as de libertad, 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
- iii. Cuarto, no se 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 y se refieren específicamente a esta temática los artículos 9° y 20°, el primero que hace mención explícita al derecho de los NNA a 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 del interés superior del niño (...) y el segundo, cuando afirma que todo niño/a que sea separado de sus padres porque han sido privados de libertad tendrá derecho a recibir protección y asistencia especiales del Estado. Esta Convención establece el interés superior del niño como principio rector dentro de los ordenamientos jurídicos, lo que implica que tanto jueces como autoridades gubernamentales y políticas deberían tenerlo en cuenta de forma primordial al adoptar cualquier decisión.

iv. Por su parte, específicamente relacionados a los derechos de las mujeres reclusas encontramos que tampoco se da lugar a 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 hijos menores, como lo son 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, o al no utilizar mecanismos menos coercitivos.¹⁸

ii. Mediante las situaciones descritas también se atenta contra el derecho de vivir una vida libre de violencia, el que se encuentra garantizado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará).

v. 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.¹⁹

II. Fundamentos del proyecto:

1. Impacto diferenciado de la privación de libertad.

Resulta de suma relevancia reconocer que el encarcelamiento de mujeres tiene un impacto diferenciado en estas y en sus familias, principalmente atendido al rol de cuidado que se les atribuye por su género. En este sentido, lo ha señalado un estudio de la Defensoría del Pueblo de Bolivia, respecto a la situación de los derechos de las mujeres privadas de libertad “la pena privativa de la libertad es en sí misma violenta, pero para las mujeres se convierte en un ámbito especialmente discriminador y opresivo, hecho que se manifiesta en el desigual tratamiento penitenciario, que no sólo está basado en ideas estereotipadas sobre las mujeres que infringen la ley penal, sino que, los recintos y las políticas al haber sido diseñados para hombres, no satisfacen las problemáticas específicas de las mujeres”.²⁰

¹⁹ En su artículo 12.2 prescribe que “Los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto, y el período posterior al parto (...)”.

1.1 Impacto en mujeres.

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.²¹ En efecto, el encarcelamiento de mujeres provoca muchas veces el desmoronamiento de un entorno familiar, donde la mujer generalmente es el principal o único soporte para 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 (falta de atención médica especializada, poco acceso laboral al momento del egreso, entre otros).²²

A lo anterior se suma el hecho de que el encarcelamiento de mujeres en Chile ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos 10 años, particularmente a raíz de la modificación al tratamiento de delitos de droga, tras la incorporación de la ley 20.000 que supuso el aumento considerable de penas para el tráfico y microtráfico de sustancias estupefacientes.²³

1.2 Impacto en mujeres embarazadas o con hijos o hijas dentro de la cárcel.

Diversos estudios respecto a mujeres embarazadas que se encuentran privadas de libertad apuntan a que la cárcel es un lugar «per sé» inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y la atención especializada durante dicho estado, ello en relación a la dieta, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos. A ello se suma que el embarazo en situación de encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional del o la gestante.

La privación de libertad no debería en caso alguno 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, sabemos que esto no ocurre al día de hoy, ya que no existe un diseño nacional de políticas sobre cuidado de mujeres embarazadas en los recintos penitenciarios. Más allá de encontrarse en otra sección, no hay ese cuidado ni la asistencia debida, existiendo incluso casos de pérdida, por negligencia, al interior de recintos penitenciarios en el país.²⁴

Respecto a las madres encarceladas, Marcela Lagarde refiere que en general éstas sienten que son «malas madres», ya que creen haber abandonado a sus hijos, sintiendo que su ausencia dañará en forma irreversible su desarrollo.

Por ello, la detención de una mujer que es madre inexorablemente implica el castigo a sus hijos dado que la relación madre-hijo funciona como una estructura inescindible. Si el hijo o hija permanece con la madre en la cárcel, se encuentra preso/a como ella, y si no, sufre a diario la pérdida de la madre.²⁵

Uno de los principales problemas de las mujeres privadas de libertad es la situación que viven las condenadas embarazadas, o que son madres de lactantes o niños pequeños. Actualmente en Chile, dentro de la población en el sistema cerrado (es decir, privadas de libertad sin permiso de salida, ni en CET semiabierto, ni con penas sustitutivas), según cifras de Gendarmería, existen 171 embarazadas y madres con hijos menores de dos años, dentro de las 30 secciones materno-infantiles de las unidades penales del país.²⁶

Estas unidades, en términos generales, si bien presentan mejores condiciones que las de la población común, no están diseñadas para aportar al desarrollo de niños y niñas en los términos propuestos por las Reglas de Bangkok. Los espacios son reducidos (Regla 5), no cuentan con funcionarios capacitados, ni tampoco con atención médica constante (Regla 48), ni se toma en consideración el interés superior del niño al tomar decisiones (Regla 49) ni se priorizan sentencias alternativas a la prisión (Regla 64), haciendo sumamente gravosa la situación de estas condenadas y sus hijos/as.

Estas mujeres no pueden acceder a permutación de la pena o modalidades alternativas al encarcelamiento.

1.3. Impacto durante el parto.

El parto de una mujer debe ser un momento íntimo y de cuidado, donde la condición de presa no puede ser óbice de 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, nunca deben usarse instrumentos de coerción durante la labor de parto, durante el parto mismo, ni inmediatamente después del parto, cuestión absolutamente omitida por el Estado chileno. La falta de protocolos de actuación sobre la materia, adecuados a las reglas y estándares internacionales, y la falta de profesionales relacionados a la salud en Gendarmería de Chile son un atentado potencial constante para mujeres embarazadas presas.²⁷

Por otro lado, debe permitirse a la madre, de igual manera que si estuviera en el medio libre, el contacto directo con su hijo o hija. Así, “se debe permitir a las madres

presas tener contacto inmediato, piel con piel, con el bebé y empezar pronto a amamantarlo (dentro de la primera hora después de nacido)".²⁸

2. Experiencia comparada y estándares internacionales en la materia.

A nivel internacional el estándar principal ha sido resguardar el interés superior del niño. Esto 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 sentido positivo). Así, se ha indicado que "se deberá dar prioridad a las medidas sin privación de la libertad, incluso en relación a la detención preventiva, a fin de evitar el impacto negativo que sobre los menores tiene el encarcelamiento de su padre o madre".²⁹ Además esto se traduce en un cuidado activo del menor a lo largo de todo el desarrollo del proceso de justicia penal, es decir, no sólo al momento de la separación madre/hijo producto del encarcelamiento de ésta en la ejecución de la pena, sino que implica también considerarlo al momento de la investigación, al decretar medidas cautelares, la determinación de la pena, y el cumplimiento efectivo de esta.

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 e hijas. A partir de esto es que UNICEF con la colaboración del Centro de Estudios Públicos de Política Comparada de la Universidad Diego Portales (CPC) publicaron el año 2014 una revisión sistemática de intervenciones psicosociales efectivas para niños, niñas y adolescentes hijos de madres y padres privados de libertad.³⁰ En este se presentan 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; iv) políticas de retraso de la pena.

i) Unidades materno-infantiles: única modalidad existente en Chile. En la revisión hecha por UNICEF se presenta como se ha dado en 33 países. El límite de edad en el que un niño o niña puede permanecer en la cárcel fluctúa entre los 0 a los 6 años. En este sentido existe la discusión en torno a si es mejor que permanezcan niños y niñas en las cárceles junto a sus madres para no afectar el apego o que no puedan

³⁰ Estudio realizado por Unicef en conjunto a UDP, denominado "Revisión sistemática de intervenciones psicosociales para NNA con padres/madres privados de libertad"; Agosto, 2014.

permanecer porque eso significa que también se encuentran privados de libertad. En general, se encuentran a cargo del mismo establecimiento penitenciario, como ocurre en Chile.

Respecto a este, es importante hacer presente que la edad sugerida por todos los estudios, para que niños y niñas permanezcan bajo el cuidado de sus madres es de a lo menos 3 años, estando Chile bajo la edad mínima recomendada por los y las expertas.

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 NNA fluctúa entre 5 a 12 años.

iii) Arresto domiciliario: medida implementada en Argentina e Italia que permite cumplir la condena en el hogar junto a la hija o hijo lo que evita la separación traumática. Es una medida de difícil implementación pues en el caso de estas experiencias ha quedado a discrecionalidad del juez su aplicación y porque además no permite el desempeño de actividades laborales. Se establecen requisitos en relación a la gravedad del crimen cometido. La edad límite de los NNA es de 5 años en Argentina, y 10 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 dure más de 5 años. La edad límite de los NNA para recibir el beneficio es de 6, 14 y 14 años respectivamente. Han existido problemas en su implementación pues siguen habiendo mujeres embarazadas o con hijos o hijas menores de la edad requerida que están cumpliendo su condena en la cárcel.

3. Justificación y contenido de la solución por la que optamos: suspensión de la pena e improcedencia de la prisión preventiva.

A partir de la exposición de las experiencias comparadas y las posibles soluciones que se implementan en distintos países, se concluye que hay que optar por la suspensión de la pena y la improcedencia de la prisión preventiva para mujeres embarazadas y con hijos e hijas menores de 3 años. Desde una perspectiva de género esta solución se hace cargo por una parte de la situación irregular sujeta a las arbitrariedades y discreción del funcionario de turno a la que se enfrentan mujeres y de las falencias de un sistema carcelario androcéntrico, y por otro lado asegura, en el

marco del interés superior del niño, que este no nazca y viva sus primeros años en un mundo de privación de libertad, evitando de este modo la trascendencia de la pena.

Así, a partir de recomendaciones hechas 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 y niñas dependientes, y que esta sanción debiese ser considerada como último recurso.

En este sentido, en el estudio del Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica que ya se indicó, se 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”. Abordar esta propuesta desde una perspectiva de género es justamente entender una realidad carcelaria: cerca de un 88,5% del total son madres, alrededor de un 58% está condenada por delitos de drogas, las cárceles de mujeres son considerablemente menos que la de hombres, por lo tanto la distancia entre madres e hijos es mayor, por lo que el régimen de visitas además de ser muchas veces vejatorio, es incómodo y dificultoso, el promedio de hijos por mujer es de tres, con una edad promedio de 10 años, además de que en un 57% de los casos hay ausentismo paterno. A partir del diagnóstico de la criminalidad femenina recién expuesto, es que la propuesta de una suspensión del cumplimiento de la condena no está sujeta a los requisitos que se presentan en la ley 18.216, entendiendo además que todas las mujeres se encuentran en una misma situación por lo que no debiese existir impedimentos en el acceso a la suspensión. En este sentido es que igualmente se establece la improcedencia de la prisión preventiva para mujeres que estén embarazadas y tengan hijos menores de 3 años al momento de la solicitud de la medida cautelar.

Por otro lado, desde la perspectiva del interés superior del niño, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, este debe ser una directriz para la actuación de todos los órganos del Estado, asegurándose que los NNA no nazcan ni vivan sus primeros años de vida en un mundo de privación de libertad, de esta forma evitándose la trascendencia de la medida o pena que le fue aplicada a su progenitora. Como ya se señaló más arriba, resulta inconstitucional y va contra toda norma internacional que los niños y niñas nazcan privados de libertad, dignidad y derechos, considerando además que el ambiente carcelario es nocivo para el desarrollo de ellos/as, como se indica en el estudio “El impacto social de la prisión femenina” del Centro de Políticas Públicas UC17. Entre los efectos nocivos está el trauma de la separación madre/hijo, empobrecimiento de los hogares después del encarcelamiento, dificultades que se presentan en la capacidad parental del cuidador y en el ajuste familiar, estigmatización social³¹, además de los posibles riesgos en la salud física y psíquica.

En este sentido, como se indica en las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reglas que consideran el interés superior del niño como directriz ya desde su regla 49, se indica lo siguiente:

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 (el destacado es nuestro).

De esta forma, como dispone la misma Asamblea General de las Naciones Unidas mediante esta disposición se 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, en sus reglas de aplicación general se establece 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.

Así, 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 y también al momento de legislar.

¹⁸ Particularmente lo dispuesto en las siguientes Reglas de Mandela: Regla 47.-1. Se prohibirá el uso de cadenas, grilletes, y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor. Regla 48.-2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior. Regla 49: La administración penitenciaria tratará de utilizar técnicas de control para evitar la necesidad de imponer instrumentos de coerción física o reducir el carácter invasivo de esos instrumentos(...).”

²⁰ Defensoría del Pueblo, “Bolivia: Situación de los Derechos de las Mujeres Privadas de libertad. Informe Defensorial”, 2012, p.8.

²¹ Ibid. Defensoría del Pueblo: “*La prisión es para la mujer un espacio discriminador y opresivo. Esto se expresa en el desigual tratamiento recibido y en el significado, muy diferente, que asume el encierro para las mujeres y para los hombres. Se sostiene que la prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de «mala» porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil*”. P. 31 y 32.

²² Un estudio realizado el año 2012 por el Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica sobre mujeres madres privadas de libertad en el CPF de San Joaquín arrojó como resultado que el 57% era soltera. El 86% no terminó la etapa escolar.

²³ Un crecimiento de un 36.8% en los últimos diez años, en contraposición al 12.9% de aumento que presenta la población masculina, y más de la mitad (58.9%) de las mujeres condenadas lo está por delitos de droga, según informe de Corporación Humanas “*Mujeres encarceladas por delitos de droga*”, Septiembre 2015

III. Articulado propuesto:

Se propone entonces la creación de una nueva figura procesal dentro del proceso penal, la cual sería la suspensión de la condena para el caso de mujeres embarazadas o aquellas que tengan hijos o hijas menores de 3 años. Esto se realizaría a través de la incorporación de un nuevo artículo, el 468 bis, inserto dentro de las reglas de

²⁴ Robertson Oliver, “*Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos*”; Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos de la niñez, en el día de debate general (2011); P. 54.

²⁵ Unicef, y Defensoría General de la Nación “Mujeres Privadas de Libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijos/os menores de edad”, Argentina, año 2009, P.70 y 71.

²⁶ Dato extraído del Compendio Estadístico de Gendarmería de Chile; cifras actualizadas al 31 de agosto de 2016

²⁷ La Corte Suprema en el fallo ROL 92.795-16 ordenó a Gendarmería “revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres”

²⁸ *Op. Cit.* Robertson Oliver, P. 31.

²⁹ *Op. Cit.* Robertson Oliver, Associazione Comunità Papa Giovanni XXIII, Presentación escrita; p.73.

ejecución de pena. Además, creemos necesaria hacer extensiva dicha regla no sólo a la ejecución de pena privativa de libertad, sino también a aquel encierro que no proviene de una sentencia condenatoria, sino de una medida cautelar. En ese sentido, se propone agregar una causal de improcedencia de la prisión preventiva en el artículo 141.

Es por estas razones aquí expuestas que se viene a sugerir el siguiente:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL ESTABLECIENDO LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL Y LA IMPROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA RESPECTO DE LAS MUJERES EMBARAZADAS Y DE AQUELLAS QUE TENGAN HIJOS O HIJAS MENORES DE TRES AÑOS, RESPECTIVAMENTE.

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 remplazase por una coma (,) seguida de la conjunción “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:

“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.

³¹ Centro de Políticas Públicas UC, EL IMPACTO SOCIAL DE LA PRISIÓN FEMENINA.

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”.