



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**POLITICAS PENITENCIARIAS DE GÉNERO PARA MUJERES MADRES
PRIVADAS DE LIBERTAD**

**Análisis del derecho penitenciario nacional a la luz de los parámetros internacionales de
derechos humanos y la legislación comparada.**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

CAMILA ANDREA ORELLANA LOYOLA

PROFESOR GUÍA: EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR

Santiago de Chile

2019

DEDICATORIA

A las mujeres de pueblo, las que tenemos apellidos comunes, las que fuimos a colegio público, las que tuvimos que enfrentarnos al patriarcado y la pobreza, las que somos discriminadas por nuestra forma de hablar y nuestro color de piel.

A las mujeres valientes que se encuentran tras las rejas, con sus hijos o apartadas de ellos, porque este sistema no les dio mejores oportunidades para poder surgir.

Y a todas las mujeres víctimas del sistema judicial patriarcal imperante: ¡resistan compañeras! Que cada vez somos más mujeres llenando las calles, llenando las aulas de universidades, formándonos profesionalmente para crear herramientas que les permitan ser escuchadas. Porque la construcción de este nuevo Chile tiene que hacerse con todas nosotras.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por el esfuerzo y sacrificio que han hecho para que yo pudiera estudiar lejos de casa. A mis animales, por recordarme de la pureza y la nobleza. A mi tía Rosi, por permitirme costear los cafés y chocolates que necesité para terminar la tesis.

A mis amigos, los de Cauquenes y los de Santiago, por sacarme de la monotonía, por creer en mí y por apoyarme siempre.

A mi tía Elicia, sargento segundo de Gendarmería, por facilitar mi visita al CPP de San Miguel y por estar siempre para mí.

A Gendarmería de Chile, por facilitar mi acceso a la sección cuna del CPP de San Miguel, y a sus funcionarias por la amabilidad y colaboración con mi investigación.

Finalmente, agradezco a las mujeres privadas de libertad en el CPP de San Miguel en conjunto con sus hijos, por permitirme acompañarlas, conocerlas y escucharlas. Espero que el sistema judicial pueda conocerlas y escucharlas antes de juzgarlas para comprender que las razones que las llevaron a delinquir fueron situaciones de constante vulneración y pocas oportunidades para surgir. Como país y como justicia les tenemos una deuda enorme.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	9
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I: PRINCIPIOS UNIVERSALES Y NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS APLICABLES A LAS MUJERES MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD	13
1.1 Dignidad humana.....	15
1.2 Igualdad ante la ley y principio de no discriminación.....	17
1.3 Higiene personal y derecho a la salud	19
1.4 Derecho a visitas y a contacto con la familia	22
1.5 Derechos sexuales y reproductivos: el derecho a la maternidad	24
1.6 El interés superior del niño.....	26
1.7 Derecho a crecer y desarrollarse bajo el cuidado de sus padres.....	28
1.8 Intranscendencia de la pena o personalidad de la pena	31
CAPÍTULO II: NORMAS REGLAMENTARIAS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE A LAS MUJERES MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	33
2.1 Argentina	34
2.2 Bolivia	36
2.3 Uruguay	37
2.4 Canadá.....	39
2.5 España.....	39
2.6 Italia.....	42
2.7 Rusia.....	44
2.8 Australia	45
CAPÍTULO III: DETALLE DE LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD EN CHILE	47
3.1 Consideraciones estadísticas	48
3.2 Consideraciones psicosociológicas	50
3.3 Mayor impacto del encarcelamiento en sus vidas	51
3.4 Violencia intrapenitenciaria.....	53
3.5 Acceso a servicios de salud	55
3.6 Visitas a la cárcel y mantener contacto con sus familiares	57
3.7 Niños que viven separados de su madre que está en la cárcel.....	58
3.8 Maternidad tras las rejas	60

3.9 Programas de apoyo a la maternidad en prisión.....	62
CAPÍTULO IV: NORMATIVA CHILENA APLICABLE A LAS MUJERES MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD	69
4.1 Derechos constitucionales aplicables a la materia.....	69
4.2 Normativa nacional que regula la maternidad en prisión.....	71
4.3 Obligaciones de Gendarmería de Chile.....	75
4.4 El caso de Lorenza Cayuhán	76
4.5 Proyecto de Ley Sayén	80
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	83
5.1 Del derecho internacional de los derechos humanos.....	83
5.2 Del derecho comparado	83
5.3 De la población penitenciaria femenina en Chile.....	84
5.4 De la maternidad tras las rejas.....	85
5.5 Del derecho nacional	86
5.6 Políticas penitenciarias de género para mujeres madres privadas de libertad....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	91
ANEXO: ENTREVISTAS.....	99

RESUMEN

El presente trabajo analiza las características de las mujeres madres privadas de libertad en Chile, las condiciones carcelarias a las que se enfrentan, el tratamiento legal que nuestro marco normativo les otorga y los principales programas penitenciarios donde se les incluye como usuarias a ellas y a sus hijos.

Su objetivo es describir y analizar las políticas penitenciarias con perspectiva de género aplicadas a mujeres madres que se encuentran privadas de libertad en nuestro país, en contraste con los principios y recomendaciones del derecho internacional de los derechos humanos y la experiencia del derecho comparado.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación se centra en la descripción y análisis de las políticas penitenciarias con perspectiva de género aplicadas a mujeres madres que se encuentran privadas de libertad en nuestro país, en contraste con los principios y recomendaciones del derecho internacional de los derechos humanos y la experiencia del derecho comparado.

Históricamente en Chile, como en el mundo, las mujeres han tenido una baja representación en las estadísticas criminales como infractoras de la ley. Esta situación ha cambiado por la creciente utilización de políticas represivas que pretenden controlar el tráfico de drogas y sustancias ilícitas mediante el endurecimiento de las penas asociadas a dichos delitos. Así, desde el año 2005, cuando se publica la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas en nuestro país, hasta diciembre del 2016, la población penal femenina creció en un 70%, a diferencia de la masculina cuyo crecimiento fue de 30%,¹ esto como consecuencia de la gran cantidad de condenas a prisión respecto de mujeres que obtenían sus ingresos del microtráfico de drogas.

Este panorama lleva a intentar dilucidar si realmente las instituciones carcelarias están preparadas para recibir a las mujeres, pues, a los problemas que aquejan a toda la población carcelaria como el hacinamiento, la mala alimentación y la violencia, hay que sumarle las particularidades propias del género que se asocian inevitablemente al tema de la maternidad, la lactancia y la relación con los hijos.

Se reconoce que la cárcel, como toda institución social creada por y para hombres, tiene su origen desde una concepción androcéntrica y funciona bajo una lógica exclusivamente masculina que sigue reproduciendo condiciones de discriminación a la mujer en el ejercicio de sus derechos, y que, en este contexto, las mujeres madres privadas de libertad son una minoría especialmente vulnerable, cuyas necesidades y experiencias han sido invisibilizadas y subsumidas a la universalidad masculina imperante.

El estudio de estas circunstancias parte desde una mirada crítica hacia la naturalización de la maternidad como atributo innatamente femenino y a la asignación estereotipada de deberes de

¹ Ahumada, Renata y Pinto, Camila. Tráfico de Droga: Triple Condena Femenina. [en línea] <http://787anonimas.com/> [consulta: 13 octubre 2018]

cuidado de las mujeres respecto de sus hijos. No obstante, se hace necesario reconocer que, en la práctica, la mayoría de las mujeres en nuestro país son las responsables primarias del cuidado y sostén económico de sus hijos, por lo cual es prioridad la realización de estudios e investigaciones que permitan crear políticas que faciliten dicha función.

Por esta razón, el presente trabajo nace como una necesidad imperiosa de conocer y exponer las diferentes formas de discriminación de que son objeto las privadas de libertad por su condición de mujer y madre en los procesos de criminalización, encarcelamiento y salida de la prisión, con el fin de crear políticas con perspectiva de género que ayuden a diseñar mecanismos que permitan superar las desigualdades e inequidades que les afectan.

Para ello, esta memoria analiza las características de las mujeres madres privadas de libertad en Chile, las condiciones carcelarias a las que se enfrentan, el tratamiento legal que nuestro marco normativo les otorga y los principales programas penitenciarios donde se les incluye como usuarias a ellas y a sus hijos, todo esto en contraste a los parámetros legales establecidos por derecho internacional de los derechos humanos en sus diferentes instrumentos normativos.

Además, como el tema del derecho penitenciario está sujeto a las realidades económicas, políticas y sociales de cada país, se ha comparado la respuesta de nuestro sistema con la experiencia del derecho comparado. Esto permite centrar la discusión en analizar qué tenemos y a qué debemos aspirar en términos de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres madres privadas de libertad, cuyas problemáticas aún no encuentran una respuesta institucional por parte de las autoridades de nuestro país que atiendan efectivamente a la realidad que viven junto a sus hijos.

CAPÍTULO I: PRINCIPIOS UNIVERSALES Y NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS APLICABLES A LAS MUJERES MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado una serie de estándares normativos que regulan el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado a fin de proteger los derechos humanos de los reclusos y reclusas. El propósito de este capítulo es presentar los estándares más relevantes sobre derechos fundamentales de madres privadas de libertad, estándares que pueden constituir *hard law* o *soft law*. Los primeros se refieren a convenciones y tratados que poseen un poder vinculante para los Estados que los han ratificado, logrando con ello incorporar su contenido al interior de los sistemas jurídicos nacionales. Así, de acuerdo con el artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de Chile, *“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”*. Similar expresión se encuentra en el artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (D.S. N° 518/1998, del Ministerio de Justicia), *“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”*.

Por su parte, el conjunto de normas denominado *soft law*, busca especificar los derechos de reclusos y reclusas, detallar las condiciones de vida básicas en los centros penitenciarios, orientar la solución de conflictos jurídicos derivados de la vulneración de derechos y las políticas públicas que se adopten en relación a la ejecución de sanciones penales, limitando las actuaciones de las autoridades, sean estas judiciales o administrativas.

A. Convenciones o Tratados

- 1) Carta Internacional de Derechos Humanos:
 - a. Declaración Universal de Derechos Humanos² (DUDH)
 - b. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ (PIDCP)
 - c. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴ (PIDESC)
- 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica⁵ (CADH)
- 3) Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁶
- 4) Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura⁷
- 5) Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁸ (CEDAW)
- 6) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer⁹ (Convención de Belém Do Pará)
- 7) Convención Sobre los Derechos del Niño¹⁰ (CDN)

² Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii), del 10 de diciembre de 1948.

³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Fecha de entrada en vigor: 23/03/1976. Fecha de ratificación: 16/09/1969. Promulgación: Decreto N° 778, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 29/04/1989.

⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Fecha de entrada en vigor: 03/01/1976. Fecha de ratificación: 16/09/1969. Promulgación: Decreto N° 326, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 27/05/1989.

⁵ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor: 18/07/78. Fecha de ratificación: 08/10/1990. Promulgación: Decreto N° 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 05/01/1991.

⁶ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Fecha de entrada en vigor: 26/06/1987. Fecha de ratificación: 23/09/1987. Promulgación: Decreto N° 808, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 26/11/1988.

⁷ Adoptada por la Asamblea General en su Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones, de 12/09/1985. Fecha de entrada en vigor: 28/02/1987. Fecha de ratificación: 15/09/1988. Promulgación: Decreto N° 809, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 26/11/1988.

⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Fecha de entrada en vigor: 03/09/1081. Fecha de ratificación: 17/07/1980. Promulgación: Decreto N° 789, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 09/12/1989.

⁹ Adoptado por la Asamblea General en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, de 16 de diciembre de 1966. Fecha de entrada en vigor: 03/05/1995. Fecha de ratificación: 24/10/1996. Promulgación: Decreto N° 1640, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 11/11/1998.

¹⁰ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Fecha de entrada en vigor: 02/09/1989. Fecha de ratificación: 26/01/1990. Promulgación: Decreto N° 830, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 27/09/1990.

B. Reglas Mínimas

- 1) Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos 1955¹¹
- 2) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela 2015)¹²
- 3) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)¹³
- 4) Principios Básicos Para el Tratamiento de los Reclusos¹⁴
- 5) Conjunto de Principios Para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión¹⁵
- 6) Reglas de las Naciones Unidas Para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad Para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok)¹⁶
- 7) Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas¹⁷

1.1 Dignidad Humana

Este principio hace referencia a la dignidad intrínseca o inherente que pertenece necesaria e ineludiblemente a todo ser humano, no pudiendo ser despojado de él en cualquier circunstancia. Así lo reconoce el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

Concordante con la declaración, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a los Estados el deber de tratar humanamente, de acuerdo con su dignidad inherente, a las personas

¹¹ Adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

¹² Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/175, de 17 de diciembre de 2015.

¹³ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

¹⁴ Adoptados y proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.

¹⁵ Adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

¹⁶ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 65/229, Nueva York, Estados Unidos de América, 21 de diciembre de 2010.

¹⁷ Adoptados por la Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 01/08.

privadas de libertad, según lo establecen el artículo 5.2 de la CADH¹⁸, el artículo 10 N°1 del PIDCP¹⁹ y el artículo 1° de los Principios Básicos Para el Trato a los Reclusos²⁰.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, *“Quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante²¹, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia”*.²²

La Corte entiende que el privado de libertad se encuentra en manos del Estado en una relación de sujeción especial, que lo sitúa en una condición de vulnerabilidad, lo cual obliga al Estado a brindarle protección hasta el punto de convertirse en su garante, ya que, dadas las circunstancias que caracterizan el encierro, en donde a los reclusos se les impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desenvolvimiento de su vida, es el Estado quien debe asumir la responsabilidad y tomar diversas iniciativas para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar su vida dignamente.

Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal, por ello, el ejercicio de esta norma no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado. De ser así, esto implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de sus derechos humanos, lo que no es posible aceptar.

Por otra parte, las Reglas Mínimas Para el Trato a los Reclusos de 1955, establecen que los establecimientos penitenciarios deben enfocar sus esfuerzos en reducir las diferencias que

¹⁸ “(...) Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

¹⁹ “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

²⁰ “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos”.

²¹ En el mismo sentido: Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1992, párr. 195; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2003, párr. 87; Caso Durand y Ugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 684, párr. 78.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Sentencia de 02 de septiembre de 2004. p. 94. [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

pudieran existir entre la vida en prisión y la vida libre, en cuanto esto ayuda a reafirmar la condición de dignidad en que merecen vivir los reclusos.²³

Finalizado el análisis, se puede concluir que lo antes expuesto configura el principio rector de la relación entre Gendarmería de Chile y las personas sujetas a su protección, cuidado y custodia, lo que deviene en un límite a cualquier accionar de las autoridades penitenciarias.

1.2 Igualdad ante la ley y principio de no discriminación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.²⁴ Así lo reconoció la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 7, *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

Respecto a la materia en estudio, la Convención Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, en su parte preliminar, reconoce las condiciones desiguales en la que se encuentran las mujeres en la mayoría de las esferas de la vida, *“Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia (...)”*. En tanto su artículo 3, habla del goce y protección de todos los derechos de la mujer, en condiciones de igualdad, *“La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole”*.

²³ Regla 60.1

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. párr. 79.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, reconoce a la mujer el derecho a igualdad de protección ante la ley (Art. 4.f), el derecho a ser libre de toda forma de discriminación (Art. 6.a) y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (Art. 6.b).

Las Reglas de Naciones Unidas Para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad Para las Mujeres Delincuentes, señalan como principio básico y como un complemento del párrafo 6 de las Reglas Mínimas Para el Trato a los Reclusos de 1955 que, *“A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria”*.

En este trabajo se entenderá la discriminación contra la mujer como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad de hombre y mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.²⁵

El Comité de seguimiento de la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer ha notado que, si los Estados fallan en atender las específicas necesidades de las mujeres en detención o prisión, ello constituye discriminación. Más aún, recomienda a los Estados Partes que tomen medidas generales para proteger la dignidad, privacidad y seguridad, tanto física como psicológica, de las mujeres detenidas.²⁶

El Principio II, de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, y el artículo 4.2 de la CEDAW, disponen que no se considerarán

²⁵ Art. 1 CEDAW

²⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 2008. párr. 33. [en línea] <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8070.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8070> [consulta: 13 octubre 2018]

discriminatorias las medidas destinadas a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes. Mismo derecho establecido en el Principio 5.2 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión.

La especial protección por asegurar estos derechos a las mujeres, es porque se ha reconocido que a lo largo de la historia han sido objeto de malos tratos y discriminación, *“la violencia contra la mujer tiene sus raíces en las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer (...)”*²⁷. Como se señala en el preámbulo de las Estrategias y Medidas Prácticas Para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer en el Campo de la Prevención del Delito y la Justicia Penal *“la violencia contra la mujer encuentra muchas veces fundamento y apoyo en los valores sociales, las pautas culturales y las prácticas admitidas. El sistema de justicia penal y los legisladores no son inmunes a estos valores y por eso no siempre se ha considerado que la violencia contra la mujer tiene la misma gravedad que otros tipos de violencia”*²⁸.

En circunstancias concretas, como puede ser la privación de libertad, la falta de atención a las necesidades de género específicas de las mujeres se puede considerar equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante²⁹.

1.3 Higiene personal y Derecho a la salud

El derecho a la salud se ha constituido como un derecho inherente a la naturaleza humana, siendo reconocido en diversas normas internacionales de derechos humanos³⁰. Precisan con mayor suficiencia las obligaciones estatales respecto de la salud de los niños y niñas y las mujeres

²⁷ ONU. Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer. Resolución 61/143. 2006. p.2 [en línea] <https://undocs.org/es/A/RES/61/143> [consulta: 13 octubre 2018]

²⁸ ONU. Estrategias y Medidas Prácticas. Modelo actualizadas para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal. Resolución 65/228, Anexo. p.7 [en línea] <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8280.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

²⁹ ONU. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57. 2016. [en línea] <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361> [consulta: 13 octubre 2018]

³⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), art. 25; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), art. XI y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 12.

embarazadas y en época de lactancia: la Convención sobre los Derechos del Niño,³¹ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³², la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³³ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁴

Destaca el principio 10 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que reconoce el derecho a la salud de los privados de libertad, entendiéndolo como “*el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social*”, reconociendo que incluye “*la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: (...) las mujeres, los niños y las niñas*”.

La Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000), dispone en su párrafo 34 que,

³¹ Art. 24. “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres...”. En forma complementaria, la CADH dispone en el art. 19 que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

³² Art. 12 “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, 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”.

³³ Art. VII “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

³⁴ Art. 10 “2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto (...). 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición (...).”.

“los estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos”. En el apartado dedicado a “La mujer y el derecho a la salud”³⁵, la citada Observación General N° 14 establece que: *“Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”.*

De lo expuesto, se puede concluir que es necesaria la incorporación de una perspectiva de género en materia de salud penitenciaria con el fin de crear políticas públicas enfocadas a un tratamiento diferenciado y adecuado de las necesidades de salud física y emocional propias de las mujeres, especialmente de aquellas que se encuentran embarazadas o en periodo de lactancia y de los hijos pequeños que las acompañan en los centros de detención.

Respecto de las condiciones carcelarias, la ONU, en su “Manual de Instrucciones Para la Evaluación de la Justicia Penal”, ha establecido que *“las habitaciones y dormitorios utilizados para albergar a las reclusas deben estar dotados de las instalaciones y el material necesarios para satisfacer las necesidades higiénicas específicas de las mujeres. Las mujeres y niños deberían disponer de agua caliente para su higiene diaria personal, especialmente las mujeres*

³⁵ ONU. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2000. párr. 21.

que trabajan en la cocina, las embarazadas, las madres lactantes y las que se hallan en período de menstruación”³⁶, muy en relación con lo exigido en la regla 5 de las Reglas de Bangkok.

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes atribuye especial importancia al acceso a los servicios sanitarios y de higiene personal, así como a los artículos de aseo en condiciones de privación de libertad. Todo esto para que las mujeres no tengan que avergonzarse al pedir hacer uso de tales servicios o artículos, y que sean gendarmes mujeres quienes se los proporcionen o mejor aún, que tengan acceso directo a ellos en cualquier momento. El Comité considera que el hecho de no satisfacer tales necesidades puede constituir un tratamiento degradante.³⁷

1.4 Derecho a visitas y a contacto con la familia

En el tratamiento de los reclusos no debería hacerse hincapié en su exclusión de la sociedad sino, por el contrario, en el hecho de que continúan formando parte de ella. Para lograr esto, es imprescindible garantizar que los reclusos mantengan suficiente contacto con el mundo exterior para que el sentimiento de aislamiento y alienación no dificulten su reinserción social. Permitir a los reclusos el máximo contacto posible con sus familiares y amigos ayudará a mantener esos vínculos, facilitando así la transición de la prisión a la sociedad civil una vez puestos en libertad.

En este sentido, los Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establecen que, “*Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas(...)*”.³⁸

En términos similares, la regla 37 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Nelson Mandela de 1955), se refiere a la importancia de mantener la comunicación

³⁶ ONU. Medidas privativas y no privativas de la libertad. El sistema penitenciario. Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal. 2010. p.29. [en línea] https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Prison_System_Spanish.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

³⁷ Ídem.

³⁸ Principio XVIII.

con la familia³⁹ y, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión reconoce este derecho en su principio 19,⁴⁰ agregando en el principio 20 que, *“Si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida en lo posible en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual”*.

Por otro lado, la regla 60.2 de las Reglas Mandela del año 2015⁴¹, establece como deben ser los procedimientos de revisión a las visitas de los reclusos. De esta regla se advierte que en los registros a las visitas de los internos debe respetarse la dignidad intrínseca del ser humano y la intimidad de las personas, así como los principios de proporcionalidad, legalidad y necesidad.

En cuanto a las instalaciones donde se realizarán las visitas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, *“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”*⁴².

Las Reglas de Bangkok se han referido a cómo deben ser las visitas de los niños a sus familiares privados de libertad, entendiendo que deben realizarse en un entorno propicio, lo cual incluye un trato adecuado del personal penitenciario; además deberá permitirse el libre contacto entre la madre y sus hijos, y de ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos⁴³. Agrega la regla 20, que se deberán preparar otros métodos de inspección, por ejemplo, de escaneo, para sustituir los registros sin ropa y los registros corporales invasivos,

³⁹ Regla 37: Contacto con el mundo exterior, *“Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”*.

⁴⁰ Principio 19: *“Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho”*.

⁴¹ Regla 60.2: *“Los procedimientos de registro y entrada no podrán ser degradantes para los visitantes y se registrarán por principios cuando menos tan protectores como los que figuran en las reglas 50 a 52. Se evitarán los registros de los orificios corporales y no se emplearán con niños”*.

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Washington, Organización de Estados Americanos. 2011. p. 220.

⁴³ ONU. Reglas de Bangkok. Comentario a la Regla 28. Resolución 65/229. 2011. p.36. [en línea] https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

a fin de evitar las consecuencias psicológicas dañinas y la posible repercusión física de esas inspecciones corporales invasivas. En este sentido, la regla 43 impone como deber a las autoridades penitenciarias, alentar y facilitar las visitas a las reclusas, como condición previa importante para asegurar su bienestar psicológico y su reinserción social. Ahonda en la materia la Regla 45, estableciendo que, *“Las autoridades penitenciarias brindarán en la mayor medida posible a las reclusas opciones como la visita al hogar, prisiones abiertas, albergues de transición y programas y servicios de base comunitaria, a fin de facilitar su paso del encarcelamiento a la libertad, reducir la estigmatización y restablecer lo antes posible su contacto con sus familiares”*.

1.5 Derechos sexuales y reproductivos: El derecho a la maternidad

Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos que no siempre han tenido la relevancia que han alcanzado hoy, esto a causa de paradigmas sociales y culturales que han influido inevitablemente en las políticas estatales.

Los derechos sexuales y reproductivos se basan en el principio de la libertad sexual, libre de violencia y de discriminación, entendiendo que la sexualidad de las personas debe ser protegida y respetada. La vida en las cárceles no es el mejor ambiente, pero estos derechos fundamentales deben ser respetados y protegidos por el Estado.

Existe un fuerte dilema entre el derecho de la mujer de decidir cuándo tener hijos, y la situación de la privación de libertad, sin embargo podemos encontrar en la doctrina internacional referencias al respecto: *“Los derechos correspondientes al ámbito de la intimidad, no solo deben permanecer intactos, sino que por su particular vulnerabilidad en prisión deben ser objeto de especial tutela, por lo que la administración penitenciaria no está autorizada para invadir la conciencia de las personas privadas de libertad. (...) Ésa intimidad o vida privada (...) no es otra cosa que una parte de dominio exclusivo de la persona, sólo a ésta le incumbe, a nadie más, el Estado no podría acceder a dicha esfera con el pretexto del principio de sujeción especial al que tiene sometida a la persona privada de libertad”⁴⁴*.

⁴⁴ Valverde, Virginia. El derecho a la maternidad tras los muros de prisión: el modelo casa cuna del Buen Pastor. Trabajo final de graduación para la obtención de la Maestría en Derechos Humanos. Costa Rica. Universidad

Por su parte, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales y que todos los niños tienen derecho a igual protección social. Similar derecho que reconoce el artículo 8 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, el principio N°5 del Conjunto de Principios Para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

El derecho a la maternidad pone de manifiesto que la mujer, en el momento en que asume su maternidad, debe ser atendida de manera especial, por el hecho del ejercicio de su condición, sin que aquello signifique discriminación para el resto; mientras que, a los niños, se les debe garantizar una adecuada protección social, entendiendo por esta, alimentación, vestido, medicinas, educación; considerando siempre su interés superior.⁴⁵

A nivel más específico, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, establecen un principio muy importante en relación con el derecho a la maternidad de la mujer privada de libertad, “Regla 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*”. Lo que se pretende es que cuando las mujeres privadas de libertad tengan la posibilidad de permanecer con sus hijos en el centro penitenciario, dicha estancia debe ser lo suficientemente adecuada (al menos arquitectónicamente) para el desarrollo y convivencia de los infantes, sin que sean privados de esa adecuada atención especial.

Con respecto a la necesidad de aplicar medidas no privativas de libertad a mujeres embarazadas y que tengan un hijo a cargo, las Reglas de Bangkok, en su regla N°64 disponen que, “*Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las*

Estatad a Distancia de Costa Rica, Sistema de Estudios de Postgrado. 2014. p.12. [en línea] <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/handle/120809/1217> [consulta: 13 octubre 2018]

⁴⁵ Ibid. pp. 20-21.

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”.

En el comentario a la regla 64 se detalla 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”*⁴⁶.

Finalizado el análisis, puede concluirse que, el Derecho a la Maternidad, no debe verse o analizarse como un derecho aislado que le pertenece única y exclusivamente a la mujer, sino que necesariamente va de la mano y correlacionado con los derechos que le asisten al niño, ya que se trata de un derecho que la mujer ostenta desde la concepción, y hasta la crianza y el desarrollo del niño o la niña.

Si el Estado no considera el derecho de la madre a un efectivo ejercicio del derecho al cuidado personal de sus hijos, no está considerando el interés superior del niño, ya que son dos aspectos que no pueden comprenderse de manera separada y que, necesariamente, deben estar en armonía para la plena satisfacción de los derechos de las madres e hijos⁴⁷.

1.6 El interés superior del niño

El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su*

⁴⁶ONU. Reglas de Bangkok. Comentario a la Regla 64. Resolución 65/229. 2011. p.47. [en línea] https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

⁴⁷ Botto, Enzo. Madres privadas de libertad: Derecho al cuidado personal de los hijos y programa de residencias transitorias. Tesina correspondiente a la carrera de Derecho. 2012. p.27. [en línea] <http://repositorio.uahurtado.cl/handle/11242/7034> [consulta: 13 octubre 2018]

familia, de la sociedad y del estado”. Similar derecho que reproduce el artículo 24 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁸

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño, vino a consagrar uno de los principios fundamentales en materia de protección jurídica de la infancia, cuyo artículo 3 expresa que, en todas las medidas que el Estado adopte, el interés superior del niño deberá constituir una consideración primordial.

El concepto de interés superior del niño no tiene una definición uniforme en la normativa nacional o internacional, pues es un concepto amplio y difuso. En la Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas del año 2014, este órgano especifica que el interés superior del niño es a la vez un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental, y la norma de procedimiento (párrafo 6). Además, en cuanto a la naturaleza y alcance de las obligaciones que asumen los Estados partes de la CDN, se habla específicamente de dos tipos de obligaciones que se asumen y que vienen a colación en este caso: *“La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños”*; y *“La obligación de velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión”* (párrafo 6).

Esto hace suponer que, evidentemente, el niño/a se encuentra en un nivel de protección jurídica superior al de un ciudadano adulto. Esto es así porque su nivel de indefensión es mayor y por ende requiere mayor protección.

Finalmente, la Convención de los Derechos del Niño subraya la necesidad de proteger a niños y niñas de toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición o las actividades de

⁴⁸ Art. 24.1: *“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*.

sus progenitores.⁴⁹ También en ella se insiste en el derecho del niño o niña de mantener contacto con su progenitor/a de quien ha sido separado/a.⁵⁰

Esta obligación del Estado de velar por los derechos de los menores es una de las consideraciones a tener en cuenta a la hora de centrar la discusión respecto de las madres que residen en prisión con sus hijos menores de edad. Puesto que, como ya se ha señalado con anterioridad, si bien es cierto que nunca es buen momento para separar a un hijo de su madre, tampoco es bueno que los primeros años de vida de un menor se desarrollen al interior de un recinto penitenciario, pues en ese caso, se está atentando contra su pleno desarrollo.

1.7 Derecho a crecer y desarrollarse bajo el cuidado de sus padres

Un aspecto esencial para el pleno desarrollo de las niñas y niños es el vínculo con sus progenitores. En este sentido, resulta fundamental el contacto de la madre con sus hijas o hijos en los primeros años de vida, dado que en la primera infancia es donde se establecen los primeros vínculos afectivos, y no sólo con la madre, sino que también con el entorno más cercano, y son estos los que van a moldear como las personas establecen relaciones afectivas en la vida adulta. Los niños más pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas de la separación de sus padres por su dependencia física y el vínculo afectivo existente con la figura parental. Además, son menos capaces de tener una cabal comprensión de las circunstancias de una separación de sus figuras de apego, situación que tiene mayor posibilidad de impactar negativamente al infante, especialmente si esa separación se produce antes de los 3 años. Esta situación es reconocida por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular por la Convención sobre los Derechos del Niño⁵¹.

⁴⁹ Artículos 2 y 3 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, 1989.

⁵⁰ Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez, 1989.

⁵¹ La CDN reconoce en su Preámbulo que *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia”*. En consecuencia, la CDN recoge este principio fundamental en numerosas disposiciones. En el artículo 5º se establece que los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada. En el artículo 7.1 se reconoce el derecho del niño o niña a *“conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*. También se obligó el Estado en el art. 8.1 a *“respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*. La misma norma dispone que *“incumbirá a los padres... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”*. Sobre esta cuestión, la Corte IDH concluyó que *“el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”*, Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 47. Otros tratados internacionales de derechos humanos reconocen

El artículo 9 de la CDN consagra como uno de los derechos fundamentales de todo niño y niña el permanecer junto a los padres, estableciendo dos situaciones en las que podría ser necesario separarle de ellos: cuando los padres han maltratado o descuidado al niño; y cuando ambos padres viven separados.

Respecto de la situación de los niños cuyos padres (y en especial las madres) están privados de libertad, se señalan dos posibles medidas que eviten la separación: que los niños y niñas sean acomodados junto a su madre o bien que se encuentren sanciones más constructivas que disminuyan la reclusión de la mujer, dando preferencia a esta última alternativa. La separación de un infante con sus padres por el sólo hecho de estar estos últimos en prisión, puede ser considerada una discriminación respecto de la realidad que viven el resto de los niños y niñas.

El artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño, establece al respecto, que los Estados partes deberán entregar la adecuada asistencia a los padres, incluyendo el apoyo necesario para tener condiciones de vida acorde a las necesidades del desarrollo de sus hijos e hijas, y asegurar que ellos reciban una debida protección y cuidado. El apoyo a los padres debe incluir también educación y orientación en habilidades parentales para promover una crianza positiva y sensible hacia las necesidades de sus hijos, y que promuevan una clara comprensión de los derechos de los niños y niñas. Los Estados partes deben especialmente garantizar que esto se cumpla en el caso de los niños y niñas en condiciones de mayor vulnerabilidad.

Sobre este punto en particular, en la Opinión Consultiva 21/14, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el niño o la niña: *“(...) tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. De esta forma, cuando se trata de niñas y/o de niños que se encuentran junto a sus progenitores, el mantenimiento de la unidad familiar en razón de su interés superior no constituye razón suficiente para legitimar o justificar la procedencia excepcional de una privación de libertad de la niña o del niño junto con sus progenitores, dado el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Por el contrario, cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar, el imperativo de no privación de libertad se*

igualmente que la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado: PDCYP, art. 23; PIDESC, art. 10; CADH, art. 17; DUDH, art.16.

extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños. Evidentemente, esto conlleva un deber estatal correlativo de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y propender a la protección de la familia, sin imponer un sacrificio desmedido a los derechos de la niña o del niño a través de la privación de libertad para toda o parte de la familia” (párrafo 158).

Como conclusión, se puede afirmar que, al separar a los hijos de sus madres se interrumpe el vínculo filial, cuestión que debería ser ponderada en las decisiones que dispongan una medida de privación de la libertad de una mujer que tenga hijas o hijos menores de edad. En estos supuestos, se debería recurrir a medidas menos dañinas que aseguren igualmente el contacto de los hijos con la madre, que eviten la interrupción del vínculo filial y el desmembramiento de la familia, tal podría ser el caso del arresto domiciliario o la libertad vigilada con la implementación de un sistema de monitoreo como las tobilleras electrónicas. De esta forma, se garantiza tanto el cumplimiento de la finalidad cautelar o punitiva de la medida coercitiva, como el mantenimiento del núcleo familiar. Además, también se daría cumplimiento a la obligación asumida por el Estado consistente en tomar las medidas apropiadas para asegurar la protección y el cuidado necesario para el bienestar de las niñas y niños, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres⁵², debiendo para ello prestarles asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza⁵³. Este compromiso significa, en palabras de la Corte IDH, que *“el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”*⁵⁴.

⁵² CDN, art. 3.2.

⁵³ CDN, art. 18.2.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, párr. 66.

1.8 Intranscendencia de la pena o personalidad de la pena

La Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce en su artículo 5.3 que la sanción privativa de libertad o la prisión preventiva no deben trascender al individuo responsable o al imputado penalmente.

En los casos en que se aplica la privación de la libertad a mujeres con hijos o hijas menores de edad, la pena o la medida cautelar afecta inevitablemente a terceros, por lo que el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte no se extienda injustificadamente a personas ajenas al conflicto penal. Por consiguiente, la privación de libertad a un niño o niña debe ser una medida excepcional⁵⁵, es decir, solo debe aplicarse cuando no hay otra alternativa y siempre pensando en el interés superior del menor. En consecuencia, no puede justificarse la privación de libertad de los infantes junto a su madre en aras de resguardar el derecho a la familia y a la prohibición de separación de sus padres, ya que se puede adoptar otra medida estatal menos lesiva que asegure esos fines⁵⁶.

⁵⁵ CDN, art. 37: “Los Estados Partes velarán porque (...) b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso durante el periodo más breve que proceda”.

⁵⁶ CADH, art. 17; PIDESC, art. 10; PIDCP, art. 23; DUDH, art. 16.3; DADDH, art. VI.

CAPÍTULO II: NORMAS REGLAMENTARIAS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE A LAS MUJERES MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO

Como el tema del derecho penitenciario está sujeto a las realidades económicas, políticas y sociales de cada país, el objetivo del presente capítulo consiste en estudiar la respuesta de distintos ordenamientos jurídicos a la situación de mujeres embarazadas o con hijos de corta edad, quienes han visto su vida afectada por la ejecución de una condena penal de privación de libertad. Para esto se han seleccionado países como Argentina e Italia que plantean la prisión domiciliaria como alternativa al encarcelamiento en recintos carcelarios; países como Bolivia y Uruguay que, al igual que Chile, dan opción a las privadas de libertad de permanecer con sus hijos en el recinto carcelario, pero hasta mayor edad que la permitida en nuestro Estado; países como España que propone unidades carcelarias insertadas en la comunidad donde las madres pueden ir a dejar a sus hijos al colegio y, finalmente, países como Rusia que derechamente suspenden el cumplimiento de la sentencia penal cuando la mujer está embarazada o tiene hijos pequeños.

El análisis de las políticas penitenciarias aplicadas en el derecho comparado nos permite formar un panorama más amplio de opciones al momento de enfrentar la situación de mujeres madres privadas de libertad, opciones que traen consigo una afectación menor a los derechos fundamentales de la madre infractora de la ley y de los hijos dependientes de esta. Esto ayuda a cuestionarnos respecto de qué tenemos y a qué debemos aspirar en materia de ejecución de la pena y derechos humanos en nuestro país.

2.1 Argentina

Argentina tiene su propia ley de ejecución de la pena privativa de libertad, la ley N°24.660, a través de la cual el estado trasandino se compromete con la reinserción social de los condenados⁵⁷.

La legislación argentina destaca por aplicar la prisión domiciliaria como una alternativa para situaciones especiales que permiten *“reemplazar el encierro carcelario como modalidad de la ejecución de determinadas penas por medidas menos restrictivas de la libertad”*⁵⁸. Esta se encuentra prevista en el art. 10 del Código Penal y en el art. 32 de la Ley N°24.660. Ambas normas fueron modificadas por la Ley N°26.472, la cual amplía los supuestos en los que es posible otorgar la prisión domiciliaria, previendo ahora en forma explícita la posibilidad de que la mujer madre de niños/as menores de cinco años acceda a cumplir la pena en su domicilio⁵⁹.

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal, en una causa donde una madre privada de libertad vivía con su hijo menor en la cárcel, mientras que su hija mayor vivía fuera del recinto penitenciario con personas que ni siquiera eran familiares directos, interpretó que la finalidad de la norma es *“proteger el interés superior del niño y no la situación de la madre”*⁶⁰ y, en el caso, es claro que la niña, cuando podría estar con su madre y es una niña muy pequeña, ve afectado su derecho a ser criada junto a su madre y lo mismo pasa con el niño más pequeño, porque no se tiene en cuenta que de acuerdo a los instrumentos citados lo aconsejable es que

⁵⁷ Art. 2 Ley N°24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

⁵⁸ Salt, Marcos Gabriel. Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina. En Rivera, Iñaki y Salt, Marcos Gabriel. Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina. Editores del Puerto, Buenos Aires. 1999. p.255.

⁵⁹ El art. 10 del Código Penal señala *“Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: f) La madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo”*. Por su parte, el art. 32 inc. f. de la Ley 24.660 indica *“El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: f) A la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo”*.

⁶⁰ En este mismo sentido fue resuelto por esta Sala III en el precedente “Silva, Natalia” (Reg. n° 191/2015), donde se establece que *“hay que partir de la base de que el legislador ha determinado que es en función del interés superior del niño que la madre permanezca junto a él fuera de los muros de la prisión”*. También en el precedente “Ana María Fernández” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 18 de junio de 2013, en que el tribunal se remitió al dictamen de la Procuradora General de la Nación y citó las opiniones dadas en el trámite parlamentario de la Ley 26.813, que introduce la base normativa a tratar. Expone que la parlamentaria Marcela Rodríguez dijo: *“esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen, lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, a la salud, a la integridad o la dignidad de los condenados o procesados, menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño”*.

*no esté en una cárcel con su madre sino en un ámbito diferente porque lo cierto es que el chico está sometido al régimen carcelario por más que esté con su madre*⁶¹. Esto implicó que se decretara la prisión domiciliaria para la mujer, de tal forma que sus hijos se criaran juntos y en libertad, con todos los beneficios que ello conlleva para su interés superior.

Cabe destacar que existen casos⁶² donde la alternativa de cumplir las penas en prisión domiciliaria, para beneficiar el interés superior del niño, se han aplicado también a padres privados de libertad, destacando la perspectiva de género con que Argentina ha abordado esta materia. En el caso “Gómez Orieta”, en sentencia de 16 de octubre de 2014, se afirmó que *“la circunstancia de que sea el padre de los menores quien solicita la medida, no puede ser un obstáculo a su concesión en los términos del art. 32 inc. f de la ley 24.660. Ello así pues lo que la norma pretende garantizar es que aquella relación de dependencia no se quiebre, más allá del género de la persona privada de libertad”*.

Por otro lado, también ha existido flexibilidad respecto de la edad límite de los hijos para conceder este beneficio⁶³. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha interpretado que *“la limitación etaria (...) respecto de los hijos cuyas madres se encuentran detenidas no debe ser interpretada en forma rigurosamente literal”*⁶⁴ lo cual va en estricto beneficio del interés superior de los menores, cumpliendo así con la normativa internacional vigente en materia de derechos humanos⁶⁵.

⁶¹ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 3, Palabras del juez Pablo Jantus, Sentencia Registro N°218/2016, de 29 de marzo de 2016.

⁶² Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 de la Capital Federal, causa N° 4874, 26 de diciembre de 2016.

⁶³ Ejemplo de esto es la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5, causal rol 12259/2016, caratulada “R., R. Y. s/ Prisión Domiciliaria” del 01 de Diciembre de 2016, donde una mujer privada de libertad solicita la prisión domiciliaria pues su hijo fuera de la cárcel, de siete años de edad, se encontraba vulnerable al estar sus dos padres privados de libertad, situación que lo llevó a cambiarse de ciudad y perder el año escolar para vivir con su abuela, de edad muy avanzada y gravemente enferma. El tribunal en este caso considero el grado de vulnerabilidad del niño al verse despojado de su núcleo familiar directo, cambiarse de colegio y de casa, razones por las cuales se privilegió el interés superior del niño y su derecho a una vida familiar por razones humanitarias aun cuando el menor superara por dos años el límite legal. [En línea] <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/fallos44650.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

⁶⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 7, causa N° 39.950, “D., M. C”, resuelta el 19 de noviembre de 2010, ocasión en la que se citó C.N.P.E., Sala A, causa n° 59.013, “Incidente de prisión preventiva domiciliaria de H.O.J.”, del 3 de marzo de 2009 y Sala 5 causa n°12.259 “R., R. Y. s/ prisión domiciliaria” resuelta el 1 de diciembre del 2016.

⁶⁵ Art.3 CDN.

2.2 Bolivia

Bolivia regula la situación de las madres privadas de libertad a través de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión N°2298 del año 2001, en cuyo artículo 26 se establece que, cuando los padres y madres están privados de libertad, los hijos menores de seis años puedan permanecer en los establecimientos penitenciarios en los casos en que la persona recluida sea quien tiene la tutela legal del niño/a. Sin embargo, cuando la tutela del menor la tienen ambos progenitores, el niño/a deberá permanecer con el progenitor que se encuentra en libertad, exceptuando los casos de lactantes, los cuales deben permanecer con su madre. Al mismo tiempo, la ley indica que los establecimientos penitenciarios deben poseer guarderías destinadas para estos niños/as, además de garantizar su control de salud en el servicio médico del establecimiento y la alimentación acorde a su edad y necesidades nutricionales.

Resulta interesante destacar la perspectiva de género con que se aborda el cuidado del hijo/a, ya que no sólo la madre es quien puede optar a permanecer con el/la menor dentro del recinto penitenciario hasta los 6 años, sino que se incluye también al padre del o la menor, en caso de que éste último cuente con la tuición, sin embargo, perpetúa el problema de niños viviendo en un ambiente tan hostil para su desarrollo como lo son las cárceles.

Estadísticas recientes han dado cuenta de serios problemas que conlleva la aplicación del artículo 26 de la ley de ejecución penal, ya que en la práctica no se trata simplemente de la estadía del niño/a y su madre, sino que, en la mayoría de los casos, se trata de familias completas que conviven dentro de los recintos penitenciarios, con hijos hasta los 17 años, pues *“no hay nadie más que pueda cuidarlos”*⁶⁶.

Según el medio de comunicación británico BBC, el número de niños viviendo en prisiones bolivianas se ha incrementado desde la década de 1980, cuando el gobierno creó duras políticas contra el narcotráfico. Ejemplo de esto es la promulgación de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas N°1008, la cual generó que muchas familias vulnerables bolivianas que

⁶⁶ Para ilustrar aún más la gravedad del problema, resulta necesario nombrar el caso de la cárcel de San Pedro ubicada en La Paz, recinto penitenciario conocido históricamente por su violencia y hacinamiento - el cual alcanza casi un 500% de la capacidad del penal - como por la presencia de un sinnúmero de familias bolivianas que viven en el recinto, situación que lleva a creer a los niños que su infancia y crianza dentro de la cárcel es algo normal, con todo lo perjudicial que eso puede significar para su desarrollo. Fuente: Vaca, Mery. Bolivia's Prison Children. BBC News. 2005. [en línea] <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4415294.stm> [consulta: 13 octubre 2018]

se dedicaban al cultivo de coca como tradición ancestral, fueran detenidas y sentenciadas, especialmente en el caso de las mujeres. Así, se asegura que en la actualidad existen más de 1200 niños que viven en prisión con sus padres⁶⁷.

La infraestructura de las cárceles bolivianas se caracteriza por tener celdas en las cuales la persona privada de libertad cumple su condena en compañía de su familia, pudiendo considerarse la celda como una especie de “hogar”⁶⁸.

En los casos en que los niños y niñas superan los seis años de edad, la responsabilidad del equipamiento que requieren los niños, por ejemplo, camas y ropa, recae directamente sobre los padres, quienes deben trabajar en el interior del centro penitenciario con el fin de suplir las necesidades de sus hijos e hijas⁶⁹.

Entre las buenas prácticas, es posible destacar la reciente creación del Penal Femenino de Obrajes, como el primer centro exclusivamente femenino en Bolivia. En este recinto se inauguró el primer Centro de Atención Integral Pedagógica (CAIP) del país en el año 2015, el cual se constituye como un espacio de apoyo socioeducativo para los niños y niñas que viven con sus madres en el recinto penitenciario. La iniciativa consiste en la existencia de aulas pedagógicas que poseen las condiciones para el refuerzo educativo y psicológico, para jugar y aprender, con el fin de que los niños y niñas puedan abstraerse del entorno carcelario y de encierro. Este programa es impulsado por los Ministerios de Educación y Gobierno, quienes han pronosticado la apertura de 16 CAIP en todos los recintos penitenciarios en los cuales se encuentren niños y niñas conviviendo con sus madres⁷⁰.

2.3 Uruguay

En Uruguay, la población privada de libertad alcanza aproximadamente a 10.000 personas entre hombres y mujeres, alcanzando las mujeres el 7% del total (700 casos aproximadamente).

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ministerio de Desarrollo Social, Chile. Estudio de Sistematización del Diseño e Implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos. Informe Final de Resultados. 2015. p.29. [en línea] http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/Final_Piloto_Materno_Infantil.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

⁶⁹ Ibid. p.30.

⁷⁰ Ibid. p.29.

El marco legal de la ejecución de la pena en Uruguay se compone principalmente por dos cuerpos normativos: la Constitución Nacional, en cuyo artículo 26 se consagran los objetivos principales del sistema penitenciario, estableciendo que *“en ningún caso se permitirá que las cárceles sirvan para mortificar y sí sólo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito”*, y el Decreto Ley N° 14.470 de Normas Sobre Reclusión Carcelaria y Personal Penitenciario, en cuyo artículo 29 se establece que los hijos de madres privadas de libertad pueden permanecer junto a su progenitora en el establecimiento penitenciario dentro de la sección materno-infantil hasta los cuatro años, edad susceptible de extenderse en situaciones extraordinarias hasta los ocho años en casos especiales, previa evaluación del Consejo del Niño o del Instituto de Criminología.

El organismo encargado de la sección materno-infantil dentro del centro penitenciario femenino es el Instituto Nacional de Rehabilitación. En las secciones materno infantil los niños tienen acceso a la salud, por medio de enfermeros o paramédicos, mientras que si son temas de mayor envergadura son trasladados a un centro hospitalario asociado al centro penitenciario. También cuentan con salas cunas donde profesionales cuidan a los niños, mientras las madres trabajan, dentro del centro penitenciario. Las mujeres privadas de libertad pueden desempeñar diferentes labores, algunas de las cuales son remuneradas, lo que les permite generar ingresos para su familia que se encuentra afuera, o bien comprar las cosas que les hagan falta a ellas y a sus hijos/as dentro del recinto penitenciario⁷¹.

El artículo 30 del Decreto Ley N° 14.470 establece que *“la administración carcelaria dará intervención a la autoridad que corresponda”*, cuando los hijos/as de mujeres encarceladas cumplan la edad límite para vivir con su madre en el recinto penitenciario. En la práctica, y en caso de que el otro progenitor o algún familiar directo no puedan hacerse cargo del infante, este pasará a vivir en alguno de los hogares del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay o con familias de acogida.

⁷¹ Ibid. p.22.

2.4 Canadá

En Canadá se implementa el Programa Materno-Infantil, dependiente del Servicio Correccional del Ministerio de Seguridad Pública y Preparación Para Emergencias. La población objetivo de este programa son las mujeres que se encuentren condenadas a una pena privativa de libertad con hijos menores de cinco años. Existe una evaluación a las madres, que es realizada por las personas encargadas del programa, en la cual se estudian diferentes aristas que son relevantes a la hora de hablar del cuidado de los niños. Lo que se hace es revisar la situación delictual de la madre, su estado psicológico, la infraestructura del centro penitenciario, entre otros parámetros, para ver si existen las condiciones mínimas para que las mujeres cohabiten con sus hijos⁷².

Dentro de los centros penitenciarios existen dos modalidades; la primera es de tiempo completo, en este caso los niños pueden vivir hasta los cuatro años junto a su madre en el recinto penitenciario. La segunda modalidad es a tiempo parcial, en la que los niños se quedan solo los fines de semana o bien los días festivos con sus madres, el rango de edad para esta modalidad es desde los cinco hasta los doce años⁷³.

Con relación a la infraestructura carcelaria, los espacios son reducidos, no existen lugares de esparcimiento, ni áreas verdes. Debido a la falta de espacio es que se produce hacinamiento dentro de las secciones materno-infantiles, en donde muchas veces este problema hace que las mujeres prefieran que sus hijos se queden afuera, mientras ellas cumplen la pena privativa de libertad, porque no existen las condiciones necesarias para el correcto desarrollo de niños/as dentro de los recintos penitenciarios⁷⁴.

2.5 España

Esta materia se encuentra regulada en el Código Penal Español, en la Ley Orgánica General Penitenciaria⁷⁵ y en el Reglamento Penitenciario Español⁷⁶.

⁷² Ibid. pp. 35-36.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ LOGP N°1/1979, de 26 de septiembre.

⁷⁶ RP N°190/1996, de 9 febrero.

En España, actualmente existen sólo cuatro centros penitenciarios exclusivos para mujeres, y el resto de las privadas de libertad se encuentran en módulos femeninos dentro de prisiones masculinas, sin separación por clasificación penitenciaria alguna⁷⁷.

En cuanto a la materia en tratamiento, el artículo 17 n°6 del Reglamento Penitenciario establece que *“la Administración Penitenciaria dispondrá para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regimentales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias”*. Por su lado, el numeral 1 establece que *“la Dirección del establecimiento admitirá a los hijos menores de tres años que acompañen a sus madres en el momento del ingreso. Cuando éstas soliciten mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos”*.

El programa “Unidades Externas de Madres”, dependiente del Ministerio del Interior, es el encargado de entregar las condiciones básicas a mujeres privadas de libertad para que puedan vivir con sus hijos/as menores de tres años en los recintos penitenciarios. Se permite, en casos excepcionales, que la estadía de los niños/as se extienda hasta los seis años cuando la permanencia junto a su madre sea la mejor opción para su interés superior, imponiéndoles la obligación de ser escolarizados en colegios públicos cercanos al establecimiento carcelario⁷⁸.

Dentro de los centros penitenciarios existen diferentes unidades: 1. Unidades dependientes; estas son pequeños hogares para internas que se encuentren con un régimen de semi libertad. 2. Unidades de madres; estos son módulos específicos para que vivan las mujeres y sus hijos dentro de los centros penitenciarios. 3. Modulo familiar; estos están pensados para que se pueda compartir la crianza de los niños, cuando ambos padres se encuentren privados de libertad.

⁷⁷ El art. 9.1 de la LOGP, señala que los establecimientos de cumplimiento se organizarán separadamente para hombres y mujeres y; el art. 6.3 dispone que, cuando no haya establecimientos preventivos para mujeres, ocuparán en los de los hombres departamentos que constituyan unidades absolutamente separadas y con organización y régimen propios.

⁷⁸ Así lo establece el art. 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Entre las buenas prácticas, resalta el ambiente no penitenciario del módulo familiar, destacando su carácter brillante, colorido y espacioso, además de contener un área de juegos al aire libre y “departamentos” separados para cada familia con áreas para cocinar, comer, dormir y relajarse, “(...) cuentan con cunas, personajes de Disney en las paredes y acceso al área de juegos de la cárcel. A los padres y madres se les enseña a ser buenos padres y se les permite vincularse con sus hijos en un ambiente menos hostil y amenazante que el de las celdas comunes de la cárcel”⁷⁹.

En cuanto a las unidades dependientes, están construidas dentro de la comunidad, en lugar de aisladas de ella, “las madres llevan a sus hijos a la escuela, al doctor y a las actividades comunitarias”⁸⁰. También se apoya a las mujeres para que reciban educación y capacitación laboral.

Las peor evaluadas son las unidades de madres dentro de los centros penitenciarios pues, a pesar de las modificaciones que han realizado en las diferentes instalaciones, aun no existen espacios al aire libre para el esparcimiento de los infantes y su progenitora. La infraestructura de las habitaciones continúa siendo reducida para la cohabitación entre las madres y sus hijos/as⁸¹.

Hasta la reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1995, las mujeres privadas de libertad podían tener a sus hijos con ellas en prisión hasta que estos cumplieran los seis años de edad, pero esto se modificó ante la previsión del aumento de la delincuencia femenina⁸² y la constatación de que la mayoría de los niños/as, a partir de esa edad, solían salir de la prisión por propia voluntad de las madres, ya que entonces la proporción era de 83% de menores de tres años y un 17% de más edad⁸³.

⁷⁹ Robertson, Oliver. El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos. QUNO. 2007. p.35.

⁸⁰ Feintuch, Sophie. New Spanish Practice Aims to Break the Cycle Among Mothers and Children, en Corrections Today. 2010. pp. 38-42.

⁸¹ Ministerio de Desarrollo Social, Chile. Op. Cit. p.39.

⁸² En la década de los ochenta, la cantidad de mujeres presas en España subió en un 800 %, de 487 en 1980 pasó a 3.997 en 1994 como señala la propia Exposición de Motivos de la reforma del art.38.2 de la LOGP N°13/1995 de 16 de diciembre.

⁸³ Cervelló, Vicenta. Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género. En Revista General de Derecho Penal, Iustel, N°5. Valencia. 2006. p.12.

Cabe destacar cómo la legislación española le da un tratamiento prioritario al interés superior del niño, estableciendo en el artículo 17 n°4 del Reglamento Penitenciario que *“los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre originados por el internamiento en un establecimiento Penitenciario, deben primar los derechos de aquél”*. Según palabras de Vicenta Cervelló, esto significa que *“los derechos del menor han de primar siempre, por eso se ha de valorar su interés ya que en algunos casos puede no ser conveniente privarlo de libertad junto a su madre, por ejemplo, si hay familia que se pueda hacer cargo de él, si está próximo a cumplir los tres años, si hay indicios de malos tratos o desatención, signos de toxicomanía de la madre, duración de la condena”*⁸⁴.

Finalmente, cabe destacar que el artículo 38 n°3 de la LOGP menciona un régimen específico de visitas para menores de hasta diez años que no vivan con sus madres al interior del recinto penitenciario, estableciendo un régimen de visitas especial y más flexible, en los siguientes términos: *“(…) estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos”*.

2.6 Italia

En la legislación italiana se pueden encontrar tres supuestos distintos para aplazar el ingreso de las madres a prisión. El primer supuesto se encuentra en el art. 146 del Código Penal de 1990, modificado por ley de 08 de marzo de 2001, que establece la suspensión obligatoria de cualquier pena, menos pecuniaria, para las mujeres encintas y madres de niños menores de un año. Se trata de una medida de protección dirigida especialmente hacia el menor, ya que no opera o se revoca si el embarazo se interrumpe, se retira la potestad de la madre sobre el hijo, el hijo muere, se abandona o se entrega a otras personas. Esta suspensión se concede por un tiempo determinado, por eso, si no se da una prórroga, se ordena inmediatamente la ejecución, salvo que el juez que conozca de la causa ordene la liberación por los perjuicios que pueda provocar el encarcelamiento.

⁸⁴ Ibid. p.13.

El segundo supuesto se encuentra en el art. 147 del Código Penal, que permite la suspensión facultativa de las penas restrictivas de libertad a las madres con hijos menores de tres años. Para su concesión, el tribunal ha de valorar las posibilidades de medidas alternativas (por ejemplo, la detención domiciliaria que parte de los mismos presupuestos) y la idoneidad para alcanzar los fines previstos en el ordenamiento jurídico, ya que en casos de alta peligrosidad o que exista probabilidad de cometer un delito, no se debe conceder o se debe revocar. Además, también en esta hipótesis, se recoge la posibilidad de revocación del supuesto anterior, lo que la convierte en figura residual para los casos en los que el niño sólo puede estar con la madre, pues si deja de estar con ella, no se concede o se revoca.

Por último, el art. 47 ter del “Ordinamento Penitenziario”, modificado el año 1998, permite la detención domiciliaria en lugar de penas de reclusión hasta cuatro años, aunque sea parte residual de mayor pena, para mujeres encintas o con hijos menores de diez años que convivan con ella. Este precepto ha sufrido varios recursos de legitimidad constitucional, uno de ellos, en virtud de una sentencia de la Corte Constitucional de 13 Abril 1990⁸⁵, logró la reforma de dicho artículo para ampliar el beneficio a los padres, cuando ejerzan la potestad de sus hijos menores de diez años que con él convivan, por absoluta imposibilidad de la madre de prestarla, en atención al principio constitucional de protección a la infancia que no permite sustraer el derecho del menor a estar con el padre cuando no sea posible con la madre. La ley de 8 de marzo de 2001 introdujo la detención domiciliaria especial en el art.47 quinquies, como supuesto residual, cuando no se dan los requisitos del anterior, para madres con hijos menores de diez años que puedan restablecer la convivencia con sus hijos a través de este beneficio, después de cumplir un tercio de la pena o quince años del ergastolo⁸⁶, siempre que no haya peligro de comisión de futuros delitos.

Lo más relevante de la legislación penal y penitenciaria italiana no es sólo esta variada previsión legal, sino que las reformas más recientes de todos estos casos han ido dirigidas precisamente a ampliar su ámbito de aplicación que ha pasado de penas de hasta tres años a penas de hasta cuatro años, se extiende a madres y padres, y la edad de los menores se ha elevado a diez años,

⁸⁵ Canepa, M-Merlo. *Manuale di Diritto Penitenziario*. 6º Ed. Milán. 2002. p.301.

⁸⁶ Presidio perpetuo

lo que supone una prueba contundente de protección a la infancia y al vínculo familiar⁸⁷. Su mayor inconveniente, sin embargo, es la duplicidad que existe entre figuras que interrumpen la ejecución y medidas alternativas, ya que, en muchos casos comparten los mismos requisitos sin aclarar la preferencia de alguna de ellas sobre la otra, teniendo en cuenta que la ventaja de las segundas sobre las primeras es la posibilidad de control del sujeto⁸⁸, y que la suspensión obligatoria es preferente a las figuras discrecionales.

2.7 Rusia

Rusia trata en el artículo 82 de su Código Criminal, la “Suspensión de la sentencia para mujeres embarazadas y mujeres con hijos infantes”. Su normativa deja a discreción del tribunal la decisión de suspender el castigo para mujeres embarazadas o con niños de hasta 14 años, excepto para aquellas con sentencias de más de 5 años o con crímenes graves en contra de otra persona. Cuando el niño cumple 14 años, la corte deberá condonar el resto de la condena o reemplazar el castigo por uno más leve. Esta medida está dirigida especialmente a proteger el interés superior de los menores, ya que, si la mujer a la que se suspende la sentencia demuestra ser negligente o ha abandonado a su hijo/a, la corte puede devolverla a la prisión⁸⁹.

En la práctica, el dejar a discreción del tribunal la decisión de retrasar la sentencia, implica que este beneficio es concedido muy pocas veces, dado que es la administración de la prisión quien debe solicitarlo cuando la mujer ya se encuentra en el recinto penitenciario. Para la administración el requerir el aplazamiento de la sentencia significa hacerse cargo del comportamiento de la reclusa, elevar una solicitud e iniciar todo un procedimiento administrativo que no están dispuestos a realizar. Otra razón de su baja aplicación es que la mayoría de las mujeres son condenadas por robo, delito que no les permite solicitar el aplazamiento de la condena⁹⁰.

⁸⁷ Grevi, V.-Giostra; G.-Della Casa, F. *Ordinamento Penitenziario Commento*. 2ª Ed. Milán. 2000. p.470.

⁸⁸ Canepa, Op. Cit. p.230.

⁸⁹ UNICEF. Revisión sistemática de intervenciones psicosociales para NNA con padres/madres privados de libertad. 2014. p.58. [en línea] <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2014/12/WD-19-Padres-privados-de-WEB.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

⁹⁰ Ídem.

2.8 Australia

En Australia se implementa el Programa de Residencia de Niños (Child Residence Program) dependiente del Departamento de Servicios Correctivos, y la población objetivo de este programa son las mujeres que están privadas de libertad junto a sus hijos/as, los que cohabitan en los centros penitenciarios femeninos. Los centros penitenciarios que existen en este país están distribuidos por grados de peligrosidad de la población penal. En el caso de los de máxima seguridad, los niños/as pueden quedarse hasta los doce meses de vida, mientras que en los de mínima seguridad hasta los cuatro años. Por otro lado, los niños/as que ya se encuentren fuera de las secciones materno-infantil pueden ir a dormir a los centros penitenciarios, en el caso de los de mínima seguridad hasta los doce años, mientras que en los de máxima seguridad hasta los seis años⁹¹.

En Australia se hace una evaluación previa al ingreso de los niños a los centros penitenciarios, se revisa si es que la madre no posee alguna enfermedad mental, si ha consumido drogas, que no se haya autolesionado o tenido algún comportamiento suicida, todo lo que pueda ser perjudicial para los niños. Por otro lado, se evalúan las condiciones externas, como la capacidad en la residencia materno-infantil, si es que el hecho de estar en un centro penitenciario es una amenaza para los niños/as, etc⁹².

El programa se enfoca en los cuidadores primarios, pero no sólo en la madre biológica de los niños/as, sino también en los que serán los cuidadores cuando el infante salga del centro penitenciario. Además, permite la participación esporádica de cuidadores no primarios (la abuela u otro familiar significativo) con el consentimiento del cuidador principal⁹³.

En el caso de la alimentación de los niños, como derecho básico, existen modalidades en que las madres pueden subsidiar la comida de sus hijos y ellas mismas administrarla, pero también existe la opción de que la comida sea entregada por el mismo centro penitenciario. La entrega de la comida a las mujeres embarazadas, a las madres lactantes, y a los niños/as, es responsabilidad del centro penitenciario, quien debe revisar nutricionalmente la alimentación

⁹¹ Ministerio de Desarrollo Social, Chile. Op. Cit. p.34-35.

⁹² Ídem.

⁹³ Ídem.

de quienes habitan en la sección materno-infantil. Así también, es labor de los centros penitenciarios, administrar y subsidiar a las madres con todos los implementos básicos para los niños/as, tales como pañales, ropa de cama, cuna, coches, entre otros artículos.

En el caso particular de las madres que dan a luz mientras se encuentran en un centro penitenciario, se les permite salirse de la rutina por seis semanas, es decir, pueden llevar una vida acorde a sus necesidades y las del bebé, sin tener que cumplir con los estatutos impuestos por los diferentes centros penitenciarios; esto sucede después de dar a luz, para que puedan recuperarse y así establecer los primeros vínculos con el infante de manera más tranquila. Respecto al acceso a la salud, los niños son atendidos dentro y fuera del centro penitenciario dependiendo de la gravedad del asunto, en el caso de que el niño/a tenga que salir de las dependencias, lo hace con la madre, siendo esta autorizada por el superintendente a cargo⁹⁴.

⁹⁴ Ídem.

CAPÍTULO III: DETALLE DE LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD EN CHILE

Hasta el momento se han analizado los estándares internacionales de derechos humanos para mujeres madres privadas de libertad y la respuesta del derecho comparado. Es momento de estudiar las condiciones en que viven las mujeres madres privadas de libertad con sus hijos en Chile, para conocer el panorama al que nos enfrentamos y hacernos cargo de nuestra propia realidad.

¿Quiénes son estas mujeres? ¿En qué condiciones viven al interior de la cárcel? ¿Por qué delitos se encuentran privadas de libertad? ¿Cuántas de ellas son madres? ¿Cuántos niños hay viviendo en las cárceles chilenas? ¿Qué pasa con estos niños al cumplir el máximo de edad para cohabitar junto a su madre privada de libertad? ¿Cómo protege el estado este vínculo afectivo?

Son variadas las preguntas, por lo que el presente capítulo tiene por objeto detallar la situación actual de las mujeres madres privadas de libertad en Chile mediante datos obtenidos de los escasos estudios que hay en la materia. El estudio de la criminalidad femenina es un fenómeno de carácter reciente que ha adquirido importancia gracias a los movimientos feministas. Cualquier análisis de criminalidad para que pueda ser efectivo debe tomar en cuenta las necesidades y la posición de subordinación de la mujer; considerar la especificidad de la condición femenina y apreciar los efectos positivos o negativos de las circunstancias que rodean su vida: la feminización de la pobreza, las pautas sociales que adjudican mayor responsabilidad a las madres como organizadoras de la supervivencia de los hijos, la maternidad, entre otros tópicos que se revisaran en el siguiente capítulo.

3.1 Consideraciones estadísticas

Chile tiene una alta tasa de encarcelamiento femenina; mientras que en el mundo la cifra varía entre un 2% y un 9%⁹⁵, en nuestro país, las mujeres alcanzan un 9% respecto del total de personas privadas de libertad, es decir, una mujer por cada nueve hombres⁹⁶.

Según un estudio de Gendarmería de Chile denominado “Informe de Prevalencia de Violencia de Género en la Población Penal Femenina de Chile”, 3 de cada 4 mujeres que ingresan a cumplir condena en prisión no han completado su educación escolar formal (incluso un 8% no sabe leer ni escribir); la mayoría carece de capacitación laboral y presentan altas tasas de cesantía o trabajos informales, precarios e inestables, con ingresos en promedio inferiores a los \$300.000 al mes.⁹⁷ De ellas, la gran mayoría son jefas de hogar de una familia monoparental, esto explica por qué el tráfico de drogas sería el delito por el cual, según ilustra la siguiente tabla⁹⁸, un 55,1% de la población carcelaria femenina se encuentra tras las rejas, ya que cometen el delito desde sus propios hogares haciéndolo compatible con su labor de madres y jefas de hogar.

Tipo de delito por el que se encuentra recluso	Población Penal					
	Mujer		Hombre		Total	
	n°	%	n°	%	n°	%
Robos	945	27,9	20929	52,7	21874	50,6
Drogas	1939	55,1	7945	20,0	9884	22,9
Faltas	299	8,5	4476	11,7	4775	11,0

⁹⁵UNODC. Taller regional sobre buenas prácticas en la implementación de las Reglas de Bangkok. Guatemala. 2014. p.2. [en línea] https://www.unodc.org/documents/ropan/Reglas_de_Bangkok/Reglas_Bangkok_diapos.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

⁹⁶ Al 31 de agosto de 2017, un total de 3.672 mujeres conformaban la población penal en régimen de control cerrado. Fuente [en línea] <http://www2.latercera.com/noticia/70-las-mujeres-prision-sufre-agresiones-pareja/> [consulta: 13 octubre 2018]

⁹⁷ Gendarmería de Chile. Informe de prevalencia de violencia de género en la población penal femenina de Chile. 2015. p.11. [en línea] <https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/vgenero.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

⁹⁸ Solicitud transparencia a Gendarmería de Chile N°AK006T0005095, datos actualizados al 31 de diciembre del 2016.

Delitos Sexuales	14	0,4	3030	7,3	3044	7,0
Hurtos	326	9,8	2251	5,7	2577	6,0
Homicidios	183	5,2	3194	8,0	3377	7,8
Control de Armas	143	4,1	2995	7,5	3138	7,3
Lesiones	27	0,8	1301	3,3	1328	3,1
Materia Civil	8	0,2	371	0,9	379	0,9
Ley de Tránsito	21	0,6	665	1,7	686	1,6
Delitos Económicos	24	0,7	265	0,7	289	0,7
Secuestros	10	0,3	260	0,7	270	0,6
Infracción Ley de Alcoholes	1	0,0	26	0,1	27	0,1
Cuasidelitos	1	0,6	49	0,1	50	0,1
Actos Terroristas y Seguridad Interior	2	0,7	15	0,0	17	0,0
Otras Tipificaciones de Delitos	223	0,3	4446	11,2	4669	10,8
Total	3517	100	39711	100	43228	100

El estudio de Gendarmería⁹⁹ arrojó que del total de mujeres privadas de libertad durante el año 2015 un 87,92% admite ser madre, con 2,7 hijos en promedio, según detalla la siguiente tabla:

⁹⁹ Gendarmería de Chile. Informe de prevalencia de violencia de género en la población penal femenina de Chile. Op. Cit. p.7.

Hijos	Cantidad de hijos													Total General	%
	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	15		
Con hijos		455	461	389	244	120	67	34	14	5	5	2	1	1797	87,92
Sin hijos	247													247	12,08
Total	247	455	461	389	244	120	67	34	14	5	5	2	1	2044	100

Además, el estudio dilucidó, que uno de los problemas más traumáticos que aquejan a las mujeres privadas de su libertad, es la separación de sus hijos. La preocupación por ellos está presente a lo largo de toda su condena, convirtiéndose muchas veces en una agobiante obsesión¹⁰⁰.

3.2 Consideraciones psicosociológicas

En el informe de Naciones Unidas caratulado “Causas, Condiciones y Consecuencias de la Encarcelación Para las Mujeres”¹⁰¹, se señala que existe un fuerte vínculo entre la violencia que afecta a las mujeres y su encarcelación, ya sea antes, durante o después de la privación de libertad y que, con anterioridad a su ingreso a prisión, las mujeres han sido víctimas de violencia con una frecuencia mucho mayor que la reconocida habitualmente por el sistema jurídico.

De acuerdo con el informe “Reinserción, Desistimiento y Reincidencia en Mujeres Privadas de Libertad en Santiago”, elaborado por el Instituto de Sociología de la Universidad Católica y las fundaciones San Carlos de Maipo y Colunga, efectuado con una muestra de 225 mujeres privadas de libertad, un alto número de ellas ha sido víctima de agresiones o vulneraciones: el

¹⁰⁰ “Por lo único más terrible es por no estar con mi hijo.” (A.I., privada de libertad, 24 años) en Informe de prevalencia de violencia de género en la población penal femenina de Chile. Op. Cit. p.55. [en línea] <https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/vgenero.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁰¹ ONU. Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres. Resolución A/68/340. 2013. [en línea] <http://www.onu.cl/onu/wp-content/uploads/2014/02/report-de-manjoo-a-la-AG-2013-sp.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

62% de los casos de internas analizados reporta algún maltrato durante la infancia; en la adultez, el 70% reconoce agresiones de su pareja, que en un 77% ha estado o está presa. Su contexto parental no difiere mucho, casi tres de cada cuatro tuvieron algún familiar privado de libertad.¹⁰²

Con estos antecedentes es posible concluir que la victimización física y sexual se transforman en conceptos claves al momento de entender la acción delictual de las mujeres.

Sumado a esto, se encuentra el fenómeno llamado “feminización de la pobreza”¹⁰³, que explicaría el aumento de delitos relacionados con drogas en mujeres, atendido el alto número de ellas que son jefas de hogar, de precaria educación y con escaso acceso a empleos formales que pudieran ayudarlas a llevar una vida más digna. En palabras de la abogada y criminóloga Carmen Antony, *“mujeres que sufren, que han sido oprimidas y deshumanizadas, habitantes de poblaciones marginales, violentadas física y sexualmente, dependientes física y económicamente al varón, al cual protegen y ocultan sus delitos, mujeres madres y abuelas imposibilitadas de alcanzar una vida mejor por la vía legal”*¹⁰⁴.

La situación de exclusión social, sumado a la feminización de la pobreza y las escasas redes de apoyo familiar e institucional con que cuentan estas mujeres, se convierten en claros indicadores que permiten establecer una relación casi directa entre la necesidad de mantener a sus hijos y el involucramiento en el mundo delictual.

3.3 Mayor impacto del encarcelamiento en sus vidas

Las mujeres madres privadas de libertad cargan con una triple condena, *“la sentencia, la vida carcelaria lejos de los hijos y lo que dice la sociedad”*¹⁰⁵. Según la directora ejecutiva del Programa de Estudios Sociales del Delito de la U. Católica, Catalina Droppelmann, en una sociedad machista como se reconoce a la chilena, estas mujeres *“no solo transgreden la ley,*

¹⁰² Vedoya, Sebastián. El 70% de las mujeres en prisión sufre agresiones de su pareja. Diario La Tercera. 2017. [en línea] <http://www2.latercera.com/noticia/70-las-mujeres-prision-sufre-agresiones-pareja/> [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁰³ Leyton, Horacio. Criminalidad femenina y su situación en Chile en Revista De Derecho Penitenciario. Universidad Mayor. Facultad de Derecho. Centro de estudios Penales y Penitenciarios. Diciembre 2013 - marzo de 2014.

¹⁰⁴ Antony, Carmen. El Desastre Humanitario en Revista De Derecho Penitenciario. Universidad Mayor. Facultad de Derecho. Centro de Estudios Penales y Penitenciarios. Diciembre 2013 - marzo de 2014.

¹⁰⁵ Ahumada, Renata y Pinto, Camila. Tráfico de Droga: Triple Condena Femenina. [en línea] <http://787anonimas.com/> [consulta: 13 octubre 2018]

también transgreden la expectativa social de lo que se espera que sea su comportamiento”¹⁰⁶. Esto se refleja cuando al ser condenadas sufren un alto reproche social, lo que conlleva el rechazo de sus familias y comunidades, quedando completamente aisladas. En palabras de la abogada y criminóloga Carmen Antony, *“la prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa 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”*¹⁰⁷.

La pena privativa de libertad entraña de modo inevitable el cese de la convivencia del grupo familiar y la modificación de la dinámica de los hogares. No obstante, cuando la pena carcelaria recae sobre una mujer que tiene a su cargo hijos menores de edad, los efectos que posee el encierro son devastadores, tanto con relación a las propias detenidas, como a sus hijos.

La falta de centros penitenciarios exclusivamente femeninos conlleva a que se les recluya lejos de su entorno familiar, todo lo cual acarrea el rompimiento de los lazos familiares y muchas veces la pérdida de sus hijos, quienes en la mayoría de las ocasiones quedan abandonados a su suerte con familiares o en instituciones del gobierno¹⁰⁸.

La encarcelación genera un incremento de la pobreza por diferentes factores y es aún mayor en el encarcelamiento femenino debido al rol de la mujer como cuidadora y protectora del hogar y la familia¹⁰⁹. Un estudio sobre el tema, elaborado el año 2012 por investigadores de la Universidad Católica¹¹⁰, constata que los hijos de madres encarceladas reportan problemas escolares, disminución del rendimiento académico, conductas de agresión, victimización escolar y problemas de salud como depresión, 13% de los adolescentes hijos de madres privadas de libertad reporta no tener qué comer.

¹⁰⁶ Vedoya, Sebastián. Op. Cit.

¹⁰⁷ Antony, Carmen. Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina en Revista Nueva Sociedad N° 208. Marzo-abril 2007. p.76. [en línea] http://nuso.org/media/articles/downloads/3418_1.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Ahumada, Renata y Pinto, Camila. Tráfico de Droga: Triple Condena Femenina. [en línea] <http://787anonimas.com/> [consulta: 13 octubre 2018]

¹¹⁰ Valenzuela, Eduardo; Marcazzolo, Ximena; Stuen, Ana María y otros. Impacto social de la prisión femenina en Chile, en Propuestas para Chile. Concurso políticas públicas. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile. 2012. pp. 293-321.

Los estudios señalan que cuando es un hombre quien es recluido, “*ello no significará un gran problema pues siempre habrá una figura femenina que dará de soporte a la familia*”¹¹¹. Sin embargo, esta situación no se observa en sentido inverso cuando una mujer es privada de libertad, depositándose finalmente el cuidado de la familia en otras redes, ya sean sociales o institucionales, que no forman parte integrante del grupo familiar propiamente tal.

El impacto que el encarcelamiento genera en sus hogares y, en especial en sus hijos, configura, de hecho, un castigo adicional que debería ser reconocido legalmente y ponderado por los jueces antes de dictar sentencias que puedan afectar de modo irreparable el interés superior del menor y la dignidad e integridad de la madre, convirtiendo la pena en algo cruel, de modo que si existe una alternativa menos dañina al encarcelamiento, como podría ser la prisión domiciliaria o la suspensión en la ejecución de la pena, deberían ser éstas las alternativas por las cuales el sistema judicial se incline.

3.4 Violencia intrapenitenciaria

En el estudio de Ana Cárdenas caratulado “Mujer y Cárcel en Chile”, la población penitenciaria estudiada¹¹² consideró que los principales problemas de seguridad al interior del centro penitenciario femenino son, precisamente, las situaciones de violencia intracarcelaria asociadas al hacinamiento en las habitaciones y al tráfico de drogas.¹¹³

Las formas de violencia de las que son objeto las mujeres privadas de libertad no son iguales a las que afectan a los hombres en los centros penitenciarios masculinos. Muchas de estas situaciones tienen que ver con atacar la integridad del cuerpo e intimidad de las reclusas¹¹⁴, lo

¹¹¹ Defensoría Penal Pública de Chile. Estudios y Capacitación: Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal. Universidad Diego Portales. 2005. p.91. [en línea] <http://www.dpp.cl/resources/upload/2da4798dbbde299aedc13fa643065b0c.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

¹¹² Mujeres de grupos vulnerables de la población femenina recluida en el CPF de San Joaquín, Región Metropolitana: las enfermas crónicas, las reclusas extranjeras y las mujeres embarazadas o que han tenido un hijo/a en el último año en la cárcel.

¹¹³ Cárdenas, Ana. Mujeres y Cárcel: Diagnóstico de las necesidades de grupos vulnerables en prisión. 2011. p.64. [en línea] <http://www.icsoc.cl/wp-content/uploads/2011/03/Mujer-y-carcel.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

¹¹⁴ Ilustración de esto es el caso de María Inés Norambuena, recluida en el Centro Penitenciario Femenino de Santiago, quien en horas de la madrugada y mientras se encontraba durmiendo en una celda de castigo, es levantada por nueve funcionarias de Gendarmería y conducida por un pasillo en donde recibe múltiples golpes de pies y puños en diferentes partes del cuerpo, especialmente cabeza y piernas, para luego ser llevada a las duchas del recinto, donde es desnudada y duchada con agua fría, siendo conducida finalmente de vuelta a la celda, donde tuvo que permanecer en ropa interior. En este caso, las funcionarias fueron destituidas de Gendarmería por sumario

cual genera un fuerte impacto en ellas, pues, como ya se ha dicho, son mujeres que en su gran mayoría han sufrido violencia psicológica, física y sexual antes de su ingreso a la cárcel¹¹⁵.

Otra forma de violencia dirigida exclusivamente a mujeres privadas de libertad, constatada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en su visita al CPF de Santiago, fue en relación a sus derechos sexuales y reproductivos, donde varias internas formularon reclamos en materia de venusterio, argumentando que *“las autoridades son muy restrictivas en el otorgamiento de visitas conyugales”*¹¹⁶. Aquí se constata que, además de tener que contar con muy buena conducta y acreditar la existencia de un vínculo permanente con la pareja, se exige a las reclusas la utilización de métodos anticonceptivos de manera obligatoria y, en caso de embarazo, se procede a suspender el beneficio del venusterio. Dichos requisitos resultan discriminatorios por cuanto a los hombres no se les exige; se sabe incluso de casos en los que se permite a los reclusos varones el contacto con prostitutas, aunque de manera informal, tal como lo detalla el estudio *“Régimen de Visitas Conyugales en el Sistema Carcelario Chileno”*¹¹⁷.

Es criticable la falta de perspectiva de género con que se ha abordado este tema, dado que se sigue concibiendo a la mujer como la única responsable del método anticonceptivo y revela una noción de sexualidad entendida como una necesidad o atributo masculino, en tanto que *“la mujer es definida en cuanto a su identidad como madre o hija”*¹¹⁸.

administrativo. Fuente: Sentencia del 12° Juzgado de Garantía de Santiago, 17 de febrero de 2010, RUC 800270729-3.

¹¹⁵ Estudio proyectivo de la U. Católica elaboró perfil de la comunidad penal femenina, concluyendo que: el 62% de los casos de internas analizados reporta algún maltrato durante la infancia. En adultez, el 70% reconoce agresiones de su pareja, que en un 77% ha estado o está presa. Casi tres de cada cuatro tuvo algún familiar privado de libertad. Fuente: [en línea] <http://www.latercera.com/noticia/70-las-mujeres-prision-sufre-agresiones-pareja/> [consulta: 13 octubre 2018]

¹¹⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Informes de las unidades penitenciarias visitadas: Informe CPF Santiago, Región Metropolitana. 2012. p.9. [en línea] <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Informes%20Santiago?sequence=8> [consulta: 13 octubre 2018]

¹¹⁷ Vásquez, David. Régimen de Visitas Conyugales en el Sistema Carcelario Chileno. Serie estudios año XI, N°260. Biblioteca del Congreso Nacional. Depto. de Estudios Extensión y Publicaciones. 2001. p.6. [En línea] http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro260.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

¹¹⁸ Antony, Carmen. Panorama de la situación de las mujeres privadas de libertad en América Latina desde una perspectiva de género. Violaciones de los Derechos Humanos de las mujeres privadas de libertad. 2003. [en línea] <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/investigacion/privacion%20de%20libertad/panorama.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

Por su parte, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP)¹¹⁹ se refiere a las visitas íntimas como “*visitas especiales*” en su artículo 51, señalando que se llevarán a cabo solo “*si las condiciones del establecimiento lo permiten*”. Indica, además, que el interno debe especificar en su solicitud la relación de parentesco “*conyugal o afectiva*” que lo vincula con la visita, y agrega que dichas visitas se concederán una vez al mes, con un mínimo de 1 hora y un máximo de 3. Más adelante, el artículo 54, recalca, con respecto a las visitas especiales, que éstas “*se llevarán a efecto en dependencias especialmente habilitadas*”. De la lectura del REP es posible entender que el derecho a venustario se encuentra limitado por las condiciones arquitectónicas de la cárcel, además de los requisitos ya mencionados que cada mujer debe cumplir personalmente, por lo cual el acceso a este derecho básico encuentra distintas trabas para ser ejercido por mujeres privadas de libertad.

Finalmente, el estudio del INDH, sobre condiciones carcelarias, revela una alta utilización de las sanciones de internación en celda solitaria¹²⁰ y la suspensión de visitas, como castigo a ciertas infracciones cometidas por las reclusas en los recintos penitenciarios¹²¹, situación que debilita los lazos familiares, facilita el abandono de las parejas¹²² y dificulta las visitas de los hijos en el exterior, lo que interfiere directamente en el bienestar psicológico de la reclusa y, en consecuencia, altera su comportamiento y la forma en que sobrelleva la encarcelación.

3.5 Acceso a servicios de salud

En el estudio de Ana Cárdenas, los principales problemas asociados a la atención médica en el recinto penitenciario femenino son la carencia de medicamentos¹²³ y de especialistas de la salud¹²⁴.

¹¹⁹ Decreto N°518/1998. Ministerio de Justicia de Chile.

¹²⁰ “*Me fue dado comprobar que reclusas con intentos de suicidio en Chile eran alojadas en estas celdas en abierta violación a sus derechos humanos*”. Fuente: Antony, Carmen. Op. Cit.

¹²¹ Instituto Nacional de Derechos Humanos. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Informes de las unidades penitenciarias visitadas: Informe CPF Santiago, Región Metropolitana. Op. Cit. p.62-63.

¹²² Gendarmería de Chile. Manual de Derechos Humanos de la función Penitenciaria. p.34-36. [en línea] http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GENCHI_FINAL.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

¹²³ “*La calidad de la atención también se refleja en los medicamentos que se les suministran, los cuales tienden a ser en su mayoría analgésicos, independiente de los síntomas que presenten los/as internos/as*”. Fuente: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Op. Cit. p.104.

¹²⁴ Cárdenas, Ana. Op. Cit. p.61.

Por su lado, el “Informe de Prevalencia de Violencia de Género en la Población Penal Femenina de Chile” de GENCHI, indicó que en el ámbito de la salud física, destacan entre las reclusas las enfermedades cardíacas, endocrinas y respiratorias, que afectan al subgrupo de mujeres de mayor edad y con más larga permanencia en prisión; y en el de la salud mental, los problemas más frecuentes son los trastornos del ánimo¹²⁵, seguidos por el consumo problemático de alcohol, marihuana y derivados de la cocaína¹²⁶.

Dado que las mujeres reclusas se encuentran dentro de un sistema carcelario creado por y para hombres, lo que resulta de ello es, frecuentemente, que sus necesidades específicas de salud e higiene no sean tomadas en cuenta de manera apropiada y, por extensión, tampoco las de los niños/as que las acompañan. Así lo confirma un informe de la Subsecretaria de Servicios Sociales que asevera “*no existe ningún pediatra a la hora de que los niños tengan alguna emergencia, por lo que en la mayoría de los casos siempre hay que trasladarlos al lugar de atención primaria asociado*”¹²⁷.

Al ser llevadas a control al exterior, las internas pueden pasar por situaciones indignas como ser trasladadas con chalecos amarillos que resaltan su condición de privada de libertad o esposadas¹²⁸. Finalmente, suele ocurrir que no hay carros de gendarmería que las lleven a sus controles médicos en el exterior¹²⁹, como tampoco hay suficiente personal femenino para hacer de custodias que puedan acompañar a las reclusas al hospital, lo que culmina en que son

¹²⁵ “Los trastornos definidos como “nerviosos” son habituales dentro de la población carcelaria femenina, frente a los cual se tienden a recetar de manera excesiva tranquilizantes”. Fuente: Antony, Carmen. Panorama de la situación de las mujeres privadas de libertad en América Latina desde una perspectiva de género. Violaciones de los Derechos Humanos de las mujeres privadas de libertad. Op. Cit. Concordante con ello es el relato de una mujer (A.C. 54 años) en el Informe de Prevalencia de Violencia de Género en la Población Penitenciaria Femenina, realizado por Gendarmería “... te quieren dopar, pa tenerla así tranquila, y al tenerte tranquila, al tenerte dopa, ¿sabe lo que pasa? Que las otras mujeres se aprovechan de golpearle, de mandarte, de mandarte a lavarles la ropa, a lavar platos y te utilizan.” p.52.

¹²⁶ Gendarmería de Chile. Informe de prevalencia de violencia de género en la población penal femenina de Chile. Op. Cit. p.11.

¹²⁷ Ministerio de Desarrollo Social, Chile. Op. Cit. p.20.

¹²⁸ Ver Corte Suprema de Chile, Rol N° 92795/2016, Considerando 11°.

¹²⁹ En el Informe de condiciones carcelarias del INDH se plasma la entrevista a una colaboradora de Fundación Mujer Levántate, quien detalla: “Lo que me llama más profundamente la atención y lo que me dio más...o sea, lo que me dolió más, es en realidad que...por ejemplo, las mujeres, nosotros tenemos muchas beneficiarias que están enfermas, muy enfermas, crónicas, que tienen mucho dolor, van a la enfermería y les dan un paracetamol con suerte y no las llevan al hospital... porque no hay carros y no hay profesionales, no hay Gendarmes que acompañen a las internas, entonces se pierden las horas así de los hospitales de una manera terrible”. p.103.

acompañadas por personal masculino de Gendarmería, que incluso sigue presente durante las consultas y exámenes médicos¹³⁰.

3.6 Visitas a la cárcel y mantener contacto con sus familiares

El reducido número de reclusas generalmente se traduce en menos cárceles para mujeres y, por tanto, la ubicación a mayor distancia de sus hogares¹³¹, lo que conlleva una dificultad para que las familias puedan visitarlas, pues implica gastos económicos de traslado y muchas veces los hijos de las reclusas deben faltar al colegio por el horario de visita tan restringido que imponen las cárceles o simplemente no visitan a sus madres por no tener un adulto responsable que pueda acompañarlos.

Según el estudio de Cárdenas a grupos vulnerables del CPF de San Joaquín, la población penitenciaria femenina, a diferencia de la masculina, tiende a no ser visitada por sus parejas (cuando las hay), sino principalmente por sus hijos y familiares. De las reclusas entrevistadas, un 22.8% manifiesta estar conformes con las visitas que actualmente reciben, sin embargo, un 47.1% indica que quisiera poder ver más a sus hijos¹³².

La Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer señaló en sus recomendaciones que las autoridades deben garantizar que *“las mujeres presas tengan acceso a sus derechos básicos, entre ellos el derecho a que sus familiares las visiten”*¹³³. Es importante que el derecho a las visitas de familiares sea reconocido como tal, pues se admite que los presos con buenos lazos familiares tienden a tener tasas bajas de reincidencia¹³⁴.

¹³⁰ Ver Corte Suprema de Chile, Rol N° 92795/2016, Considerando 5°.

¹³¹ Un claro ejemplo de esta situación se da en la Región metropolitana, en donde todas las mujeres condenadas, independiente de su lugar de residencia, son recluidas en el Centro Penitenciario Femenino, ubicado en la comuna de San Joaquín.

¹³² Cárdenas, Ana. Op. Cit. p.83.

¹³³ ONU. Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk - Mission to the Russian Federation. 62nd Session de 26 de enero de 2006. E/CN.4/2006/61/Add.2.

¹³⁴ Crawford, Jackie. Alternative Sentencing Necessary for Female Inmates With Children. Corrections Today. Volumen N°65. Junio 2003. [en línea] <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=200723> [consulta: 13 octubre 2018]

Un estudio de la ONG EN MARCHA informó que entre el año 2007 y julio de 2016, en promedio unas 116.511 veces al año un niño de 0 a 13 años ingresa a un centro penal del país¹³⁵. Si niños tan pequeños van a visitar a sus familiares a la cárcel, lo mínimo que se espera es que exista un buen trato de los uniformados hacia ellos con el fin de aminorar las consecuencias negativas que su ingreso a prisión pueda tener. Paradójicamente esto no ocurre, pues se sabe que los Gendarmes utilizan métodos invasivos de revisión corporal a las visitas externas, dejando a los niños desnudos o en ropa interior, obligándolos a hacer sentadillas para cerciorarse de que no portan elementos prohibidos en su cavidad anal, e inclusive, a las niñas les han pedido que se cambien las toallas higiénicas en presencia de otras adultas y funcionarias de GENCHI¹³⁶⁻¹³⁷.

3.7 Niños que viven separados de su madre que está en la cárcel

Tal como se ha ilustrado hasta el momento, la mayoría de las privadas de libertad son madres y, atendido el rol de cuidado que social e históricamente se les atribuye por su género, estas tienden a ser las principales cuidadoras de sus hijos y su único medio de sustento¹³⁸.

¹³⁵ ONG En Marcha. ¿Cuántos son en Chile? Cifras de una realidad invisible. 2016. p.4. [en línea] <http://onaf.uda.edu.ar/wp-content/uploads/2016/10/CUANTOS-SON-EN-CHILE1.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

¹³⁶ “*Que, en consecuencia, las conductas precedentemente descritas, desplegadas por funcionarios de Gendarmería de Chile, consistentes en registrar a los menores de edad que visitan a internos obligándolos a despojarse de su ropa interior en presencia de extraños, constituye una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho a la honra de los menores afectados, derecho contemplado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Magna, y además vulneran lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga a los Estados Partes a que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En efecto, el ser sometido a semejantes tratamientos, consistentes en ser obligado a desnudarse, a exhibir su cuerpo a personas extrañas, en un ambiente también extraño, ajeno a la realidad cotidiana, evidentemente constituye un trato degradante para un niño, niña o adolescente de pocos años de vida, que afecta su autoestima, y que atenta directamente contra su dignidad como persona*”. Fuente: Corte de Apelaciones de La Serena, Causa Rol 1378-2017, recurso de protección, sentencia de 07 de septiembre de 2017, considerando décimo.

¹³⁷ “*La gran mayoría de los 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*”. Fuente: Instituto Nacional de Derechos Humanos. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos. 2013. p.132-133. [en línea] <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4> [consulta: 13 octubre 2018]

¹³⁸ Ver Corte Suprema de Chile, Oficio N°25-2017, Informe Proyecto de Ley N° 2-2017, considerando 3°.

Es por ello que, entre las principales consecuencias de privar de libertad a una mujer, encontramos el abandono en la crianza de los hijos y la pérdida del sustento del hogar, lo que implica el desmoronamiento de una familia, institución que se encuentra protegida por nuestra Constitución, en su artículo 1° inciso segundo y en el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Chile.

Se calcula que en nuestro país uno de cada cien niños y niñas (más de 40.000) tienen a su padre y/o madre privados de libertad¹³⁹. Ante esta situación, Naciones Unidas el año 2011, en su 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”*¹⁴⁰. En ese sentido, dejar privada de libertad a una madre, implica cuestionarse quién cuidará a los hijos cuando ellas se encuentran tras las rejas y evaluar en qué medida la decisión administrativa de despojarlos del cuidado directo y regular de sus padres afecta su interés superior.

El Comité de los Derechos del Niño, en el año 2012, emitió las recomendaciones y buenas prácticas que se trataron en el día del debate general del año 2011, relacionado a los hijos e hijas de progenitores presos. Allí se reconoció que los riesgos en hijos/as de padres/madres encarcelados son cinco: el ser privado de las necesidades y oportunidades básicas, sufrir victimización secundaria y despersonalización, que la situación general del menor se deteriore, quedar distanciado de su progenitor encarcelado y riesgo de caer en conductas antisociales.

Una intervención dirigida y temprana en estos menores, puede reducir o mitigar estos efectos y, dado que el Estado está al servicio de la persona humana y es su deber crear las condiciones sociales que permitan a todos los miembros de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible¹⁴¹, deberá crear e implementar políticas que aseguren que, en todas

¹³⁹ ONG En Marcha. Op. Cit. p.3.

¹⁴⁰ Gurises Unidos; Church World Service América Latina y El Caribe. 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. 2014. p.16. [en línea] http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/12/Invisibles_hasta_cuando.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁴¹ Art. 1 inciso cuarto de la Constitución Política de la República de Chile.

las acciones que pudieran afectar directa o indirectamente a hijos/as de padres/madres encarcelados, y en cada etapa del proceso judicial penal, sea el interés superior del niño el punto primordial a considerar, tanto así, que a fin de evitar el impacto negativo que el encarcelamiento de su padre o madre tiene sobre ellos, se deberá dar prioridad a las medidas sin privación de la libertad, incluso en relación a la prisión preventiva, tal como indicó el Comité de los Derechos del Niño, en su recomendación y buenas prácticas en el día general del debate.

3.8 Maternidad tras las rejas

La normativa chilena permite que las madres privadas de libertad con hijos menores de dos años vivan juntos en las cárceles¹⁴². Al 30 de junio de 2018, dentro de la población carcelaria en el sistema cerrado (es decir, privadas de libertad sin permiso de salida, ni en centros de educación y trabajo semiabierto, ni con penas sustitutivas), según cifras de Gendarmería¹⁴³, existen un total de 123 lactantes y 59 mujeres embarazadas, que se encuentran viviendo en uno de los 32 centros penitenciarios que cuentan con una sección materno-infantil. Las llamadas unidades materno-infantil consisten en una zona apartada del resto de la población penitenciaria donde se implementa el programa “Creciendo Juntos”¹⁴⁴, pudiendo ingresar cuando las mujeres son privadas de libertad estando embarazadas, con hijos lactantes o que conciben estando en reclusión.

“Creciendo Juntos” fue conocido hasta el año 2016 como “Programa de Atención de Mujeres Embarazadas y con Hijos Lactantes”¹⁴⁵, y ha sido implementado progresivamente, desde que en 1999 Chile se decide a ratificar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, generando políticas sociales y planes de acción a favor de la infancia y la adolescencia. Es así como en diciembre de 1998, se celebra el convenio “Programa Albergue Provisorio para Lactantes” entre GENCHI y SENAME, que se ejecutó hasta el año 2005. Dicho convenio subvencionó 50 plazas y, a partir del año 2005 hasta el año 2014, se ampliaron las plazas de atención, llegando a 110 y cambiando su nombre a “Programa de Residencias Transitorias”. Desde el año 2015, GENCHI asume el desafío, financiándolo directamente y con recursos

¹⁴² Art. 19 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Decreto N° 518/1998 del Ministerio de Justicia.

¹⁴³ Gendarmería de Chile. Fuente: [en línea] http://www.gendarmeria.gob.cl/transparencia/ley20285/doc_2009/sub_beneficios/programa_mujeres_embarazadas.html [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁴⁴ Creado el 15 de diciembre de 2016 por Ley N°20.981 de Presupuesto año 2017.

¹⁴⁵ PAMEHL

propios¹⁴⁶. Debido a la publicación de la Ley N° 20.981 sobre presupuesto del año 2017, el programa pasa a llamarse “Creciendo Juntos” y funciona actualmente en 32 centros penitenciarios que cuentan con una sección materno-infantil.

El programa cuenta con una dupla psicosocial por región (trabajadora social y psicóloga) más una gendarme, quienes deben acompañar a las mujeres en su proceso de embarazo y lactancia, abordando temáticas como crianza responsable, lactancia, apego, y velar porque se establezca una cuidadora fuera del recinto penal para cuando los niños/as estén por cumplir dos años. La alimentación, pañales, ropa y medicamentos que requieran los niños y niñas son entregados por Gendarmería a todas las mujeres que forman parte de “Creciendo Juntos”¹⁴⁷.

El programa se encuentra sujeto a disponibilidad de cupos, lo cual depende directamente de la infraestructura del edificio carcelario, de forma tal que, si no es posible implementar dicho programa por una cuestión de espacios o dependencias, no puede accederse a él. En esos casos, las reclusas pueden solicitar acceder al programa mediante el traslado de recinto penitenciario, sujeto también a requisitos y a la disponibilidad de espacio.

En principio, cada mujer decide voluntariamente si desea ingresar al programa o si prefiere que su hijo/a permanezca fuera de la cárcel con un cuidador/a que ella designe, previa autorización del Juzgado de Familia o de Garantía competente. Si decide que el hijo ingrese con ella al recinto penitenciario, el/la niño/a continúa teniendo la calidad de ciudadano libre no privado de libertad, por lo cual puede salir regularmente del centro penitenciario bajo el cuidado de un adulto que la madre designe. Si, en definitiva, no se cuenta con este adulto responsable, el niño simplemente no puede salir de la cárcel y su primera infancia se desarrolla en un centro penitenciario, asimilando con normalidad la presencia de uniformadas y procesos violentos como los allanamientos¹⁴⁸.

Cuando los menores superan la edad límite de dos años para formar parte de la sección materno infantil y permanecer en prisión con sus madres, abandonan el recinto penitenciario y lidian con

¹⁴⁶Resolución Exenta N°12.713, de 10 de diciembre de 2014. p.34. [en línea] http://www.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/RespuestaEstado_SPT.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁴⁷ ONG En Marcha. Op. Cit. p.7.

¹⁴⁸ Ídem.

el quebrantamiento de los lazos afectivos con su progenitora y con la construcción de una relación con sus nuevos cuidadores.

Como conclusión, puede afirmarse que el “Programa Creciendo Juntos” hace realizables en un primer momento los derechos de la madre, demostrando que el cumplimiento de la condena no excluye per se el ejercicio de la maternidad, pero en un segundo momento, al establecer el egreso del menor, restringe el derecho consagrado en el artículo 19 n°10 de nuestra Carta Fundamental¹⁴⁹ e ignora que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y medio natural donde debe desarrollarse el niño, lo cual afecta derechos de madres e hijos reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales que Chile ha ratificado¹⁵⁰.

Respecto al tema, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa encontró, de una parte, que *“las cárceles no proporcionan un ambiente apropiado a los bebés e infantes y, por lo común, les causan dificultades en su desarrollo con secuelas a largo plazo”*; y de otra parte que *“si se separa de su madre a bebés e infantes, éstos sufrirán daños emocionales y sociales permanentes”*¹⁵¹.

La solución parece apuntar a medidas alternativas a la privación de libertad en una prisión que permitan al lactante desarrollarse en un ambiente sano y seguro y que le impida ser separado de su madre por razones ajenas a su interés superior.

3.9 Programas de apoyo a la maternidad en prisión

Existen principalmente cuatro programas de apoyo a la maternidad en prisión en nuestro país: “Abriendo Caminos”, “Abriendo Caminos en Secciones Materno Infantiles”, “Programa Conozca a su Hijo” y “Salas Cunas en las Cárceles”.

a. Programa Abriendo Caminos

¹⁴⁹ “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”.

¹⁵⁰ Principalmente en la Convención de los Derechos del Niño, cuyo preámbulo reconoce que *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia”*, mismo sentido que destacan los artículos 5, 7.1, 8.1, y 9 del mencionado cuerpo normativo.

¹⁵¹ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. [En línea] <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16821&lang=en> [consulta: 13 octubre 2018]

Este programa nace el año 2008 como parte del Subsistema de Seguridad y Oportunidades dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y desde el año 2012 funciona en todo el país.

Está dirigido a los niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años, con un adulto significativo privado de libertad que se encuentre condenado. Su objetivo es apoyar a estos menores buscando mitigar los efectos psicológicos, familiares y sociales que les provoca la separación forzosa prolongada del adulto privado de libertad. Para esto, son acompañados por un equipo profesional (trabajadores/as sociales, psicólogos/as, profesores/as, entre otros/as) que realiza un diagnóstico integral de las familias e implementa un programa de acompañamiento en las áreas psicosocial y sociolaboral. La duración del programa es de 24 meses¹⁵².

A julio del 2016, se encontraban activos en el programa a nivel nacional 2.500 niños, niñas y adolescentes, en 14 de las 15 regiones del país donde se ejecuta el programa, excluyendo a la región de Aysén, tal como detalla la siguiente tabla¹⁵³.

Región	Cobertura total de niños
Arica y Parinacota	100
Tarapacá	90
Antofagasta	90
Atacama	50
Coquimbo	90
Valparaíso	230
O'Higgins	160
Maule	130

¹⁵² Ministerio de Desarrollo Social. [En línea] <http://www.chileseguridadesyopportunidades.gob.cl/programa-abriendo-caminos> [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁵³ ONG En Marcha. Op. Cit. p.6.

Bío Bío	300
Araucanía	80
Los Ríos	50
Los Lagos	90
Magallanes	50
Metropolitana	990
Total	2500

Cabe destacar que este programa se licita en cada región a municipalidades, universidades y organizaciones sin fines de lucro, por lo cual la forma en que se implementa variará de un lugar a otro, no encontrándose datos actualizados sobre su funcionamiento y eficacia. El no contar con esta información hace imposible sacar conclusiones sobre el real impacto que el programa puede tener en los hijos menores de edad de los privados de libertad, lo único apreciable es que la cantidad de niños adscritos al programa es bastante baja, excepto en la región metropolitana.

b. Programa Abriendo Caminos en Secciones Materno Infantiles¹⁵⁴

Este programa está enfocado principalmente a lactantes que viven con sus madres privadas de libertad en las secciones materno infantiles de las penitenciarías del país. Su objetivo es disminuir el impacto entre la separación del lactante con su madre, se intenta que no se pierda el contacto fluido entre ellos y se fomentan los lazos con la familia o la institución que cuidará del menor al momento de su egreso del recinto penitenciario.

Los profesionales que trabajan en este programa son conocidos como “consejeros” y funcionan como nexo para conseguir un lugar donde los niños puedan vivir y estudiar cuando cumplan la edad límite para permanecer en prisión junto a sus madres. La importancia de estos consejeros

¹⁵⁴ Ministerio de Desarrollo Social, Chile. Estudio de Sistematización del Diseño e Implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos. Informe Final de Resultados. Op. Cit. p.20-21.

es que son, muchas veces, la única vía de conexión entre la madre privada de libertad y la familia que se encuentra afuera y que cuidará del menor.

En relación a la creación de vínculo con los cuidadores futuros, es un proceso que se hace desde que los niños aún son lactantes y viven dentro del centro penitenciario, esto se hace por medio de salidas esporádicas, principalmente los fines de semana, en donde se van estableciendo lazos con la finalidad de que al momento del egreso el niño ya se encuentre familiarizado con su nuevo grupo familiar. A través de las salidas esporádicas que pueden realizar, cuando ya están más grandes, van teniendo acceso a todo el mundo del exterior, en donde pueden tener contacto con la naturaleza, con pautas diferentes a las impuestas dentro del centro penitenciario.

Destaca el intento de este programa por generar nuevos estímulos para los menores de dos años que se encuentran viviendo en prisión junto a sus madres, ya que sin un adulto responsable ellos no podrían salir de prisión hasta el momento de su egreso y no podrían generar lazos con el mundo externo. Sin embargo, al ser un programa licitado en cada región a municipalidades, universidades y organizaciones sin fines de lucro, su implementación variará e incluso puede ser inexistente en algunos centros penitenciarios, no encontrándose mayores datos al respecto.

*c. Programa Conozca a su hijo*¹⁵⁵

Programa diseñado y ejecutado desde el año 2007 por Gendarmería de Chile, dedicado a hombres y mujeres privados de libertad que tengan hijos/as entre los 0 y 14 años.

Se desarrolla en dos líneas: como talleres que son ejecutados quincenalmente por profesionales de Gendarmería en las 36 unidades penales a nivel nacional (abordan temáticas como: ciclo vital, parentalidad positiva, comunicación efectiva, entre otros); y mediante la realización de encuentros familiares en los centros penales para fechas de significación, como el día del niño/a y navidad. El objetivo del programa es vincular a los padres y madres privados de libertad con sus hijos que se encuentran fuera del sistema penal, con la finalidad de favorecer la reinserción social.

¹⁵⁵ ONG En Marcha. Op. Cit. p.6.

Según datos de la ONG EN MARCHA, entre los años 2013 al 2015 participaron 2.598 hombres y mujeres privados de libertad, recibiendo visitas en el marco del programa de 3.436 niños/as entre los 0 y 14 años.

Año ejecución Programa	2013	2014	2015	Total
Usuarios privados de libertad	1029	935	634	2598
Usuarios niños y niñas de 0-14 años	1213	889	334	3436

Estas cifras, bastante desalentadoras, han ido en descenso en los últimos años, razón por la cual Gendarmería debería evaluar el real impacto que el programa tiene o derechamente crear nuevas estrategias que ayuden efectivamente a fortalecer vínculos entre la población carcelaria y sus hijos, como sustituir los registros corporales invasivos, aumentar los horarios de visitas y adecuar el lugar donde estas se realizan transformándolo en un ambiente más propicio para el desarrollo familiar¹⁵⁶.

d. Programa Salas Cunas en las Cárceles¹⁵⁷

Este programa es implementado por la Fundación Integra y por la JUNJI, y su principal objetivo es generar y fomentar buenas condiciones de estimulación cognitiva y social como elementos fundamentales para el desarrollo y crecimiento sano e integral de hijos/as lactantes de madres encarceladas, que viven juntos en la cárcel.

¹⁵⁶ "... Las condiciones de visita son de suma importancia, para que la visita sea experimentada como una experiencia positiva en vez de desalentar más el contacto. Realizar el esfuerzo de permitir a las mujeres detenidas reunirse con sus familias en un ambiente amigable y confortable tendrá un impacto significativo sobre el número de visitas que recibirá y la calidad de esas visitas, influyendo en el proyecto de reinserción social de las mujeres encarceladas." Comentario a la regla 28 de Bangkok. [en línea] https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁵⁷ Ministerio de Desarrollo Social, Chile. Estudio de Sistematización del Diseño e Implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos. Informe Final de Resultados. Op. Cit. p.20.

Dentro de la sala cuna se permite la participación de las madres, mediante actividades que fomentan el vínculo madre – hijo, como puede ser alimentarlos o bañarlos. Otra de las prestaciones que brinda el programa es la ayuda psicológica a las madres, para prepararlas de alguna forma a enfrentar el momento de la partida del niño/a. Por otro lado, se realizan actividades en conjunto con las madres, hijos y el cuidador futuro, y también con las personas que viven en la casa a la cual llegará el lactante.

Otro aspecto fundamental es la alimentación de los niños, la cual es entregada por parte de la sala cuna, esto en los días de semana, ya que los fines de semana la comida es entregada por el centro penitenciario en termos a las madres, para que ellas puedan alimentar a sus hijos, lo cual también crea situaciones de apego.

Dentro de los centros penales que cuentan con salas cunas de dependencia JUNJI están La Serena, Rancagua, Concepción, Valdivia y Puerto Montt. Por su parte, los centros penitenciarios que cuentan con salas cunas de dependencia INTEGRAL son Valparaíso y CPF Santiago, donde los niños y niñas pueden comenzar a asistir regularmente desde su nacimiento.

Como puede apreciarse no hay jardines o sala cunas en todas las secciones materno infantil del país, solo en las que tienen mayor cantidad de lactantes. Tampoco hay sala cunas en centros de prisión preventiva dado la condición incierta en que se encuentran las imputadas. Esta situación es preocupante ya que los lactantes de dichos centros no cuentan con estimulación cognitiva temprana y las madres tampoco tienen tiempo libre para dedicarse a otras labores en la cárcel como podrían ser talleres laborales o capacitaciones, que por un lado podrían ayudarla a generar recursos económicos y por otro lado sería una distracción tanto para ellas como para sus hijos.

CAPÍTULO IV: NORMATIVA CHILENA APLICABLE A LAS MUJERES MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD

Este capítulo tiene por objeto el análisis normativo de la legislación nacional aplicable a mujeres madres privadas de libertad, desde los derechos constitucionales que regulan la materia hasta las normas de menor jerarquía. Lamentablemente, nuestro ordenamiento jurídico carece de una Ley de Ejecución de la Pena que abarque íntegramente la realidad de las personas condenadas, en su lugar, se analizarán las disposiciones atinentes a la materia que podemos encontrar principalmente en la Ley Orgánica de Gendarmería y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Asimismo, es objeto de análisis en el presente capítulo, un reciente fallo de la Corte Suprema que marcó un precedente al aplicar el derecho internacional de los derechos humanos en favor de una privada de libertad mapuche que dio a luz en condiciones denigrantes y el proyecto de ley que surgió a raíz de este simbólico caso y que se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional buscando entablar un nuevo tratamiento para la ejecución de la pena en mujeres embarazadas y madres de hijos menores de 3 años.

4.1 Derechos constitucionales aplicables a la materia

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 permanecer sus dos primeros años de vida en un contexto de privación de libertad, no gozan de las mismas condiciones que otros niños y niñas en el medio libre¹⁵⁸. No sólo no tienen espacios para realizar actividades propias de la primera infancia, sino que, además, se encuentran permanentemente sometidos al entorno violento propio de una cárcel.

Asimismo, señala el artículo 19 n°7 letra b) de nuestra Carta Magna 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”*, de tal manera que, no existiendo norma que prive de libertad a los

¹⁵⁸ Corte Suprema, Oficio N° 25-2017, Informe proyecto de ley N°2-2017. Antecedente: Boletín N°11.073-07, Santiago, 13 de febrero de 2017. p.8.

hijos e hijas de mujeres que están afectas a una condena, tal garantía respecto de esta población no se encontraría efectivizada. En efecto, un niño que se encuentra junto a su madre, aun cuando pueda recibir todo el amor parental que se le pueda dar, se encuentra tan privado de libertad como su madre, pero sin haber cometido falta alguna.

Por otro lado, al establecer el egreso del menor del recinto penitenciario, se restringe el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 n°10 inciso segundo de nuestra Constitución, “*Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos...*”. Asimismo, si el hijo permaneciera fuera del recinto penitenciario sin su madre, se estaría vulnerando el numeral último del artículo primero de la Constitución que establece que “*es deber del Estado resguardar la familia y propender al fortalecimiento de ésta*”, pues se entiende que la familia es un grupo fundamental de la sociedad y el ambiente natural para el desarrollo, bienestar y protección de los niños/as¹⁵⁹.

Los establecimientos carcelarios se presentan como lugares no aptos para el normal cuidado y desarrollo de los infantes y producen afectaciones en sus derechos de libertad e integridad personal. En efecto, por una razón que le es totalmente ajena, el menor se ve obligado a permanecer en la cárcel y familiarizarse con un colectivo de personas y con ciertas nociones (ley, castigo, delito, etc.) a las que no tendría por qué verse sometido. Esto genera una situación de vulnerabilidad, que junto al estigma que representa el encierro, aparece como un trato inhumano y degradante para un niño¹⁶⁰. En palabras de Gino Taparla, “*El hecho de encontrar natural que el niño permanezca preso debido a la condenación de la madre, dando la sensación de inevitabilidad de encarcelamiento de bebés recién nacidos, conduce a reflexionar únicamente en la solución de problemas prácticos (existencia de cunas, lugar para amamantar, guardería) como si las instituciones penales fuesen algo natural, y su legitimidad no fuese fundamentada en convenciones sociales*”.

¹⁵⁹ SENAME. Lineamientos Técnicos Específicos. Modalidad residencias transitorias para niños (as) de madres recluidas. Área primera infancia. Departamento de Protección de Derechos. p.3. [En línea] http://www.sename.cl/wsename/otros/proteccion/lineamientos/lineamientos_residencias_transitorias.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

¹⁶⁰ Lora, Laura. Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: Escenarios de conflicto. En XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho. Noviembre 2012. [En línea] <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-ninos-y-madres-que-permanecen-en-establecimientos-carcelarios-escenarios-de-conflicto.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

Por el contrario, la opción que prevé que el niño permanezca fuera del establecimiento carcelario mientras su progenitor cumple la pena en prisión, se opone al desarrollo y fortalecimiento familiar durante los primeros años de vida del niño, en los que el contacto con la madre resulta fundamental. Además, puede suceder que ante la ausencia de personas del entorno familiar que acojan a los niños, estos sean institucionalizados o dados en adopción.

Queda entonces de manifiesto que la cárcel no es un lugar adecuado para imponer responsabilidad penal a determinados colectivos especialmente vulnerables, como lo son las madres de niños/as pequeños, y que la opción tampoco es separar a estas madres de sus hijos, dado la importancia del vínculo filial para el interés superior del niño durante sus primeros años de vida, por lo cual es importante presentar alternativas al respecto que vayan acorde a lo que exige la normativa internacional de derechos humanos que nuestro país ha suscrito y ratificado.

Todo esto deviene en un problema de constitucionalidad ya que las restricciones a derechos fundamentales deben ser realizadas por medio de una ley (excepcionalmente por un reglamento, siempre que la restricción sea remitida por ley de forma precisa, señalando el derecho y la forma en que se hará). Tal como se revisará a continuación, las restricciones a derechos fundamentales en estos casos son realizadas por actos administrativos, en absoluta inexistencia de una ley de ejecución de la pena.

4.2 Normativa nacional que regula la maternidad en prisión

La situación de los lactantes menores de dos años con madres condenadas a privación de libertad en establecimientos carcelarios se encuentra sujeta a una situación alternativa, la que puede conllevar tres escenarios distintos:

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

En efecto, el ordenamiento jurídico chileno reconoce a las mujeres privadas de libertad el derecho de ejercer personalmente el cuidado de sus hijos lactantes hasta los dos años de edad

en lugares separados del resto de la población penitenciaria. El art. 19 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto Supremo N° 518/1998 del Ministerio de Justicia) dispone expresamente que los centros penitenciarios deben contar con dependencias adecuadas para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de los hijos lactantes de las mujeres internas.

Estas dependencias son las llamadas “residencias transitorias”, espacios habilitados al interior de los centros penitenciarios femeninos para la permanencia de reclusas embarazadas y con hijos/as lactantes hasta los dos años de edad. La materia se encuentra regulada en la Ley N° 20.032 que establece el Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención, pues se ha interpretado por Gendarmería y SENAME que estas residencias serían lo que la presente ley ha denominado como “centros residenciales transitorios”, visto a que, sin perjuicio de estar bajo el cuidado de su madre, los menores se encuentran separados de su medio familiar.

El ingreso de los beneficiarios al programa de residencias transitorias puede ser a través de 3 vías:

- a. Embarazo: en tal caso debe existir la certificación del embarazo, otorgado por el profesional competente del área de salud penal. En este caso se debe solicitar y tramitar la medida de protección en tribunales de familia. El ingreso es voluntario y está sujeto a disponibilidad de cupos ya que tienen prioridad las mujeres con hijos lactantes.
- b. Demanda espontánea de la madre: quien solicita el ingreso de su hijo/a menor de dos años. En este caso se debe solicitar y tramitar la medida de protección en los respectivos Tribunales de Familia.
- c. Orden de Tribunal de Garantía (por solicitud de la madre): será esta institución quien mandata el ingreso de los niños/as. No obstante, se debe solicitar y tramitar la medida de protección en Tribunal de Familia, al momento de ingresar el lactante al recinto penitenciario.

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 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.

(...) 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 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”¹⁶¹.

De este modo, la internación de un niño/a a un establecimiento penitenciario en compañía su madre privada de libertad tiene el carácter de medida de protección especial, excepcional y esencialmente transitoria.

Todos los niños/as que ingresan junto a sus madres a un establecimiento penitenciario deben ser ubicados en un lugar (sección, módulo, dormitorio, etc.) con segmentación especial, que cuente con la infraestructura y equipamiento adecuados para su atención y que aseguren una

¹⁶¹ SENAME. Op. Cit. p.9-10.

permanencia cómoda y segura. En las orientaciones técnicas específicas del SENAME en su informe denominado “Modalidad Residencias de Protección para Lactantes de Madres internas en Recintos Penitenciarios” se establece que *“cada niño/a debe contar con una cuna individual y adecuada al tamaño de éste/a, con sábanas y frazadas limpias y en buen estado. El lugar donde permanezcan los niño/as y sus madres debe tener el equipamiento necesario para asearlos (mudadores, bañeras, agua caliente). Por otro lado, las madres deben tener la posibilidad de alimentarlos en un lugar y horario adecuados”*¹⁶². Además, en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en el apartado de servicios médicos, se obliga a los centros a contar con instalaciones especiales para el tratamiento de la salud de embarazadas, mujeres que acaban de dar a luz y convalecientes. También da indicaciones para que, dentro de lo posible, el parto se lleve a cabo en un hospital civil y no dentro del recinto carcelario.

En la práctica, la infraestructura de las secciones materno infantil depende de cada centro penitenciario, ya que las condiciones de espacios son diversas. Pero a modo más general, y según describe el informe de la Subsecretaria de Servicios Sociales, *“las mujeres cuentan con celdas a veces individuales para ellas y sus hijos, y en otros casos son comunes, es decir, cohabitan varias mujeres con sus hijos dentro de un mismo dormitorio. En el caso de las embarazadas también tienen acceso a esto, dependiendo del centro penitenciario donde cumplan la condena. Lo mismo sucede en el caso de las madres con lactantes, esto genera sin duda hacinamiento en la sección. Muchas veces existe hacinamiento dentro de estas secciones por lo que las condiciones físicas dificultan todo el proceso. El espacio de los dormitorios no es suficiente para el desarrollo adecuado de los niños, ya que después de cierta hora (17:00hrs) no pueden salir de la sección materno-infantil, por lo que tienen menos espacio para recrearse. En la mayoría de los centros penitenciarios femeninos no existen espacios de recreación, ni áreas verdes, lo que hace que los niños no puedan desarrollar todas sus habilidades. Los dormitorios (celdas) tienen su propio baño, pero no cuentan con duchas, por lo que a los niños se los baña en bañeras dentro de los dormitorios o bien en la sala cuna, la cual es el único lugar con agua caliente”*¹⁶³. Este relato plasma que las condiciones en las que se encuentran los lactantes dentro de los centros penitenciario no son las más adecuadas para su correcto

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ Ministerio de Desarrollo Social, Chile. Op. Cit. p.19.

desarrollo; sin embargo, el programa ya lleva más de dieciocho años implementándose y parece no haber una real autocrítica por parte de las autoridades.

Respecto a la permanencia del lactante dentro del recinto penitenciario, ésta se extiende hasta que cumpla los dos años de edad. De acuerdo con la Ley de Menores N° 16.618, es el Juez de Menores quien debe pronunciarse acerca del destino del niño/a cuando éste/a debe abandonar la unidad penal, y en conformidad con el interés superior del niño determinará si la tuición del lactante pasa a otros familiares o bien al Servicio Nacional de Menores (SENAME).

4.3 Obligaciones de Gendarmería de Chile

La Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería¹⁶⁴, le encomienda a este servicio un rol de garante. En específico, el art. 1 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 en su art.15 establece que el personal deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de la condición humana.

En atención a lo dispuesto por el Decreto Ley N°2859/1979 en concordancia con la Ley N°20.032, respecto de las madres con hijos lactantes en prisión, Gendarmería de Chile debe cumplir con las siguientes obligaciones:

a) Controlar que el ingreso a las Residencias se realice previa resolución judicial¹⁶⁵

En aquellos casos en que, por razones de fuerza mayor, un menor de dos años ingrese junto a su madre a un establecimiento penitenciario, en donde no exista una medida judicial, los responsables de dicho centro deberán asumir como primera obligación, dispensar atención de urgencia y solicitar a la autoridad judicial, al día siguiente hábil, que adopte una medida al respecto.

¹⁶⁴ Decreto Ley N°2859/1979, Ministerio de Justicia.

¹⁶⁵ Art. 19 Ley N°20.032.

Esta obligación de Gendarmería de cumplir con las resoluciones judiciales que provengan del Juzgado de Garantía se encuentra contenida en el art. 3° letra b de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile¹⁶⁶.

b) Cuidado personal y dirección de educación de menores

El art. 21 de la Ley N°20.032 establece cómo Gendarmería, a través de su director, debe asumir el “*cuidado personal y la dirección de la educación de los niños, niñas y adolescentes acogidos en ella, respetando las limitaciones que la ley o la autoridad judicial impongan a sus facultades, a favor de los derechos y de la autonomía de ellos, así como de las facultades que conserven sus padres o las otras personas que la ley disponga*”.

Esta obligación de cuidado personal, como de dirección de la educación, pareciera encontrarse en pugna con el interés (y derecho) con que cuenta la madre del menor, respecto de participar en la crianza y desarrollo del niño/a, en concordancia con lo estipulado en la Convención de Derechos del Niño¹⁶⁷ y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer¹⁶⁸.

Sin embargo, en alusión a lo establecido en el artículo 21 de la ley 20.032, dicho cuidado personal debe ejercerse sin perjuicio de “*las facultades que conserven sus padres o las otras personas que la ley disponga.*” Es decir, el cuidado personal del alcaide del recinto sólo buscará mantener el vínculo filial del niño/a con la madre privada de libertad, favorecer la lactancia y lograr el desarrollo integral del niño/a, pero cualquier determinación sobre la educación y cuidado del niño/a debe ser autorizada por la madre, quien tiene el deber y el derecho a ejercer el cuidado personal de sus hijos.

4.4 El caso de Lorenza Cayuhán

Lorenza Cayuhán Llebul, comunera mapuche que se encuentra cumpliendo condena en el Centro de Detención Preventiva de Arauco, denunció haber sido víctima de tratos inhumanos y degradantes durante su embarazo y el proceso de parto de su hija, razón por la cual interpuso un

¹⁶⁶ “*Le corresponde a Gendarmería de Chile b) Cumplir las resoluciones emanadas de autoridad competente... sin que le corresponda calificar el fundamento, justicia o legalidad de tales requerimientos*”.

¹⁶⁷ Arts. 3, 7 y 9 Convención de los Derechos del Niño.

¹⁶⁸ Artículos 5 letra b) y 16.1 letras d) e) y f) de la CEDAW.

recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Concepción de Rol N°330-2016¹⁶⁹ donde se negó lugar al recurso; luego apeló ante la Corte Suprema¹⁷⁰ cuyos jueces revocaron la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, sólo en cuanto se había rechazado la acción de amparo deducida en favor de Lorenza Cayuhán Llebul y, en su lugar, declararon acoger el recurso de amparo interpuesto.

Los hechos ocurrieron el día 13 de octubre de 2016, cuando Lorenza Cayuhán, en proceso de parto, fue trasladada de urgencia en taxi, engrillada y custodiada por funcionarios de gendarmería (un hombre y una mujer), desde el CDP de Arauco a las dependencias del Hospital Regional Guillermo Grant. En todo el trayecto, el taxi es escoltado por un carro institucional y por dos motoristas.

En el hospital, la mujer fue diagnosticada de preeclampsia y ante la gravedad de su situación se le trasladó hasta el hospital Regional de Concepción, trayecto que realizó igualmente engrillada. En este lugar se confirmó su diagnóstico y se ordenó una cesárea de urgencia, pero ante la falta de camas en dicho establecimiento, debió ser nuevamente trasladada (engrillada) hasta la Clínica de la Mujer de Concepción.

En esta clínica Lorenza parió a su hija Sayén, engrillada de pies y en presencia de los funcionarios de Gendarmería que la acompañaban, 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.

Ante los hechos descritos, la Segunda Sala (Penal) de la Corte Suprema, con fecha 01 de diciembre de 2016, pronunció en su sentencia que, *“la amparada sufría preeclampsia y, por ende, estaba en riesgo tanto su vida como la de la criatura que estaba por nacer, en esas condiciones era casi imposible intentar fugarse o evadir el cumplimiento de su condena, sea o no con ayuda de terceros”*¹⁷¹. Igualmente resultaba innecesaria la presencia de una funcionaria de Gendarmería al interior de las salas y pabellones, *“presencia que, junto con interrumpir o distraer del mejor desempeño a los facultativos y especialistas, ocasionan en la amparada una*

¹⁶⁹ Corte de Apelaciones de Concepción. Primera Sala. Recurso de Amparo Rol N°330-2016 y acumulado Rol N°336-2016.

¹⁷⁰ Corte Suprema. Segunda Sala. Rol N°92.795-16.

¹⁷¹ Corte Suprema. Segunda Sala. Rol N°92.795-16. Sentencia de 01 de diciembre de 2016. Considerando 6°

situación de presión y hostigamiento contrario a la protección que en esos momentos más demandaba de la institución de Gendarmería”¹⁷². “Que tal obrar por parte de los agentes estatales (...) contraviene la normativa nacional e internacional a la que Chile se ha obligado en el tratamiento de personas privadas de libertad y, en particular de mujeres en estado de gravidez”¹⁷³.

Destaca en el análisis de la Corte la escasa comprensión de Gendarmería en la doble función que deben desempeñar respecto de los privados de libertad, orientada casi exclusivamente hacia la seguridad y no a un correcto balance entre seguridad y cuidado. Asimismo, es importante apreciar el rol garantista que asume la Corte Suprema respecto a la protección de los derechos fundamentales de los privados de libertad a través del análisis de la constitucionalidad de las normas que regulan los procedimientos que los funcionarios de gendarmería aplican a los internos.

La Corte Suprema estableció que el actuar de Gendarmería de Chile vulnera un sinnúmero de normativa nacional como internacional, entre ellas el artículo 1 y 5 de la CPR¹⁷⁴, el artículo 1 y 15 de la LOC de GENCHI¹⁷⁵, el artículo 1, 2, 6 y 25 del REP¹⁷⁶, el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁷, el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁸, Reglas de Mandela (47, 48 y 49)¹⁷⁹, Reglas de Bangkok (24)¹⁸⁰, artículo 12.2 de la CEDAW¹⁸¹, el principio segundo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección De las Personas Privadas de Libertad en las Américas¹⁸² y el principio 5.2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión¹⁸³.

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ Ibid. Considerando 7°

¹⁷⁴ Ibid. Considerando 2° y 8° respectivamente

¹⁷⁵ Ibid. Considerando 7°

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ Ibid. Considerando 8°

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ Ibid. Considerando 10°

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ Ibid. Considerando 14°

¹⁸² Ídem.

¹⁸³ Ídem.

En este punto destaca el marcado protagonismo de las normas de derecho internacional conocidas como soft law utilizadas por los ministros de la Corte como parámetros mínimos de derechos humanos y criterios generales para evaluar la constitucionalidad de los procedimientos y prácticas desplegadas por los funcionarios de gendarmería.

Finalmente, la Corte concluyó que, *“en el caso sub judice hay una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia”*¹⁸⁴.

Es por ello que, para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la amparada, la Corte Suprema decidió aplicar las siguientes medidas¹⁸⁵:

1. La custodia de la amparada y las medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados de aquélla a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.
2. Durante dichos traslados y su permanencia en recintos hospitalarios, su custodia directa será ejercida exclusivamente por personal femenino de Gendarmería de Chile.
3. Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos en materia de traslado a hospitales, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile.
4. Gendarmería de Chile deberá realizar sumario administrativo con motivo de estos hechos e informar a dicho tribunal sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los tres puntos precedentes.

¹⁸⁴ *Ibíd.* Considerando 16°

¹⁸⁵ *Ibíd.* Considerando 17°

4.5 Proyecto de Ley Sayén

Como consecuencia de lo anterior, el Senador Alejandro Navarro presentó un proyecto de ley¹⁸⁶ que busca 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, mediante un artículo único que introduce las dos principales modificaciones¹⁸⁷.

Se propone 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 al Código Procesal Penal, el 468 bis, inserto dentro de las reglas de ejecución de pena. Además, dicha modificación se hace extensible 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 este sentido, se propone agregar una causal de improcedencia de la prisión preventiva en el artículo 141.

Las modificaciones propuestas por el proyecto de ley denotan una intención de resguardar la familia, el interés superior de los niños y evitar el impacto negativo que tiene el encarcelamiento en la primera infancia. Se admite, además, que el encarcelamiento genera impactos asimétricos entre hombres y mujeres, destacando el especial cuidado a la maternidad y el enfoque de género con que se aborda el tema.

¹⁸⁶ Proyecto de Ley N°11073-07. 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.

¹⁸⁷ *“Art. 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. 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”.*

Hay una real intención de adecuar la normativa nacional a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y a lo que organismos internacionales han recomendado respecto a la restricción en la aplicación de medidas o sanciones privativas de libertad para la mujer embarazada o con hijos lactantes.

Con todo, el proyecto de ley conlleva algunas apreciaciones negativas. Así, perpetúa 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 corresponsabilidad en la crianza de los hijos.

Además, el proyecto presenta la suspensión de la condena como un deber incondicionado sin contemplar que pueden existir ciertos casos en que, a favor del interés superior del niño, la mujer no debería mantener el cuidado directo y regular de sus hijos. En su lugar, y para evitar situaciones que puedan atentar contra el bienestar del menor, la suspensión de la pena debería considerarse como una potestad discrecional de los tribunales de justicia.

La suspensión de la condena, tal como expresan los términos del proyecto, sujeta a la mujer a un control de autoridad innominado que no especifica detalladamente sus implicancias (en qué consiste, quién lo realizará), ni tampoco 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. En este sentido, no se entiende si el mecanismo de suspensión interrumpe o suspende el plazo de la prescripción de la pena que se estipula.

Respecto a la revocación de la suspensión, no queda claro si esta se producirá solo tras la comisión de un nuevo delito o también por el incumplimiento del régimen de control impuesto; si se discriminará según la entidad del incumplimiento o la reiteración de los mismos; qué papel jugará en su evaluación el cuidado del niño, su interés superior o el proceso de reinserción de la condenada. No queda claro qué pasará si nace un nuevo hijo o pierde el que ya tiene durante la aplicación de la suspensión de la condena.

En la parte que el proyecto establece que la suspensión “*podrá extenderse hasta por tres años más cuando el hijo o hija padeciese alguna enfermedad grave o discapacidad física o mental*”, no queda claro qué se considera como enfermedad grave, o qué nivel de discapacidad física o

mental debe tener el hijo para ampliar los años del beneficio. Finalmente, tampoco establece qué delitos estarán comprendidos para la aplicación del beneficio.

En la última parte del proyecto se establece que *“cumplido el plazo, se retomará el cumplimiento de la sentencia, abonándose el tiempo transcurrido al total de su condena”*. Esto se traduce en que, finalizado el periodo de suspensión de la pena, la mujer volverá a ser encarcelada y separada de su hijo, situación que afecta directamente su proceso de resocialización, aun cuando ya no exista necesidad de aplicar la pena por haberse reinsertado en el medio social. En dicha situación, sería más acertado entregar a la judicatura especializada el conocimiento del caso y las circunstancias, para que ésta evalúe ampliar el plazo de suspensión, o inclusive, sustituir o conmutar la condena. Todo esto ciertamente sería un incentivo para la reinserción de la mujer, la prevención de su reincidencia, el resguardo de la familia y el interés superior del niño.

Con todo, es un intento valorable por parte de nuestros legisladores para encauzar nuestra legislación penitenciaria dentro de los márgenes del derecho internacional de los derechos humanos.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

5.1 Del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La privación de libertad, como máxima imposición de una pena corporal, responde a estándares a los que debe ajustarse, siendo los primeros los derechos humanos. Los instrumentos jurídicos internacionales detallan con mayor precisión los derechos de madres privadas de libertad, dando un marco legal al cual nuestra normativa nacional debería adecuarse, en base a lo establecido en el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental.

Dentro de los instrumentos jurídicos internacionales con perspectiva de género, destacan las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, más conocidas como Reglas de Bangkok, que toman en consideración las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal y plantean como alternativas medidas no privativas de la libertad.

Del análisis de este capítulo, queda de manifiesto que Chile necesita adecuar sus parámetros legales al derecho internacional de derechos humanos y crear con urgencia una ley de ejecución de la pena que detalle en mayor medida los derechos de las mujeres madres condenadas a prisión. Un ejercicio efectivo de estos derechos implica la erradicación de los estereotipos de género que mantienen a las mujeres en situación de subordinación y desventaja, tal como lo ha establecido la Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará), ambas ratificadas por nuestro país.

5.2 Del Derecho Comparado

De la revisión de este capítulo, es necesario rescatar las buenas prácticas de las políticas estatales aplicadas a mujeres madres que han sido condenadas. La mayoría de los países analizados considera una edad límite superior a la de Chile para permitir que los niños/as permanezcan en prisión con su madre, entendiendo que el vínculo con la progenitora durante la primera infancia es primordial en el correcto desarrollo de los infantes. Como se expuso, este derecho no solo es otorgado a mujeres, sino también a padres privados de libertad en base a la corresponsabilidad parental en la crianza de los hijos.

Por otro lado, cuando los niños salen de prisión, se siguen otorgando beneficios para mantener el vínculo con su progenitor, como sucede con Canadá que permite que los hijos se queden en prisión junto a sus madres los fines de semana y en días festivos; o como España, que establece visitas para los hijos de privadas de libertad sin restricción de horario.

Finalmente, destacan países como Argentina, Rusia e Italia, que establecen dentro de su legislación penal la posibilidad de otorgar medidas no privativas de libertad en recintos penitenciarios a mujeres madres que han sido condenadas. Proponen, en su reemplazo, medidas como la prisión domiciliaria o la suspensión o postergación en la aplicación de la condena, como alternativas que respeten los derechos humanos de infantes y madres y a su vez cumplan con el deber punitivo estatal.

5.3 De la población penitenciaria femenina en Chile

Como pudo apreciarse en el detalle de la situación de las mujeres madres privadas de libertad en Chile, la gran mayoría de ellas están condenadas por delitos de baja peligrosidad como el tráfico de drogas o por delitos como hurto y robo donde el bien jurídico protegido es la propiedad. Las mujeres, en su amplia mayoría, no cometen delitos violentos o que puedan dañar la vida e integridad física de las personas, para que se les pueda considerar un peligro público que acarree necesariamente la imposición de una medida tan gravosa como es la privación de libertad en recintos carcelarios.

Asimismo, se advierte que la mayoría de las mujeres privadas de libertad en Chile provienen de los estratos sociales más bajos, son jefas de hogar de una familia monoparental y no cuentan con estudios profesionales que les permitan optar a mejores sueldos laborales, por lo que es posible establecer una relación casi directa entre la necesidad de mantener a sus hijos y su involucramiento en el mundo delictual. En sus vidas, la infracción a la ley no es un hecho ajeno, ya que, según las estadísticas presentadas, la mayoría tuvo algún familiar o pareja privado de libertad.

Esta situación permite concluir la existencia de una represión estructural y patriarcal a las mujeres de más bajos recursos, que ha invisibilizado sus necesidades y experiencias de vida,

profundizando la discriminación y violación de sus derechos y generando situaciones de exclusión que atentan contra su dignidad y la de sus hijos.

5.4 De la maternidad tras las rejas

Lamentablemente, al ser estas mujeres las únicas sostenedoras de su hogar, el privarlas de libertad conlleva el desmoronamiento de una familia, en la que los hijos menores de edad quedan al cuidado de otros familiares o de instituciones del estado. Como si aquello fuera poco, las mujeres madres privadas de libertad sufren el reproche del estado, de la sociedad y de su familia, por haber incumplido el rol social de mujer y madre que históricamente se les ha atribuido.

Respecto de las mujeres privadas de libertad que viven junto a sus hijos lactantes en un recinto penitenciario, es posible concluir que la cárcel no es un lugar adecuado para el correcto desenvolvimiento de los menores e incluso puede constituir una amenaza para su desarrollo. Sin embargo, tampoco parece buena idea el separar a las madres de sus hijos, ya que el vínculo de un infante con su principal cuidadora es esencial para su desarrollo emocional a largo plazo, por lo que debe dársele una alta prioridad.

Del análisis de las entrevistas realizadas¹⁸⁸, es posible reafirmar la tesis de que la cárcel no es el mejor lugar para que las mujeres puedan criar a sus hijos, ya que se limita el derecho a la educación en un lugar que reproduce situaciones de violencias como los allanamientos y que carece de estímulos que ayuden al desarrollo cognitivo-emocional del menor. Por otro lado, queda de manifiesto que los recintos penitenciarios no poseen los medios de salud apropiados para atender las necesidades de los lactantes y de las mujeres embarazadas o en proceso de parto, ante lo cual siempre hay que recurrir a una institución de salud externa, cuyo traslado se hace conflictivo y demoroso, ya que si un menor no tiene familiar directo que lo pueda llevar al hospital, debe ser acompañado por un gendarme. Por su parte, si es la mujer quien debe ser trasladada, deberá hacer uso de un chaleco amarillo que refleja su condición de privada de libertad pudiendo ser considerado un trato denigrante que vulnera su dignidad.

Asimismo, cabe destacar, negativamente, que los menores que cumplen la mayoría de edad para permanecer junto a sus madres en los recintos carcelarios y que no cuentan con vínculos

¹⁸⁸ Ver anexos.

familiares que puedan hacerse cargo de su crianza, deben ir al SENAME, institución altamente cuestionada por vulneraciones de derechos, y peor aún Gendarmería no mantiene seguimiento de su situación para informar a la madre, cortando el vínculo de raíz, generando angustia en la mujer privada de libertad por la desprotección del menor.

En este sentido, es necesario buscar una solución que permita garantizar tanto el cumplimiento de la finalidad cautelar o punitiva de la pena, como el mantenimiento del núcleo familiar, debiendo recurrir a medidas alternativas como podrían ser el arresto domiciliario o la postergación en la aplicación de la pena.

5.5 Del Derecho Nacional

Tal como se analizó en el capítulo cuarto, Chile carece de una ley de ejecución de la pena, por lo cual, la limitación a los derechos fundamentales de las mujeres madres privadas de libertad se entrega a la normativa reglamentaria y administrativa.

Además, ante la inexistencia de una ley de ejecución de la pena, Chile carece de una perspectiva de género en políticas penitenciarias, lo que conlleva que se sigan perpetuando los roles de género que históricamente han discriminado a las mujeres. Ejemplo de esto es que la posibilidad de permanecer en prisión junto a su hijo/a solo es otorgada a la mujer privada de libertad y no al hombre en su labor de padre.

En este sentido, puede concluirse que la cárcel, tal como se presenta en nuestro país, es un instrumento de castigo y control social, en vez de ser una opción de reinserción y reintegración de los reos a la sociedad y a sus familias.

5.6 Políticas Penitenciarias de Género Para Mujeres Madres Privadas de Libertad

a. Prisión domiciliaria

Por prisión domiciliaria se entiende a la modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad (o, eventualmente, medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en remplazo de la prisión preventiva) que se cumple en el domicilio, o un centro especializado, fuera del ámbito

carcelario¹⁸⁹. Resulta claro, en consecuencia, que no se trata de una suspensión de la ejecución de la condena, ni de un beneficio que se le concede al imputado¹⁹⁰.

La prisión domiciliaria se encuentra prevista en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)¹⁹¹, y tiene como fin reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad en un establecimiento carcelario, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y satisfacer las exigencias de justicia social y rehabilitación del condenado¹⁹².

El objetivo de esta estrategia es permitir que el niño/a permanezca en su hogar acompañado de su madre y así impedir la separación y el cambio de vida del menor, priorizando el derecho del niño a crecer en un ambiente más sano que el carcelario, y a no irrogar la pérdida de contacto entre padres e hijos de corta edad, con un consecuente desmembramiento del núcleo familiar.

Asimismo, se asegura de esta manera el respeto al principio de personalidad de la pena, ya que el niño tiene derecho a desarrollarse en condiciones de libertad y dignidad, sin verse obligado a cargar con la responsabilidad por los actos que sus progenitores pudieran haber realizado.

En nuestro país, la Ley N° 20.603, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, contempla 3 posibilidades de cumplir la pena en caso de condenados no reincidentes con penas menores a 5 o 3 años:

- 1) Remisión condicional de la pena
- 2) Reclusión parcial
- 3) Libertad vigilada

¹⁸⁹ López, Axel; Machado, Ricardo. Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Buenos Aires. Fabián J. Di Plácido Editor. 2004. p.150.

¹⁹⁰ Sansone, Virginia. Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad. En Bertolino, P. y Ziffer, P., Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Vol. 6. Buenos Aires. Mayo de 2010. p.831.

¹⁹¹ Regla 8.2, letra K.

¹⁹² Freedman, Diego. Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales. En Bertolino, P. y Ziffer, P. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Vol. 10. Buenos Aires. Octubre de 2010. p.1919.

Antiguamente, el artículo 10¹⁹³ de la ley 18.216 (modificada por la ley 20.603) contemplaba condiciones especiales para embarazadas o mujeres en post parto, permitiéndoles suspender la condena mientras durara la causa que la motivaba o bien desarrollarla bajo arresto domiciliario nocturno. Sin embargo, este artículo fue derogado en diciembre del año 2013, por lo que ya no ofrece ninguna condición especial para madres de menores o embarazadas.

Según lo visto en el Capítulo III, a nivel internacional, solo encontramos esta medida en Argentina e Italia. En el caso de Argentina, esta medida se aplica hasta que el niño o niña cumpla 5 años; y en el caso de Italia hasta los 10 años. Otra diferencia entre ambos casos es que mientras en Argentina se presenta la alternativa de que la mujer se mantenga en su hogar bajo el cuidado de un familiar, en Italia se le da tanto la posibilidad de que el cuidado se realice en la casa propia o, bien, que pueda cumplir condena diurna en el hogar y nocturna en la cárcel.

La aplicación de esta medida en nuestro país permitiría descongestionar las cárceles, redistribuir de mejor manera los recursos estatales destinados al cuidado de los privados de libertad y aminorar el excesivo trabajo de Gendarmería de Chile, institución uniformada con los más altos índices de suicidio en nuestro país.

b. Residencias familiares o programas comunitarios ¹⁹⁴

Otro método de condena alternativo para mujeres embarazadas o madres con hijos pequeños puede ser el cumplimiento de la pena en libertad condicional o vigilada, o en centros no carcelarios, por ejemplo, en programas de rehabilitación de drogas o en residencias familiares que estén diseñados para mujeres con un historial de abuso de sustancias o procesadas por penas menores, y pueden funcionar en diversas etapas del proceso de justicia: antes del juicio, durante la sentencia o como requisito para la libertad condicional.

Estos programas alejan de la prisión a las mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as, ofreciéndoles la oportunidad de cumplir sus sentencias dentro de la comunidad.

¹⁹³ “En caso de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar dentro de los periodos indicados en el inciso primero del artículo 95 del decreto ley N° 2.200, de 1978, o de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento de la reclusión nocturna o la transformaren en extremadamente grave, el tribunal de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile, podrá suspender su cumplimiento. Esta suspensión será por el tiempo que dure la causa que la motiva”

¹⁹⁴ UNICEF. Op. Cit. p.53.

Estas residencias pueden ser desde casas en la comunidad donde las madres no tienen permitido salir, hasta programas donde a las madres se les da acceso a tener un trabajo fuera de la residencia.

El Consejo de la Asamblea Parlamentaria Europea recomienda desarrollar y usar castigos basados en residencias comunitarias para las madres de niños/as pequeños; específicamente para aquellas que requieren custodia se recomienda desarrollar unidades seguras y semiseguras donde los niños puedan ser cuidados en un ambiente propicio, mientras se garantiza la seguridad pública¹⁹⁵.

Por otra parte, el comentario a la Regla de Bangkok 45 recomienda proveer opción de programas comunitarios y programas de transición a la libertad que ayuden a las mujeres delincuentes a reconectarse con sus familias, mientras que el comentario a la Regla 64 propone priorizar sentencias alternativas a la prisión para mujeres embarazadas o con hijos pequeños.

c. Postergación o Suspensión en la aplicación de la pena

El Consejo de la Asamblea Parlamentaria Europea recomienda que los Estados miembros reconozcan que la custodia en prisión de mujeres embarazadas y madres de niños pequeños debería ser evitada y usada solo como último recurso para mujeres condenadas por las ofensas más serias y que representen un peligro para la comunidad¹⁹⁶.

En Chile, en el “Manual de Derechos Humanos de la Función Penitenciaria”, creado por la Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de Gendarmería de Chile, llama la atención la siguiente regla, “Regla 2: Antes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un período razonable, en función del interés superior de los niños”.

Dado que tanto la Unidad de DDHH de Gendarmería de Chile como el manual desarrollado son relativamente recientes (2012), no existe mayor evidencia acerca del funcionamiento de esta normativa en los casos de reclusas madres que han sido condenadas a prisión.

¹⁹⁵ Ibid. p.61

¹⁹⁶ Ibid. p.62

Sin embargo, esta medida debería ser factible de aplicar, pues para ella no se requieren mayores recursos estatales. El gasto que el Estado ocupa en mantener a las mujeres y sus hijos en la cárcel podría ocuparlo para tobilleras electrónicas que permitan controlar la ubicación de la mujer dentro de un radio determinado y le permitan a esta, más allá de lo que posibilita la prisión domiciliaria, obtener un trabajo o ir a dejar a sus hijos al jardín, llevando una vida relativamente normal. Sumado a este control podría agregarse la firma mensual y el trabajo con profesionales como psicólogos y asistentes sociales que acompañen a la madre y al hijo y realicen visitas periódicas a su domicilio para comprobar que, efectivamente, la medida se está llevando a cabo con éxito y en exclusiva atención del interés superior del niño.

Esta medida favorecería el proceso de reinserción de las condenadas, que es la finalidad que la Constitución implícitamente le asigna a las penas, cuestión que puede desprenderse de la interpretación conjunta de los artículos 1, 5 y 19 de nuestra Carta Fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

I. DOCTRINA

Ahumada, Renata y Pinto, Camila. Tráfico de Droga: Triple Condena Femenina. [en línea] <http://787anonimas.com/> [consulta: 13 octubre 2018]

Antony, Carmen. El Desastre Humanitario en Revista De Derecho Penitenciario. Universidad Mayor. Facultad de Derecho. Centro de Estudios Penales y Penitenciarios. Diciembre 2013 - marzo de 2014.

_____, Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina en Revista Nueva Sociedad N°208. Marzo-abril 2007. [en línea] http://nuso.org/media/articles/downloads/3418_1.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

_____, Panorama de la situación de las mujeres privadas de libertad en América Latina desde una perspectiva de género. Violaciones de los Derechos Humanos de las mujeres privadas de libertad. 2003. [en línea] <http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/investigacion/privacion%20de%20libertad/panorama.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

Botto, Enzo. Madres privadas de libertad: Derecho al cuidado personal de los hijos y programa de residencias transitorias. Tesina correspondiente a la carrera de Derecho. 2012. [en línea] <http://repositorio.uahurtado.cl/handle/11242/7034> [consulta: 13 octubre 2018]

Canepa, M-Merlo. Manuale di Diritto Penitenziario. 6° Ed. Milán. 2002.

Cárdenas, Ana. Mujeres y Cárcel: Diagnóstico de las necesidades de grupos vulnerables en prisión. 2011. [en línea] <http://www.icsoc.cl/wp-content/uploads/2011/03/Mujer-y-carcel.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

Cervelló, Vicenta. Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género. En Revista General de Derecho Penal, Iustel, N°5. Valencia. 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Washington, Organización de Estados Americanos. 2011.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 2008. [en línea] <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8070.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8070> [consulta: 13 octubre 2018]

Crawford, Jackie. Alternative Sentencing Necessary for Female Inmates With Children. Corrections Today. Volumen N°65, junio 2003. [en línea] <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=200723> [consulta: 13 octubre 2018]

Defensoría Penal Pública de Chile. Estudios y Capacitación: Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal. Universidad Diego Portales. 2005. [en línea] http://www.dpp.cl/resources/upload/2da4798_dbbde299aedc13fa643065b0c.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

Feintuch, Sophie. New Spanish Practice Aims to Break the Cycle Among Mothers and Children, en Corrections Today. 2010.

Freedman, Diego. Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales. En Bertolino, P. y Ziffer, P. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Vol. 10. Buenos Aires. Octubre de 2010.

Gendarmería de Chile. Informe de prevalencia de violencia de género en la población penal femenina de Chile. 2015. [en línea] <https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/vgenero.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

_____, Manual de Derechos Humanos de la función Penitenciaria. [en línea] http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GENCHI_FINAL.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

Grevi, V.-Giostra; G.-Della Casa, F. Ordinamento Penitenziario Commento. 2ª Ed. Milán. 2000.

Gurises Unidos; Church World Service América Latina y El Caribe. 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. 2014. [en línea] http://www.lasociadacivil.org/wp-content/uploads/2014/12/Invisibles_hasta_cuando.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

Instituto Nacional de Derechos Humanos. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos. 2013. [en línea] <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4> [consulta: 13 octubre 2018]

_____, Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Informes de las unidades penitenciarias visitadas: Informe CPF Santiago, Región Metropolitana. 2012. [en línea] <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Informes%20Santiago?sequence=8> [consulta: 13 octubre 2018]

Leyton, Horacio. Criminalidad femenina y su situación en Chile en Revista De Derecho Penitenciario. Universidad Mayor. Facultad de Derecho. Centro de estudios Penales y Penitenciarios. Diciembre 2013 - marzo de 2014.

Lora, Laura. Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: Escenarios de conflicto. En XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho. Noviembre 2012. [En línea] <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-ninos-y-madres-que-permanecen-en-establecimientos-carcelarios-escenarios-de-conflicto.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

López, Axel; Machado, Ricardo. Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Buenos Aires. Fabián J. Di Plácido Editor. 2004.

Ministerio de Desarrollo Social, Chile. Estudio de Sistematización del Diseño e Implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos. Informe Final de Resultados. 2015. [en línea] http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/Final_Piloto_Materno_Infantil.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

ONG En Marcha. ¿Cuántos son en Chile? Cifras de una realidad invisible. 2016. [en línea] <http://onaf.uda.edu.ar/wp-content/uploads/2016/10/CUANTOS-SON-EN-CHILE1.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

ONU. Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres. Resolución A/68/340. 2013. [en línea] <http://www.onu.cl/onu/wp-content/uploads/2014/02/report-de-manjoo-a-la-AG-2013-sp.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

_____, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2000.

_____, Estrategias y Medidas Prácticas. Modelo actualizadas para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal. Resolución 65/228. [en línea] <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8280.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

_____, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57. 2016. [en línea] <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf?file=fileadmin/Documents/BDL/2016/10361> [consulta: 13 octubre 2018]

_____, Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer. Resolución 61/143. 2006. [en línea] <https://undocs.org/es/A/RES/61/143> [consulta: 13 octubre 2018]

_____, Medidas privativas y no privativas de la libertad. El sistema penitenciario. Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal. 2010. [en línea] https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/The_Prison_System_Spanish.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

_____, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Yakin Ertürk - Mission to the Russian Federation. 62nd Session de 26 de enero de 2006. E/CN.4/2006/61/Add.2.

Proyecto de Ley N°11073-07. 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.

Robertson, Oliver. El impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos. QUNO. 2007.

Salt, Marcos Gabriel. Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina. En Rivera, Iñaki y Salt, Marcos Gabriel. Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina. Editores del Puerto, Buenos Aires. 1999.

Sansone, Virginia. Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad. En Bertolino, P. y Ziffer, P., Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Vol. 6. Buenos Aires. Mayo de 2010.

SENAME. Lineamientos Técnicos Específicos. Modalidad residencias transitorias para niños (as) de madres recluidas. Área primera infancia. Departamento de Protección de Derechos. [En línea] http://www.sename.cl/wsename/otros/proteccion/lineamientos/lineamientos_residencias_transitorias.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

UNICEF. Revisión sistemática de intervenciones psicosociales para NNA con padres/madres privados de libertad. 2014. [en línea] <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2014/12/WD-19-Padres-privados-de-WEB.pdf> [consulta: 13 octubre 2018]

UNODC. Taller regional sobre buenas prácticas en la implementación de las Reglas de Bangkok. Guatemala. 2014. [en línea] https://www.unodc.org/documents/ropan/Reglas_de_Bangkok/Reglas_Bangkok_diapos.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

Vaca, Mery. Bolivia's Prison Children. BBC News. 2005. [en línea] <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4415294.stm> [consulta: 13 octubre 2018]

Valenzuela, Eduardo; Marcazzolo, Ximena; Stiven, Ana María y otros. Impacto social de la prisión femenina en Chile, en Propuestas para Chile. Concurso políticas públicas. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile. 2012.

Valverde, Virginia. El derecho a la maternidad tras los muros de prisión: el modelo casa cuna del Buen Pastor. Trabajo final de graduación para la obtención de la Maestría en Derechos Humanos. Costa Rica. Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica, Sistema de Estudios de Postgrado. 2014. [en línea] <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/handle/120809/1217> [consulta: 13 octubre 2018]

Vásquez, David. Régimen de Visitas Conyugales en el Sistema Carcelario Chileno. Serie estudios año XI, N°260. Biblioteca del Congreso Nacional. Depto. de Estudios Extensión y Publicaciones. 2001. [En línea] http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro260.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

Vedoya, Sebastián. El 70% de las mujeres en prisión sufre agresiones de su pareja. Diario La Tercera. 2017. [en línea] <http://www2.latercera.com/noticia/70-las-mujeres-prision-sufre-agresiones-pareja/> [consulta: 13 octubre 2018]

II. JURISPRUDENCIA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Argentina, Sala 7, causa N° 39.950, “D., M. C”, sentencia de 19 de noviembre de 2010.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Argentina, Sala 3, Sentencia Registro N°218/2016, de 29 de marzo de 2016.

Corte de Apelaciones de Concepción. Primera Sala. Recurso de Amparo Rol N°330-2016 y acumulado Rol N°336-2016.

Corte de Apelaciones de La Serena. Recurso de protección Rol N°1378-2017. Sentencia de 07 de septiembre de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. 2004. [en línea] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002.

Corte Suprema, Oficio N° 25-2017, Informe proyecto de ley N°2-2017. Antecedente: Boletín N°11.073-07, Santiago, 13 de febrero de 2017.

Corte Suprema. Segunda Sala. Recurso de Amparo. Rol N°92.795-16. Sentencia de 01 de diciembre de 2016.

Duodécimo Juzgado de Garantía de Santiago. Sentencia de 17 de febrero de 2010, RUC 800270729-3.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 de la Capital Federal de Argentina, causa N° 4874, Sentencia de 26 de diciembre de 2016.

III. LEYES

Conjunto de Principios Para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión. 1988.

Constitución Política de la República de Chile. 1980.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica. 1978.

Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 1984.

Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. 1966.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. 1979.

Convención Sobre los Derechos del Niño. 1989.

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

Decreto Ley N°518/1998 del Ministerio de Justicia. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Decreto Ley N°2859/1979 del Ministerio de Justicia. Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería.

Ley N° 20.032 del Ministerio de Justicia. Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.

Ley N° 16.618 del Ministerio de Justicia. Ley de Menores.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.

Principios Básicos Para el Tratamiento de los Reclusos. 1990.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 2008.

Reglas de las Naciones Unidas Para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad Para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok). 2010.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) 2015.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio). 1990.

Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos. 1955.

Resolución Exenta N°12.713, de 10 de diciembre de 2014. [en línea] http://www.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/RespuestaEstado_SPT.pdf [consulta: 13 octubre 2018]

ANEXO: ENTREVISTAS

Entrevista I

Realizada con fecha 22 de junio de 2017 en Centro de Detención Preventiva de San Miguel.

Nombre: María Elena Esquivel Gómez

Asistente social de Gendarmería a cargo del Sector Cuna, Centro de Detención Preventiva de San Miguel.

Nombre: Elicia Muñoz Cancino

Sargento segundo de Gendarmería a cargo de Seguridad de la Guardia Interna, Centro de Detención Preventiva de San Miguel.

1. Sector cuna ¿hay capacidad para incluir a mujeres embarazadas o solo están las mujeres con sus hijos ya nacidos?

María Elena: En el sector cuna hay mujeres con sus hijos menores de dos años y solo embarazadas de riesgo. Embarazadas de riesgo son aquellas que el matrón de la unidad penitenciaria determine.

2. Si un niño nace y se queda en el hospital los primeros días por problemas de salud

A. ¿La mamá se queda con él? De no ser así ¿Cada cuánto puede ir a amamantarlo?

María Elena: La madre no se puede quedar en el hospital así que es trasladada al centro penitenciario. Gendarmería se contacta con el hospital para que le entreguen documentación que acredite que su hijo está hospitalizado y Gendarmería solicita al tribunal de garantía que la mujer pueda ir 2 veces al día a amamantarlo.

B. A esas salidas ¿Va la mujer acompañada por personal de GENCHI de su mismo sexo? ¿La mamá va con esposas o con ropa que indique que ella es imputada?

Elicia: La mujer es trasladada en carro de gendarmería a cargo de dos custodios, normalmente un hombre y una mujer. Si la mujer tiene intentos de fuga o es de alta peligrosidad puede aumentarse la cantidad de custodios. La mujer es trasladada con chaleco amarillo que indica que ella es imputada y también va esposada en el carro de Gendarmería mientras dura el traslado. Las esposas se sacan cuando la mujer llega al hospital y amamanta a su bebé.

Luego del fallo de la comunera mapuche, Gendarmería ya no usa esposas en mujeres embarazadas, aunque si la mujer tiene intentos de fuga o es considerada de alta peligrosidad, se evalúa la situación de las medidas de seguridad.

3. ¿Hay personal médico especializado a cargo de las mujeres y niños, cada cuánto las visita en la cárcel?

María Elena: el centro penitenciario cuenta con enfermería todos los días. El Matrón trabaja de lunes a viernes. Pediatra visita a los niños 1 vez por semana y médico general 2 veces a la semana.

4. ¿Cuál es el procedimiento a seguir si el niño que acompaña a la madre en el recinto penitenciario femenino se enferma y debe ir al hospital? ¿Qué pasa si no hay familiares cercanos a él en ese momento, quién lo lleva?

María Elena: La interna siempre debe llamar a sus familiares para solicitar que alguien lleve al niño o niña al hospital. Si derechamente no hay familiar que pueda llevarlo, durante la semana es la asistente técnica del programa quien lleva al niño o niña en taxi al hospital. Si ella no puede, lo lleva algún gendarme, como siempre sucede los fines de semana.

Gendarmería lleva a los niños en taxi licitado, que son taxis con patente naranja que no necesitan tener sillas para bebés por autorización legal.

5. ¿Tienen los niños y madres, en este momento, educación parvularia dentro de la cárcel que usted trabaja?

María Elena: Actualmente no. Hubo un mes que vino personal externo de la Universidad Silva Henríquez a hacer talleres. Y ahora, en el mes de julio, Fundación Integra tendrá parvularias a cargo del sector cuna de lunes a viernes.

6. ¿Tienen las mujeres talleres de capacitación o que le permitan distraerse?

María Elena: Sí, hay profesionales de afuera que vienen, aunque no es tan seguido y las internas tampoco participan mucho.

7. ¿Qué elementos tiene la obligación de entregar GENCHI a las madres e hijos en esta condición? (Ej. pañales, leche)

María Elena: Con recursos del programa, se compran pañales, leche, medicamentos y útiles de aseo para tener en el centro penitenciario. También procuramos cubrir las necesidades de las mujeres de escasos recursos o que no tienen apoyo familiar.

8. ¿Se prepara a las madres para la separación con su hijo?

María Elena: Sí, se hace intervención psicosocial, por parte de la psicóloga y la asistente social a cargo. También se realizan visitas domiciliarias y se empieza a vincular al niño con los familiares con que se quedará.

9. ¿Qué pasa si el niño, cumplido los dos años, no tiene familiar cercano y de confianza con quien quedarse fuera de la cárcel?

María Elena: Si no hay familiar cercano o que sea idóneo para cuidarlo, Gendarmería informa de esto al tribunal y el niño deberá ir al Sename, con quien Gendarmería tiene contacto directo.

10. Luego de que el niño sale, ¿se hace un seguimiento de su situación?

María Elena: No, el trabajo de nosotros termina al dejar al niño al cuidado de alguien idóneo. Sin embargo, por ética, damos aviso al tribunal que lleva la causa de su madre para que tenga en cuenta su situación o damos aviso a las OPD de las municipalidades del sector donde vivirá el niño, de la condición en que este se encuentra.

11. ¿Cada cuánto se realizan allanamientos en el sector cuna? ¿Se revisa a los niños?

Elicia: El allanamiento es un procedimiento rutinario que podría realizarse incluso una vez por día. A los bebés nunca se les revisa.

12. Si una mujer en estas condiciones incumple el reglamento de Gendarmería. ¿Cuál es el castigo aplicable? (Ej. prohibición de visitas, prohibición del ingreso de encomiendas, celdas de aislamiento)

Elicia: El castigo es la prohibición de visitas que Gendarmería debe solicitar al tribunal de garantía y será este quien acepte o deniegue la petición. Sin embargo, siempre se siguen recibiendo las encomiendas de familiares.

En este centro penitenciario no hay celdas de aislamiento.

13. Cuando un niño mayor de 2 años y menor de 18 va a visitar a su madre a la cárcel ¿Hay un procedimiento especializado para la revisión de sus ropas y cuerpo o es el mismo que para cualquier adulto?

Elicia: En el caso de los menores de edad, ellos siempre deben ingresar acompañados de un adulto. Hoy, además, se agrega el requisito de que ingresen con autorización notarial de sus padres.

Se pide que vengan acompañados de un adulto porque será él quien deba revisar al menor, los Gendarmes solo damos la orden y vigilamos el procedimiento, pero no tenemos contacto corporal directo con el menor.

Entrevista II

Realizada con fecha 24 de mayo de 2017, vía internet.

Nombre: Francisca Larenas Vásquez

Educadora de párvulos, Universidad Católica de la Santísima Concepción.

Lugar donde realizó la práctica: Penitenciaria El Manzano, Concepción. Abril 2016 – diciembre 2016.

1) ¿Cuántos niños y madres atendiste en promedio durante tu práctica?

10 niños y 10 madres

2) ¿Cuál era tu función como educadora de párvulos en la cárcel?

Entregar herramientas para apoyar el rol educativo de las madres que están privadas de libertad, otorgando materiales y sugerencias de actividades para trabajar con los lactantes.

3) ¿Cuál es la principal diferencia de enseñar a mujeres con sus hijos privados de libertad versus niños con sus madres en libertad?

La gran y triste diferencia es que los niños no tienen la oportunidad de conocer el medio que les rodea afuera es por esto que tenemos que enseñarles a las madres a educar desde la realidad en la que se encuentran, por ende, la educación que ellas le entregan a sus hijos se limita a cuatro paredes, un patio de cemento, allanamientos y procedimientos sumamente agresivos para los pequeños de 0 a 2 años.

4) ¿Cómo viste la relación madre-hijo?

Cada madre e hijo era un mundo diferente, habían casos donde las madres deseaban tanto entregarle lo mejor a sus hijos que no querían que ellos estuviesen dentro de la cárcel, pero como no tenían un pariente sanguíneo que se hiciera cargo se veían obligadas a tener a sus hijos adentro, por lo que el niño lo único que tenía era su madre y viceversa y era una relación fuertísima, pero también habían casos de madres que no se sentían madres al estar adentro y la relación era muy débil, delegaban sus deberes como madres a otras internas.

5) Como docente ¿Cuál es la importancia del apego madre-hijo y hasta qué edad se considera prudente no separarlos?

El apego es un vínculo afectivo que el niño realiza con el adulto significativo, en este caso es la madre y es tan importante, ya que predice la personalidad del niño, es decir, si el niño no desarrolla un apego, no desarrollará su seguridad emocional, lo que más tarde le afectará en distintos ámbitos.

El niño debería estar toda su infancia con la madre (considerándola mínimo hasta los 10 años) porque una madre es irremplazable para el desarrollo integral del niño y adolescente.

6) ¿Viviste algún proceso de separación entre una madre privada de libertad y su hijo mayor de dos años? Si la respuesta es sí ¿Cómo fue y cómo crees que esto afecta a la formación y desarrollo del niño?

Si lo viví, y es totalmente devastador y cruel. La madre intentaba "preparar" al niño para el día de su salida (el niño se iría al SENAME si ella no contaba con otra red de apoyo), y el día que al niño se lo llevaron él pedía a gritos permanecer ahí con su madre. Ni siquiera es un proceso, es algo muy rápido que ocurre cuando el niño cumple los dos años ya que deja de ser considerado lactante.

7) ¿Viste situaciones de vulneración de derechos? Ejemplifique.

Si, en los allanamientos cuando los niños quedaban desnudos siendo revisados, también cuando se enfermaban nunca los llevaban a centros médicos, y finalmente el derecho a educación, ya que no todas las penitenciarías tienen sala cunas.

8) ¿Crees que la cárcel es un lugar para formar a un niño? Fundamente.

No, de ninguna manera, el humano nace libre, y este niño no elige ser un prisionero, no ha delinquido. Las madres deberían criar y educar a sus hijos en un contexto seguro y apto para ambos.