

OFICIO N° 25-2017

INFORME PROYECTO DE LEY N° 2-2017

Antecedente: Boletín N° N°11.073-07

Santiago, 13 de febrero de 2017

Por oficio N° 004/SEC/17, de 4 de enero de 2017, el Presidente del Senado, don Ricardo Lagos Weber, remitió a esta Corte 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, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (Boletín N° 11.073-07).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión de 3 del mes de febrero en curso, presidida el suscrito y con la asistencia de los Ministros señores Sergio Muñoz Gajardo, Patricio Valdés Aldunate, Carlos Künsemüller Loebenfelter, Haroldo Brito Cruz y Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun y María Eugenia Sandoval Gouët, señores Juan Eduardo Fuentes Belmar, Lamberto Cisternas Rocha, Ricardo Blanco Herrera y Carlos Aránguiz Zúñiga, señora Andrea Muñoz Sánchez y señores Carlos Cerda Fernández y Jorge Dahm Oyarzún, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**AL SEÑOR PRESIDENTE
RICARDO LAGOS WEBER
H. SENADO
VALPARAÍSO**

“Santiago, diez de febrero de dos mil diecisiete.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que por oficio N° 004/SEC/17, de 4 de enero de 2017, el Presidente del Senado, don Ricardo Lagos Weber, remitió a esta Corte 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, al tenor de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (Boletín N° 11.073-07);

Segundo: Que la iniciativa en estudio consta de un artículo único, que pretende modificar el Código Procesal Penal en el siguiente sentido: por una parte, propone crear como nueva figura procesal, la suspensión de la condena para mujeres embarazadas o aquellas que tengan hijos o hijas menores de 3 años, la que se implementa a través de la incorporación de un nuevo artículo 468 bis al señalado cuerpo normativo; y por otra, propone agregar una nueva causal de improcedencia de la prisión preventiva en el artículo 141 del mismo código, para el caso de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de 3 años. (Ver cuadro comparado que se adjunta como anexo);

Tercero: Que las modificaciones propuestas por el proyecto de ley se fundamentan en dos aspectos: por una parte, en el interés superior del niño y el impacto negativo que tiene en la primera infancia tanto el alejamiento de éste de su madre, como la eventual internación del niño o niña en el centro penitenciario en compañía de su madre privada de libertad; y, por otra, en las asimetrías que existen entre el impacto de la privación de libertad que se produce en las madres o mujeres embarazadas que se encuentran privadas de libertad, respecto de los hombres.

En lo que se refiere al primer aspecto, la moción manifiesta que la privación de libertad de niños y niñas en sus primeros años trae consigo una mayor probabilidad de provocar dificultades a largo plazo, tales como problemas para vincularse con otras personas, desadaptación emocional y trastornos de personalidad. Además, al encontrarse en entornos de privación de libertad, se encuentran restringidas sus posibilidades para acceder a estándares adecuados de nutrición, educación, salud y sociabilidad, todo lo que impone en el menor inocente un mayor grado de vulnerabilidad.

Respecto del segundo aspecto, atendido el rol de cuidado que social e históricamente se les atribuye por su género, en muchos casos la mujer es el principal o único soporte para los hijos y pareja. De allí que su privación de libertad tenga efectos expansivos mucho mayores en la familia y la sociedad. Adicionalmente, este mayor peso o carga social, en el caso de las mujeres privadas de libertad que se encuentran embarazadas, se manifiesta negativamente en la existencia de importantes barreras de acceso en lo que respecta a su alimentación, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos, lo que además de arriesgar la salud física y emocional del gestante, compromete la salud emocional y física de la mujer.

Las situaciones anteriores encuentran una expresión manifiesta en el momento del parto de la mujer que se encuentra privada de libertad, ya que durante este momento los aspectos de seguridad, salud y apoyo al parto se tornan críticos, constituyendo la falta de protocolos de actuación adecuados sobre la materia y la falta de profesionales relacionados a la salud en Gendarmería de Chile para tratar estos casos, razones de peso para avanzar en una legislación como la que se propone;¹

Cuarto: Que junto con lo anterior, desde una perspectiva empírica, el proyecto de ley cifra la importancia de esta iniciativa en circunstancias tales como, el radical aumento de la población penal femenina durante los últimos años, el enorme porcentaje de ellas que son madres y realizan el cuidado de sus niños, la enorme incidencia del ausentismo paterno (57% de los casos), el promedio de tres hijos que posee cada mujer privada de libertad y las diferencias de trato que se producen entre la población privada de libertad masculina y femenina (infraestructura, localización, régimen de visitas, etc.).

En este contexto –señalan– se hace necesario implementar en nuestro ordenamiento una normativa que vaya en consonancia con la realidad imperante, y con los tratados internacionales que ha suscrito nuestro país, para lo que se

¹ A este respecto, cita la sentencia dictada por la Corte Suprema rol 92795-2016 en su considerando 14° ha señalado que “...no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto -más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló-, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer...”.

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 o hijas menores de tres años, en los términos que se ha anunciado;

Quinto: Que no obstante que el oficio del Senado recaba el parecer de esta Corte únicamente en relación al primer punto señalado –suspensión de la condena– en la medida que estima dice relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, ambas modificaciones tienen similares fundamentos, por lo que, al menos desde el punto de vista del marco teórico, se hará una revisión general, que comprende las dos propuestas;

Sexto: *“Toda reflexión acerca de la legitimación y delimitación ético-jurídica de la pena criminal presupone una respuesta a la pregunta semántica acerca del significado de la palabra “pena”. La respuesta reza: “pena” significa la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso”². Sin embargo, la pena asignada por dicho comportamiento defectuoso, no puede ser aplicada sino a quien ha incurrido en él; “la irrogación del mal refleja invertidamente el depósito de confianza que el autor, a través de su reconocimiento como persona moral, ha recibido ex ante. El autor dilapida este depósito de confianza, que es necesario para el libre desenvolvimiento personal, a través del quebrantamiento de la norma; el mismo es reclamado de vuelta al autor, simbólicamente, mediante la pena”³. Esta circunstancia es lo que en doctrina se denomina como principio de personalidad de la pena.*

Este principio quedó asentado como uno de los elementos básicos del derecho penal contemporáneo desde la primera Constitución española de 1812; documento que en su artículo 305 disponía que *“Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno á la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció”⁴.*

“Este principio general recogía la herencia del derecho romano clásico, vulgarizado en el Liber Iudiciorum y recuperado en el Fuero Real a través de los textos del Ius Commune. En ellos se había consagrado la doctrina de que el

² KINDHAÜSER, URS. “Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”. *Revista Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010, N° 16, Vol. 1, p. 31. [En línea] <http://200.89.78.45/index.php/RDH/article/view/16003>.

³ *Ibíd.*, p. 42.

⁴ RAMOS VÁSQUEZ, ISABEL. “El principio de personalidad de la pena en el Derecho histórico castellano”. *Revista de la Inquisición*, 2005, Tomo 11, p. 245. [En línea] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1173081.pdf>.

crimen cometido por un padre o la pena sufrida por él no podía infligir deshonra alguna en su hijo, pues cada uno debía sufrir las consecuencias de sus propios actos y nadie podía constituirse en el sucesor de una culpa ajena. Las sanciones por el delito que cometiera el padre no podían trascender a su sucesor porque cada uno debía ser responsable exclusivamente de sus acciones. Y aunque en la norma sólo se hacía referencia al «hijo», coincidían los autores en que esta teoría debía hacerse extensiva a otros parientes o herederos y a la mujer del delincuente, que tampoco podían verse afectados por las consecuencias penales de su crimen”⁵.

Asimismo, los registros históricos dan cuenta que “*el emperador Adriano estableció en un rescripto dirigido a un tal Publicio Marcelo que la (mujer) libre que, estando embarazada, fuera condenada a muerte, daba a luz una persona libre y era habitual custodiarla hasta que pariera*”⁶.

Este principio resulta particularmente relevante respecto de las penas privativas o restrictivas de libertad, en que existen ciertos casos en que otras personas sufren dicho castigo, en expresa vulneración del principio de personalidad. Así sucede en el asunto estudiado, en que tanto los que están por nacer, como los hijos e hijas menores de 3 años podrían quedar sujetos al mismo régimen que sus padres. Así, el asunto debe analizarse desde una doble perspectiva: la de la mujer embarazada o madre; y la del que está por nacer, o los hijos o hijas menores de 3 años;

Séptimo: Que, tratándose la aplicación del poder punitivo del Estado, de un ejercicio de una potestad de la soberanía entregada exclusivamente a éste, debe entonces seguirse lo dispuesto por el 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*”⁷. Es esta la norma que remite a los Tratados

⁵ *Ibíd.*, p. 248.

⁶ MENTXAKA, ROSA. “Notas sobre la suspensión de la condena capital de la mujer embarazada en el derecho romano”. *Fundamina*, Vol. 20, N° 2, 2014, p. 630. [En línea] <http://www.scielo.org.za/pdf/funda/v20n2/12.pdf>.

⁷ Similar expresión se encuentra en el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (D.S. N° 518/1998, del Ministerio de Justicia), señala que “*El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento*”.

Internacionales, y a toda la normativa externa aplicable, en tanto códigos regulatorios de los estándares mínimos de Derechos Humanos.

Dentro de estos tratados, se encuentra la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer (en adelante CEDAW), que 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, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

En particular, el numeral 15 de la Observación General N° 28 del Comité de Derechos Humanos, sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres⁸, especifica 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”.

Así lo señala también el numeral 23. 1) de 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, celebrado en Ginebra en 1955, a propósito de los servicios médicos:

“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”.

A su turno, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, más

⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “Observación general no. 28: Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3); 29/03/2000. Comentarios generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. Numeral 15.

conocidas como “Reglas de Bangkok”⁹, abordan el tema que nos ocupa en la regla N° 64 que dispone que:

“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”.

La misma regla explica que *“Las cárceles no están diseñadas para las mujeres embarazadas y para las mujeres con niños pequeños. [De esta manera,] 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”.*

Asimismo, la regla N° 22 dispone expresamente que *“No se aplicaran las sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en periodo de lactancia”;*

Octavo: Que por su parte, la reglamentación en Chile se encuentra en el Decreto Ley N° 2859, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, que en su artículo 15 dispone:

“Artículo 15.- El personal de gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes”.

Dicho precepto se ve complementado por el artículo 6° del Decreto Supremo N° 518 de 1998, del Ministerio de Justicia, que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, el que declara que:

“La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal”.

Agregando posteriormente, en su artículo 19, que:

⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. “Reglas de Bangkok”. 16 de marzo de 2011, p. 47. [En línea]
https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf.

“Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas. (...) En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina. (...) Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños. (...) En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención del lactante”.

En un sentido similar, el inciso final del artículo 86 del Reglamento de Gendarmería, a propósito de los castigos de permanencia en celda solitaria, señala que:

“No se aplicará esta sanción a las mujeres embarazadas y hasta seis meses después del término del embarazo, a las madres lactantes, y a las que tuvieran hijos consigo”;

Noveno: En cuanto a la perspectiva de los niños y niñas: Señala el artículo 1° de la Carta Fundamental, que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, hecho que en la práctica se incumple respecto del grupo hijos e hijas de mujeres privadas de libertad, en la medida que éstos -al nacer en un contexto de privación de libertad- no gozan de las mismas condiciones de salud, educación y recreación, que otros niños y niñas en medio libre.¹⁰

¹⁰ En efecto, señala el artículo 19 del Decreto Supremo N° 518 de 1998, del Ministerio de Justicia, que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, señala:

“Artículo 19.- Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.

En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños.

En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención del lactante”.

Lo anterior repercute sobre otra garantía establecida constitucionalmente, a saber, aquella contemplada por el artículo 19 N° 7, letra b) de la Constitución, que al efecto establece que nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida *“sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”*¹¹, de tal manera que, no existiendo norma que prive de libertad a los hijos e hijas de mujeres que estén afectas a una condena, se vulneraría este derecho en tanto los niños y niñas siguen la suerte de sus madres que se encuentran cumpliendo una condena o una medida cautelar, en su caso. Así, tal garantía, respecto de esta población de niños y niñas, no se encontraría efectivizada.

A este respecto, los tratados internacionales reconocen una serie de garantías mínimas, como aquella contemplada por el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

Agregando en el numeral 7.2, que:

“Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Mismo derecho asegurado por el artículo 9.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

A este respecto, señala la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 3.1, que:

“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”;

Décimo: Que sobre la situación de las madres embarazadas o con hijos de menos de dos años en nuestro sistema penal (panorama general): Sin perjuicio de la normativa legal y reglamentaria nacional antes citada, en términos generales, la situación de las mujeres imputadas o condenadas privadas de libertad en estado de gravidez o que dan a luz en esas condiciones, es casi completamente equivalente a la de cualquier mujer que enfrente el sistema.

Por el contrario, la situación de las mujeres que tienen hijos menores de dos años, se encuentra sujeta a una situación alternativa, en la que de acuerdo a los

¹¹ El artículo 2° del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (D.S. N° 518/1998, del Ministerio de Justicia) 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”.*

principios que rigen el sistema de protección nacional de niñas, niños y adolescentes y, en particular, según la consideración de su interés superior, puede conllevar tres escenarios distintos:

- a. Que el niño se mantenga bajo el cuidado de su padre o familia materna o paterna.
- b. Que se disponga el niño se mantenga excepcionalmente y, como máximo, hasta los dos años de edad bajo la tutela de la madre privada de libertad.
- c. Que se disponga alguna otra medida de protección (como podría ser su internación en alguna residencia para lactantes y pre-escolares)¹²;

Undécimo: Que en ese contexto, la posibilidad de que las mujeres privadas de libertad puedan mantener una relación cercana con sus hijos lactantes, se verifica a través de una medida de protección particular, que puede decretar el juez de familia competente, y que desde una perspectiva institucional se regula en el artículo 19 del Decreto 518 de 1998, del Ministerio de Justicia, a que antes se ha aludido.

Esta disposición, que establece las bases institucionales para que las mujeres privadas de libertad puedan mantener un contacto más estrecho con sus hijos, se implementó a nivel de políticas públicas a partir de varios programas distintos¹³, de iniciativa privada, estatal y mixta, entre los que destaca el “Programa de Residencias Transitorias”¹⁴, llevado a cabo en conjunto por SENAME y Gendarmería de Chile, y que busca:

“[...] promover y proteger el desarrollo integral de los niños y niñas de 0 a 1 años de edad que ingresan y permanecen junto a sus madres privadas de libertad”¹⁵.

En términos operativos, este programa se materializa en la creación de determinadas *“dependencias ubicadas al interior de los Centros Penitenciarios Femeninos que cuentan con espacios habilitados para el cuidado y protección de los/las lactantes con madres internas, así como para la permanencia de las mujeres en condición de embarazo”¹⁶.*

¹² SENAME. Línea de acción Centros Residenciales. Modalidad: Residencias de protección para lactantes y pre-escolares. <http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p3-24-02-2011/5-BASES-TECNICAS-RESID-LACTANTES-Y-PREESCOLARES-RPP.pdf>

¹³ Entre los programas que han existido para facilitar y fortalecer la relación de la población privada de libertad respecto de sus hijos, podemos mencionar los siguientes: (a) Programa Abriendo Caminos, (b) programa Conozca a su Hijo, (c) Integración Familiar, (d) rehaciendo Vínculos, etc. V.V.A.A. Impacto social de la prisión femenina en Chile. En: V.V.A.A. Propuestas para Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2012. Pp. 301 y ss. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/propuestas-para-chile-2012-capitulo-ix.pdf>

¹⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA. Chile. Informe de respuesta del Estado de Chile al SPT. Santiago, 2016. Nota pie de página 43. p. 34. Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/RespuestaEstado_SPT.pdf

¹⁵ V.gr. GENDARMERÍA DE CHILE. Minuta de posición Consulta Ciudadana Virtual. Reinserción Social. Dirección Nacional, 2016. p. 4 https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/Informe_reinsercion.pdf

¹⁶ SENAME. Lineamientos técnicos residencias Transitorias para niños (as) de Madres Recluidas. p. 7 Disponible en:

Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, la posibilidad de participar en dichas dependencias, depende del otorgamiento de una determinada medida de protección, que *“provee a lactantes, entre 0 hasta los 2 años de edad, un contexto residencial que facilita las condiciones para mantener el contacto con sus madres privadas de libertad”*¹⁷.

La mecánica para la obtención de esta medida de protección, tal como las restantes medidas del sistema, se basa en la consideración pormenorizada de la situación del niño, la madre y su familia, mediante el siguiente esquema:

“Al determinar un Juez la privación de libertad de una mujer, ella puede solicitar el ingreso de su hijo/a menor de dos años con ella a la Unidad Penal. El ingreso de los niños/as debe ser respaldado por una orden del Juez de Tribunal de Garantía.

El equipo psicosocial del centro penitenciario debe formalizar el ingreso del niño/a ante el Tribunal de Familia competente a fin de resguardar la protección especial de los derechos de ese niño/a en su calidad de lactante que reside en una unidad penal.

Una vez realizado el ingreso del niño o niña al establecimiento penitenciario, el equipo psicosocial estudia y analiza la demanda de la mujer que solicita que su hijo permanezca y/o ingrese al establecimiento, con el propósito de identificar y evaluar los factores motivacionales y sociales que influyen en la demanda.

Este proceso evaluativo que se realiza a la madre, incorpora la evaluación de capacidades y competencias protectoras presentes en ésta, enfocándose en la capacidad y calidad de vínculo que presenta para con su hijo/a.

Conjuntamente al proceso de evaluación de competencias y capacidades protectoras en la madre, es necesario que se realice contacto con la familia de origen del niño, su padre y hermanos, de modo de evaluar situación familiar, percepción y opinión del padre en cuanto al ingreso del lactante junto a su madre al recinto penitenciario. Es necesario destacar que la capacidad de cuidados y responsabilización por el proceso de crianza y desarrollo de los hijos/as incluye a la figura paterna por cuanto su opinión no sólo debe ser considerada sino integrada en el proceso de intervención que se desarrollará posteriormente.

Al momento de formalizar el ingreso ante el Juzgado de Familia, el equipo a cargo y responsable de cada caso debe informar a la magistratura las condiciones

http://www.sename.cl/wsename/otros/proteccion/lineamientos/lineamientos_residencias_transitorias.pdf

¹⁷ Ibíd.

en las que se encuentra el niño/a ingresado, la existencia o no de recursos familiares, nucleares y/o extensos. Con estos antecedentes, el juez competente evaluará la medida adoptada, resolverá mantención de la misma y/o adoptará nuevas resoluciones en pro de garantizar el interés superior del niño”¹⁸.

De este modo, en nuestro medio legal, la internación de un niño en el establecimiento penitenciario de su madre privada de libertad, tiene el carácter de medida de protección especial, excepcional, y esencialmente transitoria;

Duodécimo: Que respecto de datos estadísticos que den cuenta de esta realidad de los menores que se encuentren con sus madres al interior de la cárcel, la Unidad de Seguimiento e Información del Departamento de Desarrollo Institucional de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (Acta 37-2014), elaboró un documento denominado “Informe Nacional Visitas a Hogares y Residencias de Protección Red SENAME y Privados”, de fecha agosto de 2016 , del que es posible extraer datos de las Residencias para Lactantes Hijos/as de Madres Internas en Recintos Penitenciarios (en adelante RPR):

Nombre	Comuna	N° de plazas licitadas	N° de plazas ocupadas	Centro Penitenciario
PAMHEL ANTOFAGASTA	Antofagasta	0	5	C.P.F. Antofagasta
PAMHEL CALAMA	Calama	0	0	C.D.P. Calama
PAMHEL TOCOPILLA	Tocopilla	s/i	s/i	C.D.P. Tocopilla
PAMHEL COPIAPÓ	Copiapó	0	2	C.C.P. Copiapó
PAMHEL LA SERENA	La Serena	0	2	C.P. La Serena
PAMHEL DE VALPARAÍSO	Valparaíso	0	4	C.P. Valparaíso
PAMHEL RANCAGUA	Rancagua	0	3	C.P. Rancagua
PAMHEL TALCA	Talca	8	8	C.E.T de Talca
PAMHEL CHILLÁN	Chillán	0	3	C.C.P de Chillán
PAMHEL LOS ÁNGELES	Los Ángeles	2	0	C.D.P. Los Ángeles
PAMHEL SANTIAGO	San Joaquín	0	12	C.P.F. De Santiago
PAMEHL SAN MIGUEL	San Miguel	0	21	C.D.P. San Miguel

Según se desprende de la tabla anterior, y asumiendo la falta de información existente respecto de la comuna de Tocopilla, durante el año 2016 se ocuparon en el territorio nacional un total de 60 plazas de RPR, a lo largo de

¹⁸ SENAME. Lineamientos técnicos residencias Transitorias para niños (as) de Madres Recluidas. Pp. 9-10. Disponible en:
http://www.sename.cl/wsename/otros/proteccion/lineamientos/lineamientos_residencias_transitorias.pdf

nuestro país. Esto es, un total de 60 niños menores de edad que fueron ingresados a establecimientos penitenciarios.

Esta información contrasta, sin embargo, con aquella disponible en el Anuario 2015 del SENAME, que considera exclusivamente aquellos menores ingresados mediante medida de protección en el programa de “lactantes con madre recluida en recinto penitenciario”, siendo el total del país de 11 niñas y niños¹⁹;

Decimotercero: Que ahora bien, no obstante existir normativa orientada al aseguramiento de dichas condiciones, la práctica demuestra un trato diferente, como ha sido advertido en fallo reciente de esta Corte Suprema, al conocer de un recurso de amparo en favor de una mujer mapuche privada de libertad que debió dar a luz en condiciones que no se ajustan a los estándares internacionales señalados previamente (causa rol N°92.795-2016, de 01 de diciembre de 2016), en el cual se dispuso que Gendarmería adecuara sus protocolos de actuación en la materia.

En lo que dice relación con el primer aspecto analizado, esto es, la perspectiva de la mujer, el informe sobre cárceles llevado a cabo por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH), constata que “*en caso de quedar embarazadas [las mujeres] pierden la posibilidad de tener visitas íntimas, lo que se traduce en una sanción por embarazarse*”.²⁰ Así, se ha comprobado que “*En el caso de los recintos que albergan a mujeres, se observa de igual forma una elevada utilización de la sanción de internación en celda solitaria, aunque también se constata una amplia utilización de la sanción de suspensión de visitas*”.²¹

Agrega dicho informe que, “*la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Estado debe mantener un régimen adecuado de visitas. Esto implica la existencia de lugares habilitados para su práctica, distintos de aquellos en los cuales habitan los/as internos/as. El Estado tiene el deber de crear instalaciones adecuadas para la práctica de visitas, con condiciones dignas y seguras “sin que los familiares, entre los cuales hay niños, tengan que ingresar a las áreas internas destinadas al alojamiento o actividades de los reclusos” (CIDH, 2011, p. 220)*”.²² Continúa indicando que, si bien en Chile “*la gran mayoría de los*

¹⁹ Anuario Estadístico SENAME. Tabla N°55. p.74.

Disponible en: http://www.sename.cl/wsename/images/anuario_2015_final_200616.pdf

²⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. “Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos”. Santiago, 2013, p. 135.

²¹ *Ibíd.*, p. 61.

²² *Ibíd.*, p. 131.

recintos cuenta con tecnología para la revisión de visitas, ya sea paletas detectoras de metales o sillas (...) igualmente se sigue revisando manualmente. Para este fin las unidades cuentan con dependencias separadas por sexo. No obstante, muchos/as internos/as señalaron que la revisión corporal era degradante ya que los/as funcionarios/as de Gendarmería procedían a desnudar a las personas y les piden hacer sentadillas a fin de detectar algún elemento prohibido en la cavidad anal o vaginal; incluso sometían a niños/as a esta clase de revisión. Esto ocasionaba en algunos casos la disminución de las visitas”²³;

Decimocuarto: Que a su turno, en relación con la perspectiva de interés superior del niño, El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al evacuar las Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, evaluados durante el año 2015, señalan en sus apartados 26 y 27 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 expresa 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.

27. A la luz de su observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité recomienda al Estado parte que intensifique sus esfuerzos para que **ese derecho sea incorporado debidamente, e interpretado y aplicado de manera sistemática en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales, así como en todos los programas, proyectos y políticas que son pertinentes para los niños y repercuten en su situación**. En este sentido, se alienta al Estado parte a que elabore procedimientos y criterios con miras a orientar a todas las personas facultadas para determinar el bien superior del niño en todos los aspectos, y a que dé a esos intereses el debido peso como consideración primordial”²⁴;

²³ *Ibíd.*, p. 133.

²⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile”. CRC/C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015, pp. 6 y 7. [En línea]

Decimoquinto: Que de este modo, es posible concluir que el proyecto en cuestión propone ajustes normativos de importancia no menor, en relación al cumplimiento de los estándares internacionales antes mencionados, los que intentan equilibrar las desigualdades que afectan a las mujeres privadas de libertad embarazadas o que dan a luz en esa condición y proteger el interés superior de niños y niñas, a través de modificaciones legales que pretenden hacerse cargo del rol de cuidado de los hijos que socialmente se atribuye a la mujer, y del impacto que sobre la base de este rol socialmente definido, tiene la privación de su libertad para ella y para la sociedad en general.

Ahora bien, la opción tomada por el proyecto obliga también a preguntarse si una modificación como la propuesta no contribuiría, acaso, a 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, que han potenciado las últimas reformas introducidas al Código Civil por la ley 20.680;

Decimosexto: Que en cuanto a la propuesta:

“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 menos 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.*

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 a 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”.

Como se observa, desde una perspectiva normativa el artículo único del proyecto establece dos normas diversas, que tienen por objetivo restringir la aplicación de medidas o sanciones privativas de libertad respecto de la mujer. La primera, introducida mediante la modificación al artículo 141 del Código Procesal Penal, prevé disponer la imposibilidad de aplicar la pena de prisión preventiva respecto de aquellos casos en que la imputada se encuentra embarazada o tenga un hijo o hija menor de tres años de edad. La segunda, introducida mediante la incorporación de un nuevo artículo 468 bis que establece la regla de la suspensión de la ejecución de la sentencia penal, respecto de la mujer condenada que se encuentre embarazada, o que al momento de la sentencia, tenga un hijo o hija mejor de tres años;

No obstante que el oficio del Senado recaba el parecer de esta Corte únicamente en relación a la suspensión de la condena –en la medida que, estima, dice relación con la organización y atribuciones de los tribunales de justicia– luego de analizar este punto, se ofrecerán algunas reflexiones generales sobre el tema de las restricciones a la prisión preventiva, en la medida que su fundamento está estrechamente vinculado al tratamiento de la suspensión;

Decimoséptimo: Que si bien la medida de suspensión parece orientarse a proteger a la familia y al interés superior del niño, su carácter doblemente incondicionado –no constituye una facultad para el juez, sino una obligación–, y al finalizarse el periodo de suspensión esta siempre implicará la privación de libertad de la mujer y la separación de su hijo, aunque se haya rehabilitado y ya no exista necesidad de pena– puede perjudicar el interés superior del niño o niña y contradecir el sentido general que de acuerdo a la ley y los tratados internacionales debe perseguir el sistema penitenciario: promover la reinserción social y la ulterior prevención del delito.

En efecto, sin perjuicio de su enorme relevancia en la generalidad de los casos, no es difícil pensar en situaciones en que la medida de suspensión de la condena podría resultar irrelevante o incluso inútil en relación al interés del menor. Y esto es así, porque tal como demuestra la experiencia de la situación regulatoria

actual, pueden existir casos en que justamente aquello que más convenga al menor sea quedar bajo el cuidado personal de su padre, algún otro miembro de su familia o, en casos especialmente graves, su internación en un centro de lactantes e infantes del SENAME. En estas situaciones, la medida de suspensión de la condena de la madre no serviría a los fines que busca el proyecto y, al contrario, podría contribuir a perpetuar estereotipos de género, pudiendo su aplicación particular dificultar las acciones encaminadas a lograr una mejor distribución de roles y tareas en materia de cuidado de los hijos.

Por este motivo, en lo que a este asunto respecta, pareciera pertinente considerar la medida de suspensión de la condena como una potestad discrecional de los tribunales de justicia y no un deber incondicionado, tal como aparece en la propuesta. Esto haría posible conciliar, en el caso concreto, todos los fines que enuncia la moción, haciéndose cargo del hecho que en la generalidad de los casos es la mujer la que ejerce el cuidado del niño o niña, sin contradecir un enfoque respetuoso de las consideraciones de género y el interés superior de las niñas y niños implicados.

Asimismo, la denunciada rigidez del sistema, que tampoco distingue, al expirar el plazo de suspensión de la condena, e impone, necesariamente, la privación de libertad en la mujer que ha utilizado esta herramienta, puede provocar importantes distorsiones respecto de los fines de reinserción que debiese perseguir un modelo de ejecución penitenciaria respetuoso de los Derechos Humanos.

En este sentido, tal como en el caso anterior, resulta contra intuitivo o incluso violento privar de libertad a una mujer que, tras haber visto suspendida su condena, demuestra haberse reinsertado adecuadamente en sociedad y haberse hecho cargo del cuidado del niño o niña y su desarrollo integral. Lo cierto es que, tal como en el caso anterior, parece aconsejable entregar la evaluación de la situación de la mujer y su hijo a la judicatura especializada, la que en conocimiento de las circunstancias del caso y el interés superior del niño, debería ser capaz de ampliar el plazo de suspensión o, inclusive, sustituir o conmutar su condena. Esta sola posibilidad, podría constituir un importante incentivo para la reinserción de la mujer, la prevención de su reincidencia, y el resguardo de la familia y el interés superior del niño.

De hecho una solución regulativa similar se ha propuesto por varios expertos chilenos en la materia:

“En caso de mujeres con hijos menores de dos años se propone la suspensión de la ejecución de la condena hasta que los menores alcancen dicha edad, al cabo de lo cual se entienda cumplida esa parte de la pena, pudiendo, siempre que cumpla los requisitos, otorgársele una pena sustitutiva por el resto de la condena –si la hubiera–, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la ley 18.216. El beneficio de la suspensión de la condena tendrá lugar siempre que se acredite por parte de los organismos técnicos encargados que la permanencia de la madre con el menor de edad se realizará efectivamente, supervisando que aquella cumpla con el rol materno”²⁵;

Decimoctavo: Que en la moción en análisis, la suspensión de la condena sujeta a la mujer a un régimen de control innominado, que no especifica detalladamente sus implicancias ni refiere a algún estatuto legal o reglamentario que defina claramente sus consecuencias, no precisándose si la sujeción al control de la mujer corresponde a una pena, o a alguna otra medida. De esta manera, la estrategia regulativa del proyecto no responde cuestiones tan elementales como las que siguen:

- Determinar si el mecanismo de suspensión interrumpe o suspende el plazo de prescripción de la pena que se estipula. Esto es importante, especialmente, en atención a las reglas de media prescripción que estipula el artículo 103 del Código Penal, y la posibilidad de extender hasta por tres años más el periodo de suspensión, como sugiere el nuevo artículo 468 bis de la propuesta;
- Determinar si el mecanismo de revocación de la suspensión será incondicionado; si se producirá sólo tras la comisión de un nuevo delito o también con el incumplimiento del régimen de control impuesto; si se discriminará según la entidad del incumplimiento, o la reiteración de los mismos; qué rol jugará en su evaluación el cuidado del niño, su interés superior o el proceso de reinserción de la condenada;
- Determinar cómo se ejercerá el control de la autoridad; si será de cargo del SENAME. De las policías o de Gendarmería de Chile; si se someterá a la mujer a una o más condiciones determinadas, como las de realizar acciones en favor de su hijo o el hogar común;

²⁵ V.V.A.A. Impacto social de la prisión femenina en Chile. En: V.V.A.A. Propuestas para Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2012. p. 313. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/propuestas-para-chile-2012-capitulo-ix.pdf>

- Determinar qué sucederá si al cumplirse dos años de suspensión nace un nuevo hijo; ¿Se suspenderá nuevamente la pena respecto de este nuevo recién nacido? ¿Cómo se calificará la existencia de una enfermedad grave?
- Determinar cómo se aplicarán las reglas de abono, si se someterá a las reglas generales explicitadas en el artículo 26 de la ley 18.216, independientemente del hecho que el control al que se somete a la mujer no tiene necesariamente el carácter de pena (o modo de cumplimiento de la misma).

Decimonoveno: Que por último, no obstante la positiva inspiración del proyecto, éste no considera algunas cuestiones relacionadas, que han sido observadas por diversos expertos como de necesaria reforma:

- La inexistencia de una regla o principio según el cual la lactancia o el cuidado personal de un niño puedan servir de fundamentación o argumento para la concesión de alguno de los beneficios o derechos penitenciarios que prevé la ley, como son la libertad condicional, la rebaja de condena, el sistema de salidas, o la pena mixta.²⁶
- La inexistencia de una reglamentación que permita facilitar la relación directa y regular de madres y padres privados de libertad, con sus hijos menores, durante toda su niñez²⁷.
- La inexistencia de regímenes y principios que plasmen la importancia de la maternidad o paternidad para efectos de acceder prioritariamente a las plazas de trabajo, educación y capacitación en contextos de encierro²⁸.
- La inexistencia de un sistema de ejecución penitenciario moderno, que cuente con jueces de ejecución con competencias claras, con cobertura jurisdiccional adecuada, y criterios interseccionales que permitan compatibilizar el resguardo del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la legalidad y juridicidad en el cumplimiento de las penas, y la reinserción social de los condenados;

Vigésimo: Que por último, en lo que respecta a la disposición relativa a la prisión preventiva, es menester tener presente que, en su calidad de medida

²⁶ V.V.A.A. Impacto social de la prisión femenina en Chile. En: V.V.A.A. Propuestas para Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2012. Pp. 312 y ss. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/propuestas-para-chile-2012-capitulo-ix.pdf>

²⁷ V.V.A.A. Impacto social de la prisión femenina en Chile. En: V.V.A.A. Propuestas para Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2012. Pp. 312 y ss. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/propuestas-para-chile-2012-capitulo-ix.pdf>

²⁸ V.V.A.A. Impacto social de la prisión femenina en Chile. En: V.V.A.A. Propuestas para Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2012. Pp. 312 y ss. Disponible en: <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/propuestas-para-chile-2012-capitulo-ix.pdf>

cautelar, ella se impone sobre la base de un juicio de ponderación complejo que, de un lado, considera la existencia de determinados riesgos que pueden producirse mientras dura la investigación o el juzgamiento de la acción (como podrían ser la fuga del imputado o la perpetración de un nuevo ilícito), y por otro, considera los daños, costos y riesgos que una medida tan intensa como ésta produce (v.gr. los costos económicos que conlleva la privación de libertad para el Estado, el riesgo jurídico de privar de libertad a alguien que en definitiva será declarado inocente, etc.). De allí que ella sólo pueda imponerse cuando, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Procesal Penal, ella sea “indispensable”.

Pues bien, atendida la naturaleza jurídica de la prisión preventiva como medida cautelar, la existencia de una mujer embarazada, o que tenga a su cargo el cuidado de su hijo, implica riesgos y consecuencias dañinas adicionales -a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior del presente informe- que no se encuentran presentes respecto de otros imputados. Estos riesgos intensificados, contrastados con el principio de la primacía del interés superior del niño, de la personalidad de las penas y la protección de la vida del que está por nacer, plausiblemente pueden llevar a considerar al legislador la prohibición de aplicar esta medida a mujeres embarazadas. Esto equivaldría, desde luego, a una decisión de política criminal, en la que el legislador ordena de modo incondicionado que, ante los conflictos de intereses que pudieran existir entre los principios de éxito de una investigación y prevención del delito por un lado, y el interés superior del niño y la protección de la vida de aquél que está por nacer, por otro, el juez siempre deba privilegiar estos últimos, debiendo el ordenamiento prever otros mecanismos orientados a resguardar el éxito de la investigación. Con todo, valen aquí las reflexiones hechas anteriormente, en relación a los eventuales problemas que podría generar una opción legislativa rígida o incondicionada, que eventualmente podría conspirar contra los propósitos del mismo proyecto.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester tener presente que la prisión preventiva es una medida que, aún hoy, sin norma expresa al respecto, podría decidir no aplicarse para las mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años, tanto en razón del criterio de ponderación antes indicado, como en directa aplicación del control de convencionalidad relativo al interés superior del niño, priorizando otras medidas de control contempladas por la ley. Así, *“no se sacrifica aquí ningún interés público estatal de coerción personal sino*

*que se lo adapta para conjugarlos con los derechos de protección especial que involucran a la infancia y la adolescencia”*²⁹;

Vigésimo primero: Que acorde a lo expresado en los motivos que preceden, resulta fundamental relevar los siguientes aspectos puntuales:

- a) **Interés superior del niño, niña o adolescente.** Lo esencial a tener presente en el proyecto es el interés superior del niño, que debe ser observado tanto por el legislador, por los magistrados y quienes deben ejecutar las medidas cautelares y penas. Por ello, la materia debe ser abordada de manera amplia, siempre mirando desde la óptica del niño, de la madre, el padre y su familia en general, tratando de obtener su indemnidad, esto es el correcto y normal desarrollo de la personalidad conforme a su edad física y biológica, no obstante el compromiso delictual investigado o sancionado en relación a su madre y su padre, cuando ambos se estime fundadamente deban estar presente en sus primeros años de vida.
- b) **Distintos intereses presentes en la actividad ilícita.** Es importante la mirada respecto de la madre o futura madre que delinque, pero está presente el interés de la víctima y la sociedad, destinataria de la actividad de sus autoridades, por lo cual deben entenderse las medidas adoptadas y el mensaje que se emite. Es así que, por vía de norma legal, debe señalarse los ilícitos que quedarán comprendidos en la iniciativa o los que serán excluidos; del mismo modo corresponde resolver y declarar si será un derecho de la mujer o del niño, en que por el solo hecho concurrir el motivo regulado da origen al efecto de la prohibición de disponer la prisión preventiva, suspensión del cumplimiento de las penas corporales privativas de libertad, como de los apremios ante el incumplimiento de las penas pecuniarias y las limitaciones de las medidas disciplinarias o se considerará que es una facultad entregada a los tribunales resolver ponderando todos los antecedentes que se estime pertinente esgrimir por los intervinientes.

Se puede abordar el tema, igualmente, entregando a los magistrados, con conocimiento de los antecedentes, la facultad de resolver la aplicación de la excepción, que puede ser reglamentada, además, con un catálogo de delitos, la cantidad de los mismos y la calidad de la

²⁹ MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA Y UNICEF. “Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/hijos menores de edad”. Argentina, 1ª edición, enero 2009, p. 160. [En línea] <https://www.unicef.org/argentina/spanish/mujeres-presas.pdf>.

participación, que pueden tener una incidencia mayor o menor en la resolución del juez.

- c) **Preocupación de la situación de los padres.** Existen variables a considerar en relación con los padres, cuando están presente en la relación de familia, tanto para hacerse cargo de los niños cuando la madre tiene conflictos con el sistema judicial, pero igualmente cuando es él quien delinque y tiene hijos menores de tres años, por el correcto desarrollo de los niños. Además, está el caso del padre viudo que, por haber delinquido, está privado de libertad y tiene hijos menores de tres años.
- d) **Jueces de ejecución.** En relación a la iniciativa de ley que aquí se analiza, resulta propicio insistir que, tal como ha resaltado esta Corte a propósito de otros proyectos de ley que ha informado, en la actualidad, son los Juzgados de Garantía en cuya comuna se encuentran los centros penitenciarios quienes están constituidos como “tribunales de ejecución”. De manera que, ante la ausencia de una renovación completa del sistema de ejecución penal, la normativa propuesta en el proyecto debiera considerar un adecuado aumento de la dotación y apoyo para evitar así la sobrecarga de trabajo en estos Juzgados de Garantía.

Parece ser que una solución adecuada en esta materia sería crear los Tribunales de Cumplimiento o Ejecución. Sería conveniente, por las particularidades de esta función y el tipo de conflictos que se plantean en la etapa de ejecución de la pena, contar con esta judicatura especializada. De esta manera, se produciría una mayor protección de los derechos de los ciudadanos que cumplen condena, y por cierto se aliviaría la carga de trabajo de los Jueces de Garantía, a quienes corresponde actualmente resolver las situaciones que se suscitan al interior de los recintos penales, manteniendo su función natural de control de la investigación y resolución de conflictos destinados a establecer responsabilidades (Entre otros, los informes correspondientes a los PL 20-2011, respecto del proyecto de ley que modifica el régimen de libertad condicional, N° 6-12, respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y en Oficios N° 41-2012 de 20 de abril de 2012, y N° 138 de 28 de septiembre último, relativo al proyecto contenido en el Boletín N° 10.696-07).

Vigésimo segundo: Que una observación final y general que cabe dejar anotada dice relación con la necesidad jurídica y social de incluir en la normativa en proyecto la situación del hijo adoptado menor de tres años, quien debiera ser igualmente considerado para los efectos de la protección de su interés superior en caso de tener a su madre y/o padre adoptivos privados de libertad.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar en los términos precedentemente expresados 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.

Se previene que el Presidente señor Dolmestch, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política de la República, estuvo por limitar el informe solicitado exclusivamente a los aspectos tocantes a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia concernidos en la preceptiva en proyecto, sin extenderse hacia otras temáticas que, aunque importantes, corresponden a cuestiones más bien propias de política criminal y, por lo tanto, pertenecientes al ámbito de las competencias del Poder Legislativo.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller, junto con observar que el proyecto de ley en estudio representa un grado de progreso en un tema delicado, estima adecuado dejar expresado que gran parte de sus innovaciones al ordenamiento legal habrán de quedar entregadas a la interpretación de los jueces y, en particular, respecto a la suspensión de la ejecución de la condena, advierte que el sistema podría funcionar adecuadamente sólo en la medida que hubiera tribunales especializados en la materia, los que hoy no existen, aun cuando el Código Orgánico de Tribunales contemple que los jueces de garantía deben actuar como jueces de ejecución, pauta que tropieza con un obstáculo insalvable consistente en que estos últimos no deben ser los mismos jueces que han intervenido en el procedimiento y dictado la sentencia.

Se previene que la Ministra señora Maggi considera relevante que un proyecto de ley como el que se analiza exige una mirada más amplia –no sólo desde el enfoque de la mujer que ha delinquido- poniendo el foco principal en la preocupación del interés superior del niño menor de tres años cuya madre o padre se encuentre privado de libertad por haber sido condenado o en prisión preventiva.

En tal sentido, la cuestión fundamental a normar por el ordenamiento en proyecto debiera ser –en su concepto- la situación integral del niño o niña menor de tres años cuya madre o padre se encuentra privado de libertad.

Se previene que el Ministro señor Blanco no comparte lo expresado en el fundamento decimoséptimo -salvo su acápite segundo- como tampoco los párrafos segundo y tercero del motivo vigésimo. Asimismo, es su parecer que el catálogo de ilícitos que haría posible la aplicación de las figuras de excepción previstas en el proyecto de ley analizado en el presente informe debe excluir los delitos de mayor gravedad –de sangre y crímenes en general- como también, que la generación de los beneficios asociados a ellas quede subordinada, exclusivamente, a la confluencia de sus presupuestos objetivos, esto es, sin dejarla entregada a la determinación del juez llamado a resolver en la materia.

Los ministros señor Brito, señora Muñoz y señor Cerda estiman innecesario incluir el motivo vigésimo primero, por cuanto lo consignado en sus párrafos primero y cuarto, está contenido en el cuerpo del informe, aunque con énfasis distintos, que representan mejor su pensamiento y por no compartir lo expresado en el párrafo segundo y tercero.

Ofíciase.

PL 2-2017”.

Se adjunta el cuadro comparado mencionado en el fundamento segundo.

Saluda atentamente a V.S.

HUGO DOLMESTCH URR
Presidente

CAROLINA PALACIOS VERA
Secretaria subrogante