



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES.

**LIBERTAD SEXUAL DE LA MUJER DENTRO DE LA EJECUCIÓN DE
SANCIONES PENALES EN CHILE**

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

CLAUDIA JAVIERA ARAYA BAEZA

JOSEFINA DEL PILAR MUÑOZ MENA

Profesor guía: Luis Felipe Abbott Matus.

Santiago, Chile.

2020.

ÍNDICE

I.	RESUMEN.....	3
II.	INTRODUCCIÓN.....	4
III.	CAPITULO I: SEXUALIDAD FEMENINA DENTRO DE LOS MUROS.....	10
	1. Sobre la importancia de un enfoque de género en la ejecución de las sanciones penales para lograr una igualdad sustancial dentro de las cárceles.....	10
	2. Síntesis acerca de las consecuencias que sufren las mujeres privadas de libertad por la falta de una adecuada política de género dentro del tratamiento penitenciario.....	13
	3. La sexualidad intrapenitenciaria como un medio de control y represión.....	19
IV.	CAPITULO II: VISITA ÍNTIMA...	21
	1. Regulación de la visita íntima.....	21
	2. Visitas íntimas como beneficio carcelario.....	27
	3. Diferencias de exigencias entre cárceles de hombres y de mujeres.....	34
V.	CAPITULO III: MATERNIDAD ENTRE REJAS.....	39
	1. Mujeres embarazadas, con hijos lactantes o menores dentro de las cárceles.....	39
	2. Regulación y protección del derecho de maternidad.....	45
	3. ¿La infraestructura de las cárceles está suficientemente equipada para estas exigencias?.....	49
	4. Derechos de la madre versus derechos del niño.....	51
VI.	CAPITULO IV: ABORTO ¿UN DERECHO PARA TODAS?.....	60
	1. Aspectos generales.....	60
	2. Breve síntesis sobre el tratamiento del aborto en Chile.....	61

3.	Como observa la legislación internacional la situación sobre el aborto imperante en Chile.....	63
4.	Aplicación intrapenitenciaria de la ley N° 21.030.....	65
VII.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	67
VIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	72
IX.	ANEXO.....	75

RESUMEN

Los problemas y conflictos que enfrentan las mujeres privadas de libertad son similares a los de cualquiera mujer que se encuentra en libertad, porque en ambos ámbitos deben cumplir con los roles asignados a su género. Sabemos que la prisión es un proceso tortuoso y estigmatizante para cualquier ser humano, pero para las reclusas lo es mucho más, puesto que el paso por la cárcel significa ser calificada de forma contraria a la imagen del bien, de la docilidad y de la sumisión; características atribuidas al sexo femenino a lo largo de la historia. Partiendo de dicha premisa, este trabajo propone develar los múltiples aspectos de situaciones de violencia de género y discriminación que sufren las mujeres privadas de libertad, originadas principalmente por la carencia de un enfoque de género dentro de la administración de las cárceles, lo que se traduce en: precarias condiciones en que se encuentran las reclusas, sobre todo embarazadas y lactantes, la dificultad para ejercer la maternidad dentro de las cárceles, la falta de implementación de visita íntima, la ausencia de política de género en las actividades educativas y laborales y la falta de regulación de la interrupción del embarazo dentro de la cárcel.

PALABRAS CLAVE

Mujeres privadas de libertad, Enfoque de género, Igualdad, Derechos sexuales y reproductivos, Cárcel, Maternidad, Interrupción del embarazo, Visitas íntimas o familiares.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo central abrir el debate respecto a las deficiencias existentes dentro del sistema de ejecución de sanciones penales, en relación al trato y condiciones que reciben las mujeres privadas de libertad, centrándonos, primordialmente, en lo que respecta al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Los problemas que se nos presentan a la hora de hablar del tema son varios, y forman parte de un círculo perverso, al que no ha sido posible encontrarle una solución óptima. No es novedad para nadie que la cárcel, como sanción penal, es denigrante e inhumana para cualquier ser humano, sin embargo, su paso por ella se vuelve aún más insoportable para las mujeres. Una de las principales causas de aquello se debe al estigma social que existe en torno a la mujer y, sobre todo, hacia la mujer reclusa, ya que la sociedad, durante casi toda la historia de la humanidad, se ha encargado de imponer determinados roles de género, y de construir el concepto de mujer a la merced de las necesidades masculinas, entendiéndola como un ser dócil, maternal y femenino, incapaz de provocar daño. Este hecho ha ayudado a que el Estado de Chile, y en general los Estados de América, no hayan desarrollado una adecuada política carcelaria, dotada del enfoque de género necesario que considere las necesidades propias de las mujeres condenadas.

Las escasas políticas carcelarias con enfoque de género se refieren a la mujer como un ser puramente maternal y femenino, dejando fuera otras aristas importantes para su desarrollo. Así, considerando que el fin del encarcelamiento es contribuir a la reinserción del individuo que se encuentra privado de libertad, sería de gran ayuda para las reclusas que se les enseñaran

oficios que le sirvieran a subsistir en el mundo fuera de los muros. Sin embargo, sin la intención de desmerecer la labor de otros, la mayoría de los trabajos que se les enseña son los que culturalmente se encuentran arraigados a su género, como costura, cocina, dibujo, etc. (Antony, 2000)

La falta de enfoque se encuentra en toda la normativa referente a la ejecución de la pena, en especial el Decreto 518 de fecha 21 de agosto de 1998, que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (en adelante “*Reglamento de Establecimientos Penitenciarios*”), que es fiel reflejo de los roles de géneros asignados por la sociedad, pues, en casi todo su cuerpo, se preocupa de regular únicamente la situación de la mujer en cinta o periodo de lactancia, dejando de lado otras necesidades relacionadas con su sexualidad, como las visitas íntimas, que erróneamente se conciben como un favor de gendarmería y no como un derecho de las reclusas para ejercer de forma libre su sexualidad.

En armonía con lo anterior y relacionado con la denominada “*criminalización de la pobreza*”, surge otro problema que nos inquieta. Inicialmente se entendía que era el hombre quien interrumpía criminalmente en lo público, mientras que la mujer era asociada a delitos dentro de la esfera privada, que tienen que ver principalmente con su rol de madre y esposa. Sin embargo, hoy en día, la criminalización femenina ha evolucionado desde la esfera privada a la pública y el móvil para ella ya no se refiere meramente a su condición de mujer y madre, sino a las carencias socio económico que sufre este estrato de la población.

Las mujeres que son condenadas a cumplir la sanción penal dentro de las cárceles son, por lo general, mujeres pobres, jefas y mantenedoras de la economía de sus hogares, madres que se ven obligadas a abandonar a sus hijos. Todo esto conlleva a la devastación de los hogares que mantienen. La mujer, no es la única que sufre con la condena, si no todos quienes se encuentran relacionados con ella, principalmente su familia e hijos, provocando que se acentúe el círculo de pobreza del que son víctimas.

Conforme a lo anterior, hemos desarrollado tres hipótesis que se desarrollarán en cada uno de los siguientes capítulos:

- a) La privación de libertad, como medio para el cumplimiento de sanciones penales, es un trato inhumano y denigrante para cualquier ser humano, pero más aún para las mujeres, quienes sufren una doble estigmatización al estar entre rejas.

- b) La cárcel, como institución social, carece de un adecuado enfoque de género que permita a las mujeres privadas de libertad satisfacer las necesidades intrínsecas del género.
- c) La diferencia de trato entre los penales femeninos y masculinos, respecto al ejercicio de los derechos sexuales de los reos, denota una evidente arbitrariedad a favor del sexo masculino.

Con el fin de desarrollar nuestro objetivo es de vital importancia, en primer lugar, entender el concepto de “*derechos sexuales y reproductivos*” y, en segundo lugar, verificar que estos derechos sean considerados, por la legislación internacional, como un bien jurídico merecedor de protección legal.

Una primera aproximación de lo que se podría entender como derechos sexuales y reproductivos y su alcance, es aquella entregada por Amnistía Internacional, que señala que “*Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos universales: pertenecen a cada persona, con independencia de las decisiones que cada una tome sobre reproducción, sexualidad y fertilidad, y sea cual sea el género, identidad de género, edad o configuración de nuestra familia o relaciones íntimas*” (Amnistía Internacional, s. f.).

Mediante lo dicho por este organismo es posible señalar dos cosas. La primera es que los derechos sexuales y reproductivos son Derechos Humanos y, por lo tanto, inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna. En segundo término, afirma que las personas tienen derecho a decidir individualmente sobre su vida sexual, lo cual implica autonomía para disponer del cuerpo. Esto se traduce en el derecho a decidir libremente sobre el cuerpo y sexualidad, a ejercer y disfrutar plenamente de ella, a decidir con quién compartirla, al respeto a la intimidad, a vivir libre de violencia sexual, entre otras cosas (Fundación PRODEMU, 2017).

La idea señalada por Amnistía Internacional se encuentra respaldada por diferentes pactos, convenciones y tratados internacionales, entre los cuales podemos destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (1976); el Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1976); la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981); la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Viena (1993); el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo (1994); y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial

de la Mujer de Beijing (1995) (Vargas, 2003) Pese a este reconocimiento que hace la legislación internacional sobre los derechos objeto de nuestro estudio, nos surge la duda si dicha protección en Chile es efectiva o, simplemente, una apariencia.

Por otro lado, debido a que el trato injusto que reciben las mujeres se vuelve aún más cruel y vejatorio para las mujeres pobres, que son, coincidentemente, el mayor porcentaje de mujeres que se encuentra cumpliendo condena de privación de libertad. Nos molesta y nos duele el trato que como mujeres recibimos día a día, pero ese dolor se potencia cuando nos encontramos con testimonios de mujeres que pueden hacer poco y nada para cambiar su realidad, porque el mundo las ha olvidado y arrojado a su suerte, porque la sociedad nunca las tomó en cuenta ni les dio la oportunidad de optar a más. Por ello nos agobia el trato inhumano e injustificado que el Estado les ha dado y la represión que viven día a día dentro de los penales, no solo en lo relacionado con su sexualidad, sino que en todos los demás ámbitos de su vida. En este sentido, cabe señalar que cuando hablamos de sexualidad, no solo hacemos alusión al derecho a ejercer libremente su vida sexual, sino a todo lo que el término conlleva, esto es, salud sexual, maternidad, interrupción del embarazo y, en fin, la capacidad de decidir por ellas mismas, sin terceros intervinientes, lo que estiman mejor para su realización como seres humanos. Para entender y estudiar la discriminación de la cual hablamos, contamos con una serie de testimonios que nos entregaron un grupo de mujeres que cumplen condena en el Centro Penitenciario Femenino de San Miguel (Chile).

Históricamente, como señalamos precedentemente, la sociedad ha ligado el concepto “*mujer*” a lo femenino, lo maternal y sumiso, excluyendo a aquella mujer que se sale de los márgenes impuestos. Los centros penitenciarios de mujeres fueron adaptaciones de las Casas de Reclusión para Mujeres o Casas de Galera de los siglos XVI y XVII, donde eran enviadas mujeres que cometían delitos como prostitución, proxenetismo, vagancia y otros de la misma índole.

Si bien hoy en día nuestra realidad difiere de la recién comentada, también es cierto que queda un largo trecho por recorrer. Es importante añadir que esta ola de empoderamiento de los derechos de la mujer, y en particular de los derechos sexuales y reproductivos, no puede limitarse únicamente a las mujeres que tienen la capacidad efectiva de abogar por sus derechos, pues no es posible concebir una verdadera liberación femenina, excluyendo a los sectores más vulnerables de la población, como son las mujeres privadas de libertad, quienes son víctimas de

la pobreza y violencia. Estas mujeres son el núcleo del hogar, el que deben abandonar por diferentes circunstancias, viéndose enfrentadas a la separación de su familia y a un encierro inhumano.

Las mujeres privadas de libertad sufren las vicisitudes más crueles del sistema patriarcal, por lo que estimamos importante recordar que las mujeres presas – y todas las personas privadas de libertad – mantienen su condición inalienable de ser humano, por lo que sus derechos fundamentales deben ser protegidos y garantizados por el Estado chileno, al igual que los de los demás ciudadanos. La anterior aseveración la podemos ver manifestada en el Principio 1 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, según resolución 43/173 de la Asamblea General de Naciones Unidas de fecha 9 de diciembre de 1988, el cual señala que *“Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*. Esta premisa no se ve reflejada en las políticas públicas adoptadas por el Estado, principalmente en lo que respecta a las reclusas, pues sus necesidades han sido constantemente postergadas, como si se tratara de ciudadanos de segunda clase.

Para llevar a cabo la tarea que tenemos por delante, intentaremos dejar al descubierto las mal implementadas políticas de género que existen dentro del tratamiento penitenciario, sobre todo en lo que respecta a la libertad femenina. Para ello realizaremos una crítica que tendrá como finalidad poner en manifiesto la discriminación que aflora entre hombres y mujeres privadas de libertad, la cual se expresa en el ámbito económico, cultural, laboral, educacional, entre otras. Además, analizaremos la noción que se tiene de la libertad sexual de los reos, la cual ha sido entendida como un medio de control, disciplina y sometimiento, en vez de un derecho intrínseco del ser humano.

Continuaremos nuestro trabajo estudiando cómo es tratada la sexualidad al interior de los penales, analizando la principal manifestación de dicho derecho, que es la visita íntima o conyugal. Para ello recurriremos a la legislación que existe respecto al tema, utilizando tanto la regulación comparada y la nacional, con el fin de vislumbrar las falencias e injusticias existentes. Asimismo, criticaremos la noción de beneficio penitenciario, que existe respecto de la visita íntima, y como dicha visión, se ha perpetuado a lo largo del tiempo, perjudicando en gran medida los derechos adyacentes. Finalizaremos esta sección con una revisión de los requisitos exigidos para poder acceder a este derecho tanto para hombres como para mujeres.

Luego, procederemos a analizar la maternidad dentro de la ejecución de las sanciones penales. Para ello, primeramente, analizaremos la problemática que significa ser madre dentro de la cárcel. En según lugar, revisaremos la regulación internacional, las declaraciones y principios generales, realizando una comparación con el sistema chileno, con el fin de ver si se respeta o no los tratados y convenios ratificados por nuestro país. Por último, analizaremos el derecho al cuidado personal desde la perspectiva de los derechos de la madre, y en consideración del interés superior del niño.

Finalizando nuestro trabajo procederemos a evaluar si la nueva ley que legaliza el aborto en tres causales es un derecho para todas o un privilegio para algunas, pues, en este punto, nuestro fin es estudiar si su ejercicio incluye a las mujeres que se encuentran privadas de libertad. Para desarrollar este tema, en primer lugar, explicaremos qué entenderemos por aborto y la forma en que se va a emplear la nueva legislación en Chile, para luego referirnos a las normas internacionales y cómo estas observan la situación imperante en el país respecto al aborto. Finalmente, analizaremos si efectivamente la ley o procedimiento se aplica o no en las cárceles chilenas.

CAPITULO I: SEXUALIDAD FEMENINA DENTRO DE LOS MUROS

1. Sobre la importancia de un enfoque de género en la ejecución de las sanciones penales para lograr una igualdad sustancial dentro de las cárceles.

La desigualdad y discriminación de género es un problema que, bien sabemos, se manifiesta en innumerables aspectos de la vida en sociedad. Sin ir más allá, no es novedad para nadie la diferencia de salario recibidos por hombre y mujeres que ejecutan el mismo trabajo en las mismas condiciones, desigualdad que se vuelve más patente al tener en cuenta que son estas últimas quienes, además, deben realizar la mayoría de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos. Tampoco nos sorprenden las denuncias realizadas por mujeres, víctimas de abuso sexual, o los asesinatos de estas en manos de sus maridos o convivientes, que son reveladas diariamente en los medios de comunicación, redes sociales, etc.

El ámbito doméstico o laboral no es el único espacio donde esta discriminación se hace presente, pues la esfera jurídica no queda exenta de crítica. Por el contrario, se vuelve de suma urgencia referirnos a la falta de pertenencia de las mujeres a la comunidad constitucional (Valenzuela & Villavicencio, 2015), pues, entendiendo la Constitución como la ley fundamental de un Estado (Real Academia Española, 2018) y siendo las mujeres parte integrante de éste, nos parece irrisorio que la doctrina constitucional haya dejado de lado sistemáticamente la necesidad de constitucionalizar los derechos sexuales y reproductivos de aquellas (Valenzuela & Villavicencio, 2015).

Esta falta de pertinencia de la que hablamos se podría solucionar poniendo en marcha dos obras, en primer lugar, a partir de la consagración y reivindicación de los derechos de las

mujeres. Y, en segundo lugar, promoviendo la participación femenina en la judicatura constitucional, porque para lograr dotar a la Constitución de una perspectiva feminista, es necesario que quienes redacten las leyes sean mujeres, pues a ellas las van a gobernar. Incluso, existiendo la mejor de las voluntades, un hombre jamás podrá recoger todas las necesidades que son atingentes al sexo femenino (Valenzuela & Villavicencio, 2015).

Empero, no podemos desconocer que, frente a esta realidad, Chile ha intentado buscar soluciones. Una de las más destacadas consiste en el compromiso de impulsar políticas públicas que permitan la igualdad para ambos sexos, como el caso de la “ley de cuotas”, que permite una distribución más equitativa entre los géneros en el mundo de política; o mediante la ratificación de tratados internacionales, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (en adelante “CEDAW”) según resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 18 de diciembre de 1979, que buscan de alguna forma la equidad para mujeres y hombres. Lamentablemente, esta igualdad es más bien aparente o formal, viéndose mermada en diversas áreas del quehacer diario. En este sentido, la cárcel, como institución social, no queda exenta de esta discriminación, pudiendo hablar de dos formas en que se manifiesta: la primera es la que nace a partir de la insensibilidad y ocultamiento de la realidad vivida en los establecimientos penales; y la segunda es la que ocurre dentro de la institución propiamente tal, mediante de la discriminación que realizan los gendarmes entre reclusos varones y mujeres, siempre en desmedro de estas últimas (ejemplos de este punto los veremos durante el desarrollo de este trabajo).

La discriminación que se vive dentro de los penales va en contra de lo que señala la CEDAW en su artículo 3, donde se garantiza a la mujer “*derecho al disfrute y la protección, en condiciones de igualdad con los hombres, de todos los derechos humanos en las esferas política, económica, social, cultural, civil y cualquier otra*” (Naciones Unidas, 2005).

Como forma de hacerle frente al escenario que se vive entre rejas, diferentes instrumentos internacionales, como las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas Privativas de Libertad y los Principios Básicos sobre Tratamiento del Recluso, según resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990, recomendados por el VIII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, enfatizan, de forma general, la necesidad de todo privados de libertad de acceder a sus derechos fundamentales, pero, además, destapan la urgencia de garantizar de forma específica aquellos que requieren las reclusas.

En el caso de la discriminación entre las personas privadas de libertad según su género, la igualdad sustancial se logra únicamente a través de una visión de género y transversalidad, que se debe traducir en diferentes aspectos dentro de las cárceles, como son: el alojamiento de reclusas en lugares acondicionados exclusivamente para ellas, generación de condiciones para que las privadas de libertad mantengan un vínculo con sus familiares, realización de supervigilancia y registro por personal femenino, disposición de medios para mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, y contar con atención especial para mujeres que sostienen sus familias. Todas estas necesidades están dispuestas en los tratados y convenciones internacionales que mencionamos previamente y que el Chile ha suscrito.

Pese a lo anterior, los centros penitenciarios del país -y, en general, gran parte de los centros latinoamericanos-, como la mayoría de las instituciones sociales, poseen un problema histórico que, aun en 2018, no se les ha sabido dar una solución integral: han sido creadas por hombres y para hombres privados de libertad (Antony, 2000) olvidando que albergan a mujeres que comparten la misma condición de reclusión, pero que debido a sus diferencias tanto físicas como psicológicas requieren de una atención diferente.

Creemos que, en este punto, es necesario tener en consideración el hecho que, para estas autoras, es correcto señalar que cuando nos referimos a las diferencias físicas y psicológicas existentes entre hombre y mujeres, no pretendemos, en ningún término, mostrarlas como el sexo débil que necesita protección especial del sistema, si no que estimamos necesario que cualquier institución, sobre todo si está vinculada al Estado, quien debe tener en consideración las diferencias biológicas que se hacen patente entre ambos sexos, esa es la única forma de llegar a una real equidad.

Retomando el punto anterior, las necesidades propias de las mujeres deben ser tomadas en cuenta para evitar que la vulnerabilidad emocional, de la cual han sido víctima durante años, se vea acrecentada mientras cumplen su condena. Para ello, lo ideal es considerar de forma particular el enfoque de género al momento de analizar las políticas públicas que las afectarán.

La vulnerabilidad anteriormente mencionada, se debe a que la mayoría de las mujeres privadas de libertad han sido abusadas y maltratadas durante su vida en libertad, lo que converge en una mayor flaqueza emocional, que se amplifica al encontrarse reclusa, pues las condiciones inhumanas que se hallan dentro de las cárceles no facilitan el encierro. Este escenario es

observable en la mayoría de los recintos penitenciarios femeninos de América Latina: un sistema penitenciario duro y vulneratorio de Derechos Humanos, con condenas largas y abuso de prisión preventiva, malas infraestructuras carcelarias que denigran la condición humana de los reclusos, ocio, carencia de terapias (y, en el caso que las hubiese, suelen ser poco efectivas) permanencia excesiva de sus hijos dentro de los recintos (cuestión que perjudica la salud psicológica del menor al estar creciendo en un ambiente hostil) pocos talleres para desarrollarse, escasas oportunidades laborales, culturales, profesionales y económicas (puesto que las actividades y productos que realizan son malamente remunerados, si no es que nulos) y, en general, desprovistas de una perspectiva de género que haga digno el cumplimiento de su pena (Antony, 2000).

Esta vulnerabilidad posee una justificación histórica y cultural. Desde la época de Justiniano se consideraba que la mujer no debía ingresar a la cárcel, sino que a monasterios para efectos de su corrección y sanación, y, en consecuencia, permanecer alejada de los varones. Eran los hombres quienes socialmente eran considerados como quienes cometían los más grandes crímenes, mientras que las mujeres no eran concebidas como delincuentes, pero sí castigadas por delitos relacionados con la mala vida, como la vida licenciosa, prostitución, proxenetismo y vagancia (Antony, 2000). Por lo tanto, a lo largo de los años ha existido un carácter eminentemente moral respecto a la prisionalización femenina, castigándola por cómo desarrolla su vida privada y no por sus conductas contrarias a la ley (lo que no dista de la concepción que se tiene de la mujer fuera de la cárcel).

De esta forma, como hemos sido enfáticas en señalar, la falta de poder, la sumisión, la dependencia e inferioridad física han sido las características que la sociedad ha arraigado a las mujeres, formando parte de la mochila que también deben cargar las que cumplen sanciones penales. Así, la cárcel constituiría un medio para devolverlas a la comunidad como una verdadera mujer, curada de su mal vivir (Antony, 2000).

Finalmente, cabe concluir que la prisión es doblemente dolorosa, estigmatizadora y conforma un espacio discriminador y opresivo para las reclusas. Esto se debe, en primer lugar, a los prejuicios sociales que sufre cualquier persona por estar o haber estado en la cárcel y, en segundo término, a que el ser mujer y encontrarse en prisión es contrario a la imagen de sumisión y docilidad que se le ha atribuido al género femenino a lo largo de la historia.

2. Síntesis acerca de las consecuencias que sufren las mujeres privadas de libertad por la falta de una adecuada política de género dentro del tratamiento penitenciario.

No cabe duda que la cárcel es una institución que lleva al detrimento y denigración de todos los seres humanos que allí cumplen sus condenas, puesto que la persona se encuentra sometida a un aislamiento forzoso, que puede desembocar en un trastorno psicosocial, afectando su percepción sobre sí mismo y de su entorno, padecimiento que se incrementan debido a la constante sensación de peligro a que está expuesto el sujeto y al rechazo por parte de la sociedad.

Por tanto, en base a lo anterior y al hecho de que la organización carcelaria no se encuentra suficientemente preparada para hacer frente a las necesidades de las reclusas, es del todo posible afirmar que la condición de estas mujeres se ve aún más deteriorada en comparación a los hombres que cumplen condena, pues, al no existir un correcto enfoque de género, existirá un malogro en el tratamiento de las internas, ya que supondría la implementación de una política respecto a su educación, recreación, trabajo, condiciones especiales y posterior reinserción social, que no satisface de forma correcta sus necesidades dentro de la cárcel.

Antes de iniciar nuestro análisis respecto de las consecuencias que acarrea para las reclusas la falta de una adecuada perspectiva de género en la ejecución de las sanciones penales, es necesario que de forma previa otorguemos una definición acerca de lo que entendemos por esta. El enfoque de género, según la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Gobierno de Chile, *“hace referencia a tomar en consideración y prestar atención a las diferencias entre mujeres y hombres en cualquier actividad o ámbito dados en una política. Asimismo, involucra el reconocimiento de la existencia de un conjunto de relaciones de poder que definen la división del trabajo y las normas, valores e ideologías acerca de la masculinidad y la feminidad que se asocian a dicha división.”* (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales , s.f.)

Dicho lo anterior, las principales problemáticas y necesidades que logramos visualizar son las siguientes:

1. *Separación por sexos y segmentación.* Como sabemos, las necesidades requeridas por hombres y mujeres son diversas, por ello es importante implementar dentro del tratamiento penitenciario diferencias de trato entre ambos sexos.

Esta separación ha sido la preocupación principal y casi única para la ejecución de la pena, incluso pareciese que todo el enfoque de género que precisa se salvaguardara con ella. Sin embargo, pese a que este principio está contenido tanto en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios del país como en diversos textos legales internacionales (tales como los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas¹, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008; las Reglas mínimas para el tratamiento de los Reclusos², adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955) es común su incumplimiento, o a lo menos su inobservancia, por parte de Gendarmería de Chile, cuestión que acarrea efectos negativos.

Un ejemplo de estas consecuencias ocurre en muchos recintos penitenciarios que, aun cuando nuestra legislación no lo permite, y debido al abuso de la prisión preventiva, conforme al testimonio de numerosas mujeres, sobre todo en zonas rurales, se asegura que muchas de ellas han sido detenidas preventivamente y se les obligó a permanecer encerradas junto a hombres (Antony, 2000).

Conforme a lo anterior, nos parece pertinente señalar que en Chile la legislación sobre el tema está contenida en Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, el cual señala en su artículo 13 que para la creación de establecimientos penitenciaros se tendrá como criterio el sexo de las personas que ingresaran a cumplir condena; mientras que el artículo 19 indica que existen Centros Penitenciarios Femeninos dedicados a la atención de mujeres y en los lugares que no existan estos centros, las internas permanecerán separadas del resto de la población penal. Por consiguiente, se entiende que el legislador ha pretendido aplicar el principio de separación de sexos en los penales chilenos, en atención a las diferentes necesidades y cuidados que requiere cada uno. Esta idea se refuerza debido a que el mismo artículo 19 en el inciso 1° agrega que en

¹ El cuerpo normativo dispone, en el Principio XIX, que *“Las personas privadas de libertad pertenecientes a diversas categorías deberán ser alojadas en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, según su sexo [...] En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres [...]”*

² El mencionado cuerpo normativo, en su Regla 8, señala que *“Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo [...] Es decir que:*
(a) Los hombres y las mujeres deberán ser reclusos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes: en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado [...].”

ellos – Centro Penitenciarios Femeninos – *“existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas”*. Entendiendo así que existen necesidades exclusivas de las reclusas en virtud de su género.

Sin embargo, nos preocupa que dicho artículo, en su inciso 2º, disponga que *“En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina”*, pues, en este caso, el legislador estaría obviando el hecho que, en estas actividades conjuntas, las reclusas podrían ser víctimas de abusos por parte de sus compañeros, más aún si los penales no cuentan con una correcta vigilancia. Además, por otro lado, estas actividades no contarían con el correcto enfoque de género, pues claramente estarían diseñadas para ser desarrolladas por los hombres de la población penal.

Pero la separación entre reclusos y reclusas no es el único déficit a la hora de hablar de la composición de los recintos penales. El personal de gendarmería también constituye un peligro a la hora de velar por la integridad de las internas. En efecto, cabe señalar que el personal de custodia se encuentra compuesto en su mayoría por mujeres³; sin embargo, el de vigilancia es en esencia masculina, lo que da el pie para que se produzcan abusos o agresiones sexuales, pues muchas veces se les solicita *“favores”* para concederles ciertos beneficios, abusando totalmente de la condición de vulnerabilidad en que estas se encuentran e infringiendo el deber de garante que tienen para con ellas. Esta falta de probidad está definida en instrumentos internacionales sobre derechos humanos como violaciones a los derechos de las reclusas (Antony, 2000).

Por lo anterior es que, a nuestro parecer, es menester que la totalidad de personal de gendarmería que se preocupa por atender y vigilar a las reclusas esté compuesto únicamente por mujeres, ya que así disminuiría el riesgo de abusos en contra de las condenadas. Esta necesidad está reflejada en el artículo 53 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, el que indica que *“las reclusas serán vigiladas y registradas exclusivamente por funcionarias del sexo femenino”*.

³ La norma 53 número 1, 2 y 3 de las Reglas Mínimas recomienda la custodia de las reclusas por parte de mujeres. El origen de esta recomendación no se basa únicamente en la afinidad que podrían tener custodias mujeres con las privadas de libertad, sino que lo que se intenta es evitar las relaciones voluntarias o forzadas entre custodios y las reclusas.

2. *Salud y maternidad.* Los penales para mujeres en nuestro país han sido creados a partir del acondicionamiento de cárceles elaboradas exclusivamente para hombres, o a través de la remodelación de casas antiguas, como, por ejemplo, la Congregación de las Hermanas del Buen Pastor, durante el siglo XIX, donde se traspasó la tutela del Estado a la iglesia católica (Antony, 2000).

Se debe considerar que muchas veces las reclusas deben entrar a cumplir condena con sus hijos menores (lo que, por una parte, facilita su vida en prisión, pues no tienen la angustia de haberlos dejado abandonados; pero, por otra, significa un desmedro para la salud psíquica del niño o niña) agravándose los problemas de hacinamiento ya existentes. No existe un ambiente adecuado para el crecimiento para los menores, ya que las guarderías y salas cuna no cuentan con la infraestructura necesaria, lo que a su vez imposibilita a las privadas de libertad asistir a sus trabajos o talleres dentro del recinto, por la preocupación comprensible que les provoca no saber dónde y con quien dejar a sus pequeños.

Teniendo como antecedente lo anterior, no sería extraño señalar que la atención médica dedicada a atender a embarazadas y lactantes dentro de la cárcel no es eficaz, pues no existen médicos especialistas, como ginecólogos u obstetras, que den abasto para la demanda existente ni mucho menos una infraestructura desarrollada exclusivamente para esta materia. Exigencias que son totalmente válidas en consideración a su naturaleza femenina y a que muchas de ellas entran a cumplir su condena en cinta o se embarazan dentro del lugar.

Como insumo al debate acerca de las condiciones denigrantes e inhumanas que sufren las reclusas, nos permitimos agregar otro déficit en el área de la salud que no está estrictamente ligado a la maternidad dentro de la cárcel. Este consiste en los diversos problemas de salud mental (como cuadros depresivos o de ansiedad) que sufren las mujeres dentro de las cárceles, producto de lo dolorosa que ha sido su vida en libertad, situación que empeora una vez que deben ingresar a la cárcel. A estas patologías no se le ha dado la suficiente atención por parte de las autoridades penitenciarias, recurriendo en muchas ocasiones, en vez de a un tratamiento eficaz y diseñado exclusivamente para cada paciente, a una excesiva medicación de tranquilizantes que no atienden el núcleo de sus problemas. Pareciera que el Estado prefiriese tener a mujeres completamente sedadas y dóciles, y no a de féminas que puedan fortalecerse, sanarse y reconstruir su vida con la ayuda que los centros penitenciarios debiesen proporcionarles.

3. *Visita íntima.* El no perder contacto con su entorno familiar es un elemento clave para la reinserción de cualquier individuo privado de libertad, por lo que el poder ejercer el derecho del artículo 51 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, esto es, la visita íntima o venustario, se torna importante si pretendemos lograr la reinserción del sujeto privado de libertad. Sin embargo, si bien estas visitas son permitidas, en el caso de las mujeres se otorgan de forma mucho más esporádica que en comparación a los hombres (Antony, 2000) lo que indica una clara arbitrariedad y perjuicio en contra de las reclusas, pues se le impide mantener y fortalecer los lazos que tienen con el exterior, provocando que las mujeres se sientan abandonadas y frustradas al interior de los recintos donde deben cumplir su pena, lo que es un claro retroceso para cualquier ápice de reinserción.

Asimismo, en los recintos donde sí existen las visitas íntimas, se desarrollan en un contexto escaso de dignidad para la pareja.

Lo anterior revela la concepción de sexualidad que la sociedad actual aun admite, esto es, la sexualidad como un atributo masculino (Antony, 2000) cuestión que se verifica al encontrar escasas normas en los reglamentos sobre la ejecución de la pena que hagan mención a la sexualidad femenina, salvo las que retratan a la mujer como un ente puramente maternal y femenino, es decir, disposiciones sobre la gravidez y maternidad.

4. *Trabajo penitenciario.* El área laboral es otro de los grandes problemas que se producen por el deficiente enfoque de género y discriminación entre privados y privadas de libertad. Mientras la población masculina es adiestrada en gasfitería, electricidad, ebanistería, entre otros, las mujeres se dedican a labores domésticas que consisten en lavado, planchado, cocina, repostería, y actividades relacionadas por lo general con sus habituales tareas del hogar, lo que imposibilita que se desarrollen en otros aspectos que le puedan ser de gran ayuda para su vida post penitenciaria. Esta discriminación se vuelve más patente cuando los míseros trabajos que se les enseña son escasamente remunerados, pudiendo apenas satisfacer sus necesidades. Situación diferente se da en la población masculina, quienes reciben un ingreso más aceptable – igualmente deficiente –, obteniendo remuneración incluso cuando realizan tareas domésticas (Antony, 2000).

Reconociendo la importancia de un adecuado enfoque de género ligado a la ejecución de las sanciones penales, es que reclamamos una ineficiente política de esta índole dentro de las

cárceles, la que se manifiesta de manera evidente toda vez que existen trabajos altamente estigmatizados por el sexo de quien los desarrollará, una gran falta de probidad respecto de los Derechos Humanos de las reclusas, fundamentalmente los que se relacionan directamente con su sexualidad, una clara discriminación de “*beneficios*” intrapenitenciarios a favor de los hombres privados de libertad y en detrimento de las mujeres que comparte su condición. Además, carecen de recursos que dignifiquen la estancia de los hijos de las presas dentro de las cárceles, ni tampoco existe una adecuada atención a mujeres embarazadas o lactante, entre otras deficiencias.

Por lo tanto, es sumamente necesario instalar el tema como política pública y plantear las situaciones de vulnerabilidad que sufren las privadas de libertad. Es menester iniciar y fomentar investigaciones respecto a una forma adecuada de ejecución de la pena, basada en una política de género que considere la totalidad de las necesidades de las mujeres privadas de libertad, lo que se encuentra íntimamente ligado con una reforma al Reglamento de los establecimientos penitenciarios.

3. La sexualidad intrapenitenciaria como un medio de control y represión.

Hemos hecho hincapié en la desigualdad y discriminación que viven las reclusas dentro de los centros de ejecución de la pena en comparación a sus compañeros, siendo el desarrollo de su sexualidad el punto donde mayormente se vislumbra dicho problema. Sin embargo, pese a las diferencias que existen entre mujeres y hombre privados de libertad al momento de acceder a este derecho, es un hecho que la posibilidad de ejercerlo ha sido mal usada por gendarmería afectando a ambos sexos, entendido este no como un Derecho Fundamental del ser humano, sino como un medio de control o represión en contra de los reclusos, convirtiéndolo prácticamente en un beneficio penitenciario.

Cabe recordar que *“el interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva”*, pues así lo dispone el artículo primero de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Por lo tanto, los derechos no afectados por la condena deben respetarse y protegerse de la misma forma que a un ciudadano libre, *“pues su condición jurídica es igual a la de un ciudadano libre”*, según el artículo 2 (Área de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Chile, 2010). Por lo tanto, el derecho a la libertad sexual no se encuentra conculcado por la prisión y debe garantizarse su ejercicio de la misma forma que

se hace con el resto de la población civil. Ante dicha situación, en ningún caso es concebible que su implementación esté condicionada al buen comportamiento de los internos o a elementos de diversa índole.

En este sentido, el entender la libertad sexual como un beneficio y no como un derecho lo convierte en un premio al buen comportamiento y, a su vez, una vía para el sometimiento y control de la persona privada de libertad para que pueda optar a su concesión. Dicha práctica se vuelve totalmente contraria a lo que dicta los tratados internacionales ratificados por Chile concernientes a los derechos fundamentales no afectados por la condena, en particular a los derechos de igualdad, dignidad, intimidad, libertad sexual y el libre desarrollo de las personas.

Finalmente, podemos señalar que este poder y control que ejerce gendarmería, no solo afecta el ejercicio de la libertad sexual, sino todos los ámbitos de la vida de la mujer privada de libertad, como es el caso de sus hijos que las acompañan dentro de la cárcel, pues muchas veces se condiciona la estadía de los menores al buen comportamiento de la madre, obligándolas a mantener sumisas, sin tener la mínima consideración de la crueldad que significa la separación de los niños y sus madres.

CAPITULO II: VISITA ÍNTIMA

1. Regulación de la visita íntima

El tema que ahora nos corresponde tratar ha sido poco reflexionado por especialistas, pese a la importancia del problema y la apremiante necesidad de buscar una solución y dice relación a cómo se vive la sexualidad femenina al interior de los penales, lo que engloba la regulación de las llamadas visitas conyugales o “*venustorios*”. Para analizar este aspecto, problematizado por las insuficientes condiciones carcelarias dignas, primeramente, analizaremos la regulación jurídica de la visita íntima en el ámbito internacional, revisando su regulación en países latinoamericanos, y posteriormente realizaremos un análisis de la norma legal nacional que regula dicha situación.

Hasta hace pocos años no se había implementado este tipo de visitas para las reclusas, cuestión que encontraría una probable razón histórica dada la influencia de la administración de las Religiosas del Buen Pastor. La sexualidad, sea heterosexual u homosexual, era prohibida por ser considerada pecaminosa y reservada únicamente para hombres, siendo condenadas sus infractoras ya sea al abstencionismo sexual o a fuertes castigos disciplinarios, con el fin de controlar ampliamente la sexualidad de las mujeres reclusas.

El deber de guardar castidad o abstencionismo sexual pareciese ser una condición más fuerte que el derecho a ejercer la sexualidad de forma libre y, bajo nuestra mirada, dicha condición sigue en pie en las cárceles chilenas, sobre todo en los centros penitenciarios femeninos.

En la actualidad, es un hecho que un escaso número de países la contemplan en sus reglamentos, y en caso de hacerlo, su desarrollo es paupérrimo, pues no se observa un adecuado enfoque de género, que diferencie las necesidades de hombres y mujeres, ni los penales cuentan con una infraestructura adecuada para su implementación, lo que finalmente implica que no pueda ejercerse de forma digna, como lo merecen las y los privados de libertad.

Para encontrar asidero de lo anterior, nos basta mirar el escenario latinoamericano, constituido por países en su mayoría invadidos por la moral cristiana y caracterizados por la mala administración de sus recursos. Si enfocamos nuestra atención en México, en el Centro Femenil del Distrito Federal de México, sólo el 17% de las reclusas goza del “*privilegio*” de la visita íntima, a pesar de que el 82% de ellas son madres de familia (Antony, 2000).

Bajo las premisas que expone este Estado como requisitos para ejercer la sexualidad dentro de los recintos penitenciarios, no nos queda más que dejar en evidencia la clara vulneración del derecho a la libertad sexual, pues fija un estándar moralizador de la misma, reduciéndola únicamente a las relaciones maritales, negándole la mujer reclusa la posibilidad de vivir su propia sexualidad de la forma que ella desee, si no se encuentra afecta a un vínculo matrimonial.

La excusa o justificación sostenida por las autoridades pertinentes es que no existen recursos económicos suficientes para poder implementarla. Sin embargo, nos parece extraño que dichos recursos sí aparecen cuando se trata de reclusos varones (lo que no quiere decir que pensemos que las condiciones en que se desarrollan las visitas sean las adecuadas, pues son igualmente precarias y humillantes) Existe una gran diferencia para ambos sexos, pues cuando la visita íntima es otorgada para las mujeres, las reclusas sufren revisiones internas denigrantes, se les exige el control de la natalidad, certificado de matrimonio, entre otros antecedentes, mientras que los reclusos varones no son sometidos a esta clase de situaciones.

Todas las trabas que se esgrimen para ejercer el derecho en la mayoría de los países de América Latina- incluido Chile-, responden bajo la lógica según lo que se entiende por el concepto de “*visita íntima*”, pues se entiende como un privilegio que depende, principalmente, del buen comportamiento de las reclusas. Se considera como un premio y forma de control por parte de la administración penitenciaria, y no como un derecho, por lo que no se ve la urgencia de

garantizarlo y promoverlo, pese a estar efectivamente retratado como derecho en la legislación internacional.

La legislación hondureña no es muy disímil en este punto con la mexicana, pues sólo autoriza la visita íntima para aquellas mujeres unidas por matrimonio o que mantengan una unión de hecho estable, impidiéndose los matrimonios celebrados en el interior de las prisiones por motivos de “*rehabilitación y valoración social*”. Nos resulta injusto e inconsecuente comprobar que para los reclusos varones no hay limitaciones, permitiéndoseles la entrada de prostitutas al centro penal.

En Guatemala el panorama es incluso más desolador, pues en sus centros de detención y cumplimiento de condenas, no se permite la visita íntima a las internas (Antony, 2000) pero a los hombres sí. Incluso, como en el caso anterior, existe plena libertad para que las prostitutas puedan visitar a estos últimos.

En otros países latinoamericanos, como Ecuador, Costa Rica o Panamá, la situación no es mejor a la que ya hemos observado. Se caracterizan igualmente por la mantención del requisito de los vínculos familiares, pasando por alto la libertad sexual. Lo mismo pasa en Paraguay, donde la visita es reservada para esposos y concubinos de las mujeres que han sido declarados al momento de ingresar al establecimiento, de tal manera que quienes inicien una relación dentro del recinto no tienen este derecho.

Además, nos llama peligrosamente la atención que, si bien se permite en la mayoría de los penales de los países mencionado el ejercicio de ese derecho, de forma simultánea se limita su ejercicio, pues, por ejemplo, hay un carente servicio de cuidado de niños durante la visita, escaso tiempo autorizado, falta de privacidad, infraestructura inadecuada y requisitos institucionales que nos parecen discriminatorios. Por ende, y si bien no es prohibida, está lejos de consagrarse como un derecho para las personas privadas de libertad, puesto que no se puede garantizar en la práctica.

El panorama para nuestros vecinos directos es igual de poco alentador que en los países que ya revisamos. En Argentina, específicamente en la provincia de Santa Fe, sólo se permite la visita íntima a los internos varones, excluyendo de su ejercicio a las reclusas, salvo que se trate de cónyuges o concubinas con una relación anterior a la reclusión (Antony, 2000). Este hecho

evidencia una concepción de la sexualidad como necesidad o atributo masculino, sin considerar a la mujer interna, como merecedora del derecho de visita conyugal o íntima.

Sin embargo, en Bolivia la situación es diferente, dependiendo de la regulación de los distintos centros penitenciarios en que se hallen las internas. En el Centro de Orientación Femenino de La Paz, la visita íntima se encuentra implementada y beneficia a un pequeño número de internas (Antony, 2000). Existe un plan de anticoncepción y control de embarazos que es fundamental, porque la mujer embarazada, de acuerdo con la ley boliviana, no puede estar presa y, además, el Estado no puede hacerse cargo o responsabilizarse de estos niños.

Vemos de forma positiva el hecho de que se encuentre implementada la visita íntima y que exista un control de la concepción de las reclusas por parte del Estado, pero resulta imposible que no llame nuestra atención el hecho de que el Estado se inmiscuya en la vida sexual de las reclusas a tal punto de controlar su natalidad y prohibirles ser madre mientras cumplen su condena, sobre todo si entendemos la maternidad como un derecho de la mujer, el cual no debe ser limitado por el hecho de ser privada de libertad. Este límite que impone el Estado, va en contra de lo consagrado por los ordenamientos internacionales, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 8, y en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que analizaremos en el siguiente capítulo.

En otras cárceles del país vecino, como Cochabamba y Palmasola, no existe una visita íntima institucionalizada, pero hay permisibilidad para que las propias mujeres se organicen para utilizar los cuartos o celdas con un compañero externo. Aquellas que tienen a sus maridos en la cárcel de hombres, ubicada al lado del Centro de Mujeres, pueden visitarlos una vez por semana. Se le puede pagar a los guardias para que el compañero pueda pasar la noche con la reclusa en la misma celda donde también duermen otras mujeres con sus hijos (Antony, 2000).

Lo anterior es de igual forma objeto de crítica, por cuanto se mercantiliza el derecho a la libertad sexual, convirtiéndose en un objeto de consumo, alejándose de su concepción de derecho. Se vuelve a la noción del privilegio, esta vez no se premia el buen comportamiento, sino que el ejercicio de la sexualidad depende de la accesibilidad monetaria que posean las internas o internos. Por otro lado, no parece reprochable la falta de perspectiva de género

existente en las cárceles de los países analizados, pues, en primer lugar, ni siquiera se encuentra institucionalizada la visita íntima, no existe un código o reglamento que la contemple, su ejercicio depende únicamente de la organización de las privadas de libertad, volviéndose imposible la oportunidad de reclamar su derecho ante las autoridades pertinentes, ya que este no se encuentra establecido en ningún papel. En segundo lugar, el hecho de que las parejas de las reclusas pasen la noche en la misma celda que los hijos de otras reclusas es, en primer término, una falta gravísima por parte de la institución que debe velar por el bienestar de todos sus internos e internas, incluidos a los niños que tiene derecho a pasar sus primeros años de vida con sus progenitoras. Además, se convierte en una vulneración a los derechos de los niños, pasando por alto el interés superior del niño y el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, derechos que de por sí se ven vulnerados al encontrarse dentro de las cárceles, privados de libertad al igual que sus madres.

Una situación peculiar la encontramos en algunas cárceles de varones, donde pueden compartir con sus esposas, o pareja, e hijos, y su convivencia está regulada. La mayoría de las parejas tienen hijos, por lo que se permite que la familia entera viva en la cárcel. Estas mujeres están sometidas al mismo régimen penitenciario que los reclusos y sujetas a regulaciones dadas por sus compañeros. Las mujeres compañeras cocinan, venden alimentos o atienden pequeños mercados de abarrotes, como un medio para subsistir. Como la situación narrada es irregular a lo generalmente previsto por los ordenamientos, existe muy poca divulgación del tema por temor de que las autoridades puedan prohibir tal convivencia. De hecho, esta situación se presta para extorsiones por parte de los gendarmes hacia los reclusos, amenazándolos con desalojar a las mujeres.

Este hecho refleja la posición subalterna de la mujer hacia el marido, fiel reflejo de la realidad al exterior del centro penal, pues cumplen a cabalidad lo que rezan las normas sociales, es decir, seguir y servir al hombre. Además, se muestra la poca perspectiva de género que existe dentro de estos penales, pues coexiste hombre y mujeres, bajo reglas e infraestructura creadas por hombre y para hombre reclusos, pasando completamente por alto las necesidades psicológicas, biológicas y físicas de las reclusas e infringiendo el principio de separación por sexo. Este beneficio es sin duda para los reclusos hombres, puesto que no existen situaciones a la inversa, en donde los varones libres se internen con las reclusas para continuar la convivencia.

Por último, en Perú encontramos situaciones irregulares bajo la complicidad silenciosa y remunerada de los propios custodios, quienes permiten abiertas relaciones entre internos e internas en la cárcel de Pucallpa (Antony, 2000) Nuevamente vemos como se comercializa la libertad sexual. Lo más grave es que quienes tiene la obligación de velar por el bienestar de los internos e internas son los principales cómplices de estas malas prácticas y abusos de poder, necesitando de forma urgente una legislación que responda a la dignidad que merecen las personas privadas de libertad.

Habiendo analizado la regulación extranjera en diferentes países de Latinoamérica, corresponde revisar la normativa nacional chilena que regula las visitas. El decreto N° 518 promulgado en 1998 por el Ministerio de Justicia, estableció el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, cuyo párrafo 6° se denomina “*De las visitas*”, abarcando los artículos 49 al 57 y, en los cuales, el texto legal identifica visitas ordinarias, extraordinarias y especiales.

Respecto a las ordinarias (artículo 49) se señala que los condenados podrán recibir un máximo de 5 personas simultáneamente, a lo menos una vez por semana y por un lapso mínimo de 2 horas, reservándose la autoridad penitenciaria el derecho a identificar en un registro de visitas el nombre y el carné respectivo. En cuanto a las visitas extraordinarias (artículo 50), éstas constituyen como una excepción, debidamente justificada por el interno y autorizada por el jefe del establecimiento, y no podrán exceder los 30 minutos.

Finalmente, las visitas especiales se encuentran en el artículo 51, el cual señala que pueden ser familiares o “*íntimas*”. El texto señala 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*” (Vásquez Vargas, 2001).

Como dijimos, el artículo 51 del Reglamento, se refiere a la categoría de visitas íntimas, el cual establece: “*los alcaides podrán autorizar visitas familiares o íntimas, si las condiciones del establecimiento lo permiten, a los internos que no gocen de permisos de salida y que lo hayan solicitado previamente*”. Del artículo citado no existe una explicitación respecto a encuentros íntimos de los reclusos con sus parejas, pues el término “*venusterio*” no aparece en el cuerpo legal. Tampoco se diferencia

entre internos hombres o mujeres, entendiendo que corresponde para ambos sexos. Lo que sí señala de forma clara es que es condición indispensable contar con dependencias apropiadas para dicho efecto, cuestión que casi ningún penal en Chile cumple.

Debido a los escasos recursos destinados para la habilitación de la infraestructura, se generan dos posibles alternativas para el ejercicio del referido derecho: o se permite en paupérrimas e indignas condiciones, o simplemente se prohíbe bajo la excusa de inhabilidad de lugares para realizarse.

De la normativa mencionada, es posible extraer como requisito imprescindible para acceder a la visita íntima, la condición de cónyuge o concubino de las personas privadas de libertad, además de otros aspectos como no gozar de permisos de salida. Y, como requisitos adicionales, se añaden el tener buena o muy buena conducta, no ser portadores de enfermedades de transmisión sexual y el uso de métodos anticonceptivos.

En relación a los requisitos que impone el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios para acceder a este derecho, tenemos una serie de observaciones que hacer respecto a la condición de cónyuge o concubino: Si bien este requisito tiene como fundamento fortalecer y resguardar la relación de pareja, así como fortalecer los lazos afectivos, sexuales y familiares de las personas privadas de libertad, excluye a los solteros(as) y homosexuales (Área de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Chile, 2010) dicha problemática es profundamente discriminatoria, pues considera a este grupo como no merecedor de necesidades sexuales y afectivas. Esta situación desconoce el derecho de libertad sexual consagrado internacionalmente, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, desconociendo por completo dichos ordenamientos.

Casi la totalidad de los requisitos ponen en evidencia la influencia de la moral católica-cristiana, que considera legítimo tener contactos sexuales solo dentro del matrimonio, además de condenar a las familias conformadas por personas del mismo sexo. Esto, en cierta medida, puede ser visto como la imposición de códigos morales a todas aquellas personas privadas de libertad que deseen acceder a las visitas íntimas. Así lo ha entendido el Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer (CLADEM), en su

sistematización regional, en los países de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Lima, el año 2008.

Resulta del todo criticable relacionar las visitas íntimas únicamente con el mantenimiento de los vínculos familiares, lo mismo respecto a la utilización del concepto restrictivo de familia, pues queda un porcentaje importante excluido al cumplir con dichas características.

2. Visitas íntimas como beneficio carcelario

La regulación jurídica, en especial el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de Chile, erróneamente entiende a la visita íntima como un beneficio penitenciario y no un derecho fundamental, consagrado en diversos textos internacionales ratificados por nuestro país. Este penoso hecho ha conllevado a la vulneración de diversos derechos fundamentales en contra de las personas privadas de libertad, como libertad sexual, intimidad, igualdad y libre desarrollo.

Constituye una realidad la instrumentalización de las visitas íntimas, pues se utiliza como un mecanismo de control de las internas, es decir, como un premio a la buena conducta, ignorando que la sexualidad es un derecho vinculado no sólo al placer sino al afecto.

El ejercicio de la libre sexualidad de las internas entendido como beneficio o privilegio a la buena conducta es contrario a lo que debe entenderse por relación sexual, que es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad, la cual no se termina por ingresar a la prisión. Entendiendo únicamente su aspecto físico, sin considerar que también trasciende al ámbito psicológico, e incluye el afecto que necesita también la persona privada de libertad con su pareja.

Resulta urgente recalcar y subrayar el carácter de derecho de la visita íntima al cual deben acceder las internas, sin poner excusas o requerimientos que bordeen un ideal prácticamente imposible de cumplir. Dicho derecho de poder acceder a la visita íntima o conyugal mientras se cumple la condena es una de las manifestaciones más concretas en lo que respecta a la libertad sexual de la mujer, entendiendo, al igual que el hombre, tiene derecho a llevar una vida sexual plena, libre consciente y sana, y que dicho derecho no se pierde por el solo hecho del ingreso a un recinto penal.

Los elementos anteriormente mencionados no se configuran en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Sin embargo, ello no es completamente determinante, puesto

que al ser un reglamento debe guardar armonía y coherencia con la Constitución Política, como norma básica del Estado.

Por lo tanto, y pese a que la libertad sexual no está contenida de manera expresa en nuestra Constitución, su incuestionable conexión con el derecho a la dignidad, a la vida, a la intimidad, a la autonomía individual y al libre desarrollo, lo configuran como un derecho fundamental indiscutible entendiendo por ello “*un atributo, una facultad, un poder jurídico de hacer u omitir algo o de exigir a los demás una determinada conducta*” (Polo, 1984). Pese a esto, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en Chile, norma inferior a la ley y a la Constitución, ha regulado la visita íntima como un beneficio o premio penitenciario, contradiciendo de esta manera al texto constitucional, por lo que, bajo nuestra óptica, debe ser modificado, ya que no guarda armonía con la Carta Fundamental y además, sigue perpetuando una visión degradante, moralista, disciplinadora y discriminadora contra la mujer.

En este punto, la configuración de la visita como beneficio por parte de las autoridades penitenciarias, debe ser relacionada desde el punto de vista del poder, en una relación vertical propia en los contextos de encierro. En este sentido y para entenderlo de forma más completa, es conveniente abordar brevemente la crítica que realiza Michel Foucault a la teoría del poder. Según el filósofo, “*meter a alguien en prisión, encerrarlo, privarlo de comida, de calefacción, impedirle salir, hacer el amor..., etc., ahí está la manifestación del poder más delirante que se pueda imaginar*” (Foucault, 1999).

El ejercicio de la visita íntima en las prisiones sería una cuestión de poder, “*una relación de fuerzas, de lucha, de resistencia, de represión, expresada en normas, discursos y prácticas*” (Foucault, 1999). El objetivo del poder no suele ser siempre reprimir, sino obtener diversos resultados, y, en el presente caso, sometimiento y obediencia ante la autoridad carcelaria. Este argumento tiene pleno sentido frente a la exigencia de tener “*buena conducta*” para acceder a la visita íntima.

En armonía a lo expuesto y bajo la óptica de lo que nos compete analizar, una vez conseguido el sometimiento de quienes se hallan privados de libertad, se les impondrá, por parte de quienes los gobiernan, una determinada forma de ver y entender su propia sexualidad, pasando por alto los fines que la reclusa o recluso conciben para sí mismos, entendiéndose en su mayoría fines relacionados con el placer, afecto y autodescubrimiento (Área de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Chile, 2010) Se impondrá lo que para quienes se encargan

del tratamiento penitenciario es correcto, como por ejemplo la mantención del vínculo familiar o planificación familiar, tal como se encuentran expresados en las normas penitenciarias. Esta situación nos lleva nuevamente a reconocer el efecto imperante de la moral cristiana y la sumisión de la mujer en los centros penales, impactando con más fuerza en la mujer y su cumplimiento de la sanción penal impuesta, imponiéndoles condiciones más gravosas para optar a su derecho.

Con el fin de detallar cuáles son los derechos vulnerados en contra de las internas por la regulación jurídica imperante, se considerarán de forma separada los que para nosotras son los más importantes:

1. *Derecho a la Igualdad*. Nuestra carta fundamental retrata en varios de sus artículos el principio de la igualdad. En primer lugar, el artículo primero de nuestra Constitución señala de forma clara que *“las personas nacen libre e iguales en dignidad y derecho”*. Por lo tanto, las personas que se hallan privadas de libertad son sujetos que se encuentran bajo el amparo de nuestro derecho y, en consecuencia, merecen igual reconocimiento de sus derechos que los demás individuos de la sociedad, sobre todo en lo que se refiera a la dignidad. Dicho punto se contrapone con el trato que reciben las internas e internos dentro de los penales roza lo indigno.

El artículo 19 N°2 también hace referencia a la igualdad, esta vez a la igualdad ante la ley. Lo que nos interesa de este articulado es que señala de forma textual que *“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*. Por lo tanto, cabe preguntarse cómo el Reglamento Penitenciario, que tiene un rango inferior al de ley, puede realizar diferencias arbitrarias al entender el derecho a visitas íntimas como un privilegio que poseen las internas con buen comportamiento. Este punto en particular lo pasaremos a exponer de forma más minuciosa en los párrafos siguientes.

En concordancia con lo anterior, debemos hacer referencia al Derecho Internacional, que ha sido ávido defensor de los derechos de los reclusos. Es así como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos adoptada por las Naciones Unidas han establecido, en su artículo 60, que *“el régimen del establecimiento debe de tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre”*.

En ese mismo sentido el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios chileno establece, en su artículo 1, que *“el interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones*

que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva”; y en su artículo 2 “el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”.

Estas dos últimas normas citadas nos hacen total sentido con el artículo primero de nuestra Constitución, pues los tres cuerpos legislativos buscan proteger la igualdad de las personas, indicando que se debe intentar reducir a su mínima expresión las diferencias entre las personas privadas de libertad y las libres, y, por consiguiente, el ser humano privado de libertad gozará de los mismos derechos de quien se encuentre libre, por lo que su condición jurídica es igual a la de los demás ciudadanos.

El gran derecho afectado por la condena es la libertad de tránsito o desplazamiento, no el derecho a la libertad sexual, es por eso que no encontramos causa razonable que justifique que en Chile la visita íntima no se aplique de forma amplia y adecuada a quienes la soliciten, siendo esto ilegal, arbitrario e inconstitucional, lo que nos convence de su utilización como medio de control y sometimiento de gendarmería sobre los internos.

Al establecer requisitos discriminatorios para hombre y para mujeres, el derecho a la igualdad se ve conculcado toda vez que las privadas de libertad tienen muchas más trabas para acceder al beneficio de visita íntima en comparación a sus compañeros varones (Área de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Chile, 2010) Cabe señalar que el derecho a la igualdad está ligado al ejercicio de otros derechos, por lo tanto, su vulneración acarrea la vulneración de otros, como son la libertad sexual y la intimidad (Equiguren Praeli, 2002)

2. *Libertad sexual.* Diversos estudios han concluido que el ejercicio libre de la sexualidad brinda satisfacción, alivia tensiones y, por ende, mejora la calidad de vida de las personas. En conclusión, tener relaciones afectivas y sexuales produce una mayor satisfacción emocional y sexual que no tenerlas (Carcedo Gonzáles, López Sanchez, & Orgaz Baz, 2016) Este resultado positivo en la vida de las personas se vuelve más significativo en aquellos que se encuentran privados de libertad, sobre todo si nos detenemos a ver la calidad de vida que llevan dentro de los penales. Por lo tanto, el ejercicio de la libertad sexual para los internos en centros penitenciarios se convierte en un derecho que cobra mayor significancia, pues, de cierta forma, alivia el estrés, la infelicidad y las condiciones de vida que implica la condena.

Sin embargo, pese a los buenos resultados que trae para las internas el ejercicio libre de su sexualidad, este derecho no se encuentra exento de vulneraciones por parte de gendarmería. Esta vulneración se manifiesta sobre todo cuando se exigen requisitos para el goce y ejercicio del derecho.

Por ejemplo, la exigencia de utilización de anticonceptivos al momento de desarrollarse la visita íntima es del todo reprochable, pues no solo vulnera el derecho de libertad sexual, sino que además interfiere con el libre desarrollo de las reclusas, ya que un ente externo se toma prerrogativas que no posee, que implican decidir sobre la planificación familiar o maternidad de otras personas. En el mismo sentido, los programas de planificación familiar que se desarrollan en las cárceles pasan de ser recomendaciones dirigidas a las reclusas a obligaciones o requisitos que les permiten acceder a este beneficio. La intromisión de estos agentes externos sobre la maternidad de las privadas de libertad atenta gravemente contra el derecho a la maternidad, por cuanto se prohíbe a la mujer concebir hijos en razón de que no existen recursos para mantenerlos dente de las cárceles, pero este argumento es débil si lo comparamos con el bien jurídico que protege el derecho aludido. Además, en ningún caso ha sido afectado por condena ni por las leyes penales el derecho de la maternidad; por tanto, es deber de la administración penitenciaria el brindar las condiciones necesarias para su ejercicio y protección.

Por otro lado, el suministro obligatorio de anticonceptivos implica, para las reclusas, la necesidad de introducir químicos a sus cuerpos, que poseen una serie de consecuencias dañinas sobre ellos, para poder ejercer un derecho que le pertenece por el solo hecho de ser un ser humano.

En el fondo, lo que se implementa al prohibir o condicionar el desarrollo libre de la sexualidad de las reclusas es imponer un castigo extra – abstención sexual forzada – a la pena que están cumpliendo, lo que a todas luces es un trato injusto y denigrante.

3. *Derecho a la Intimidad.* El derecho a la intimidad es vulnerado toda vez que el Reglamento Penitenciario exige, para desarrollar la visita íntima, requisitos que se inmiscuyen en la vida privada de las reclusas, como son individualizar la persona con quien tendrá la visita o la exigencia de un vínculo conyugal. Bajo estas consideraciones, la visita deja de ser privada, pues

existe una intromisión que carece de justificación y racionalidad en la vida amorosa y sexual de la persona condenada.

Hay que tener claro que la visita íntima no siempre significa una visita de índole sexual, sino que es un concepto más extenso, pues comprende también el ámbito psicológico, traducido en el contacto afectivo que la reclusa tiene con su pareja. Corresponde a la persona privada de libertad y a su pareja decidir lo que harán en la visita íntima y no a la administración penitenciaria.

4. *Libre desarrollo.* El derecho al libre desarrollo, según el jurista peruano Marcial Rubio Correa, “consiste en la posibilidad que debe tener cada ser humano, de desarrollar las potencialidades físicas, psíquicas y espirituales que tiene dentro de sí y que, en conjunto, son irrepetibles en otro ser humano. En otras palabras, el libre desarrollo de la persona no es sino lo que en términos de antropología filosófica se llama su realización como ser humano” (Correa, 1999).

La vulneración de este derecho se ocasiona cuando la administración penitenciaria exige a las mujeres privadas de libertad el uso de un método anticonceptivo, esto con la finalidad de evitar embarazos, así éstos sean deseados. Se observa, además, que la recomendación de “*planificación familiar*” en reglamentos penitenciarios, en la *praxis* se convierte en una norma obligatoria que deberán cumplir todas las mujeres privadas de libertad que accedan a las visitas íntimas. Esta práctica ilegítima vulnera, también, otros derechos fundamentales: la protección de la maternidad, de la autonomía individual, del consentimiento informado, y de la integridad corporal y psíquica (Área de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Chile, 2010)

Constituye una práctica frecuente el control del cuerpo de las mujeres privadas de libertad, y en especial su derecho a la maternidad, cuestión que no dista mucho de la realidad de las mujeres no reclusas. Se observa también un razonamiento erróneo por parte de la autoridad penitenciaria, en relación con que si se conceden visitas íntimas a todas las mujeres privadas de libertad habrá más embarazos; en consecuencia, habrá más niños en los establecimientos penitenciarios, que no dispone de recursos para mantenerlos. Este razonamiento carece de fundamentos jurídicos y éticos, porque si una mujer privada de libertad decide concebir un hijo, lo que está haciendo es ejercer su derecho a la maternidad, que, valga la aclaración, no ha sido afectado por la sentencia condenatoria ni por las leyes penales; por tanto, es deber de la administración penitenciaria el brindar las condiciones necesarias para su ejercicio.

5. *Derecho a la salud reproductiva*. De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, se entiende por “*salud reproductiva*” el hecho de que todas las personas puedan tener una vida sexual segura y satisfactoria, la capacidad de tener hijos y la libertad de decidir si quieren tenerlos, cuándo y con qué frecuencia; a estar informados y tener acceso a métodos de regulación de la fertilidad seguros, eficaces y asequibles así como a disponer de servicios accesibles de planificación familiar y salud pública que permitan la adecuada asistencia profesional a la mujer embarazada y permitan que el parto se produzca de forma segura y garantice el nacimiento de hijos sanos (Organización Mundial de la Salud, 2011).

Como parte de ese derecho a la salud reproductiva, se encuentra el acceso real y efectivo de las personas a los diferentes métodos anticonceptivos que se encuentran avalados, como las píldoras anticonceptivas, el dispositivo intrauterino (DIU), las inyecciones, el diafragma, el preservativo, los espermicidas, entre otros. Por medio de estos métodos, se pretende por un lado detener la propagación de enfermedades de transmisión sexual, y por el otro a garantizar el derecho de decidir con absoluta libertad si desea traer niños a este mundo (Valverde Delgado, 2014). Dicho acceso no está regulado en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dejándose en la discreción de las autoridades el permiso de métodos anticonceptivos.

De acuerdo a Facio (2009) los derechos reproductivos son un conjunto de derechos relativos a las decisiones sobre la vida reproductiva de las personas de manera libre e informada, que les permite ejercer el control voluntario y autónomo de la fertilidad, libre de discriminación, coerción o violencia y que implica el derecho a disfrutar de los niveles más altos de salud sexual y reproductiva.

En la Conferencia Mundial de Población y Desarrollo, llevada a cabo en El Cairo en el año 1994, así como en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995, definen la salud reproductiva de la siguiente forma: “*La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos. Ello lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación de la familia, así como a otros métodos de su elección para la regulación de su fecundidad, que no estén legalmente prohibidos, y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los*

partos sin riesgos. La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales” (Organización Mundial de la Salud, 2003).

Cabe concluir que el derecho a la salud reproductiva en muchas ocasiones no se encuentra al alcance de las mujeres, sea por ignorancia acerca de la sexualidad, sea por la ejecución de comportamientos sexuales de alto riesgo, y hasta por conductas discriminatorias, sobre todo tratándose de mujeres privadas de libertad quienes tienen un limitado poder de decisión respecto de su vida sexual, reproductiva y materna, puesto que el Reglamento penitenciario hace caso omiso de resguardar este derecho para las mujeres reclusas en las diversas formas que hemos analizado.

3. Diferencias de exigencias entre cárceles de hombres y de mujeres

Otro punto que nos convoca analizar es acerca de la diferencia y discriminación que se hace en cuanto a género dentro de los recintos penitenciarios. Para entender esta problemática es pertinente referirnos brevemente a cómo se vive la sexualidad en el interior de los recintos masculinos y femeninos.

De forma previa, debemos tener claro que el hecho de que un individuo se encuentre sometido a un aislamiento forzoso de la sociedad, como es el cumplimiento de una condena, implica un trastorno en su entorno social, que se materializa a través de la pérdida de relaciones con el exterior – especialmente con su familia –, la constante sensación de peligro que vive dentro de la cárcel y la privación de intimidad de pareja, desencadenando un desequilibrio emocional, psicológico y físico, acrecentado secuelas que van más allá de la propia pena, como son la autoimagen de marginación y rechazo por parte de la sociedad.

Dicho trastorno ha intentado ser resuelto por los mismos internos, en un intento de autoconservación de su propio ser, utilizando, por ejemplo, la sexualidad como vía de escape, que, como ya dijimos, causa un estado de bienestar en el ser humano.

Sin embargo, el disfrute de la sexualidad no ha sido igual para ambos sexos, pues las reclusas siempre han estado en desmedro ante la mayor facilidad que tienen sus compañeros varones a la hora de ejercer su sexualidad de forma más libre y sin imperativos morales. Es así como dentro de los penales masculinos los propios gendarmes facilitan los encuentros sexuales de los reclusos, mientras que, por la otra vereda, a las mujeres se les coarta ampliamente el ejercicio

de su sexualidad, imponiéndose un sinfín de trabas que conculcan su derecho. Por ejemplo, dentro de las cárceles masculinas existen los denominados *camaros*, que consisten en carpas informales montadas por los mismos internos durante la visita íntima. Estas circunstancias, en vez de controlarse de forma adecuada, son toleradas por los propios gendarmes.

Incluso, siendo sumamente precisas, es posible sostener que los gendarmes están actuando en contra de su propio reglamento, toda vez que esté en el artículo 51 del mismo subordina el desarrollo de la visita íntima a las condiciones del establecimiento, y, claramente la implementación de *camaros* revela la carencia de esas condiciones.

Continuando con la idea anterior, si bien es cierto que la población penal femenina es mucho menor a la masculina – sólo un 8% de la población penal son mujeres (Cárdenas, 2011) – no quiere decir que las reclusas no tengan derecho o tengan un menor derecho al disfrute de su sexualidad dentro de los muros.

Es tan natural la sexualidad que aun con todos los impedimentos que existen para ejercerlas en las cárceles, las mujeres reclusas han sabido desarrollarla, generando dentro de las cárceles el fenómeno de la *homosexualidad situacional* – fenómeno que también se da en cárceles de varones, pero en menor medida, debido en gran parte a que son menores las trabas existentes a la hora de efectuarse las visitas íntimas –. De este modo, reclusas heterosexuales desarrollan conductas homosexuales, llegando incluso a reproducirse una dinámica familiar que intenta suplir las carencias afectivas, emocionales y sexuales que padecen, realizándose matrimonios que incluyen ritos con pactos de sangre, lo que es un factor de riesgo a la hora de prever las enfermedades de transmisión sexual. Es tanto el desequilibrio que existe que se han llegado a detectar dinámicas de violencia intrafamiliar, donde las mujeres que asumen el rol de hombre golpean o maltratan a sus parejas (Vásquez Vargas, 2001).

Un estudio desarrollado por la doctora Doris Cooper sobre la delincuencia femenina en Chile señala como resultado que la falta de venusteros en las cárceles de mujeres potencia el lesbianismo situacional y compara esta realidad con los penales masculinos. Al respecto, la autora precisa “*Es un hecho que, al interior de las cárceles para varones, la práctica de la homosexualidad situacional ha disminuido notoriamente, desde que Gendarmería de Chile ha permitido el uso de ‘carpas’ al interior de las unidades penales. De esta forma los ‘caballos’ o jóvenes que deben cumplir el rol sexual de*

mujeres al interior de las unidades penales ha decrecido en forma drástica en los últimos años.” (Cooper, 2000)

El mismo estudio señala que el lesbianismo situacional cesaría en gran cantidad si se realizaran visitas íntimas o venusterios de forma digna, en donde la reclusa pudiera tener la intimidad que corresponde con su pareja.

Analizadas brevemente las vivencias de sexualidad de hombres y mujeres privadas de libertad, es propicio y demandante evidenciar la discriminación existente por motivo de sexo en las exigencias e implementación de la visita íntima.

En los países latinoamericanos, en cuyos regímenes se encuentra institucionalizada la visita íntima, es decir, existe una política que la ampara y recursos materiales mínimos que permiten su funcionamiento sigue habiendo una amplia discriminación de las mujeres reclusas frente a los hombres que comparten su misma condición. En primer lugar, como ya hemos señalado, las reclusas se encuentran obligadas a acreditar su condición de casadas o a justificar relaciones de mínimo dos años de convivencia. En cambio, en los penales masculinos estas reglas son mucho más blandas, permitiéndose incluso la entrada de prostitutas, lo que ha permitido la formación de redes de prostitución dentro de los penales de varones, pues se permite el ingreso de jóvenes que se dedican al comercio sexual al momento en que se va a efectuar la visita íntima, dando paso al contagio de enfermedades de transmisión sexual (Escaff, 1995). Lo anterior resulta algo irónico, pues una de las más grandes trabas que se antepone en las cárceles de mujeres a la hora de ejercer su derecho a la visita íntima es que éstas ni su pareja se encuentren contagiados por alguna enfermedad de este tipo.

La razón más típica de por qué no existen venusterios para las internas es de índole cultural y tradicional, porque los reglamentos e instalaciones están hechos por hombre y para hombres privados de libertad (Antony, 2000) porque no se considera ni se ha implementado una perspectiva de género adecuada dentro de las cárceles, una que contemple todas las necesidades de las reclusas, tanto físicas como psicológicas. En síntesis, nunca se ha planteado la demanda de este derecho por parte de las internas porque en muchos casos no saben que les pertenece⁴, porque – aunque del todo válido – privilegian su maternidad por sobre su

⁴ Ver Anexo ubicado al final del cuerpo de este trabajo. Allí se muestra cómo la mayoría de las mujeres que sirvieron de muestra revelan no conocer sus derechos sexuales y reproductivos. Esto denota la falta de diligencia de gendarmería con las reclusas, pues este organismo es el encargado de velar porque las internas reciban la

sexualidad, ya que muchas viven con sus hijos lactantes dentro de las cárceles y no tienen parejas estables.

Dicha visión de priorizar los recursos a favor de la maternidad por sobre la sexualidad, no debería ni siquiera existir, puesto que ambos son derechos fundamentales para las reclusas, la sola posibilidad de tener que escoger entre ambos derechos, significa que el Estado no está cumpliendo su obligación de garantizar y proteger derechos a las mujeres privadas de libertad, puesto que no destina recursos para adecuar la infraestructura, lo que repercute en la práctica en la jerarquización de derechos, lo que es inconcebible acorde a la Constitución Política. Considerando, además, que ambos aspectos de la libertad sexual están más unidos que lo que a simple vista parece.

Podemos evidenciar una situación de discriminación latente en los penales a través del caso del Centro Penitenciario Femenino de Valparaíso que, en el mes de octubre del 2009, tenía una población de 242 mujeres de las cuales sólo 32 accedían a las visitas íntimas (Área de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Chile, 2010).

Para finalizar este tópico debemos señalar que, si bien las normas establecidas en el Reglamento Penitenciario establecen requisitos que no distinguen género, estas exigencias se siguen al pie de la letra solo en el caso de las reclusas, siendo, por el contrario, mucho más blandas en el caso de los varones privados de libertad, con quienes los gendarmes hacen vista gorda a la hora de flexibilizar los requisitos exigidos en el reglamento. La doctrina se ha inclinado en llamar a este fenómeno como *discriminación por el resultado*, pues si bien nos encontramos ante una norma aparentemente neutra, en realidad ella genera consecuencias distintas para los grupos del supuesto de hecho de la norma (Ramírez Huaroto, 2008).

Aunque no nos convoca de forma directa, es necesario no dejar pasar el hecho que dentro de las cárceles no solo existe discriminación por sexos, sino que también en lo que respecta a la orientación sexual de las reclusas y reclusos. Si bien no existe norma que prohíba de forma expresa las visitas íntimas de parejas del mismo sexo, los trámites que se hacen a la hora de aprobarlas por parte de gendarmería son notoriamente más largos y tediosos. Además, en el caso de las privadas de libertad, donde a veces se les requiere que comprueben la existencia de vínculo familiar, y donde sabemos que la obtención de permisos es más compleja, la

correcta y suficiente información sobre sus derechos y acerca de lo que sucede en el exterior, por ejemplo, respecto a las recientes leyes que entraron en vigencia (ley de aborto en tres causales y de identidad de género).

materialización de visitas íntimas del mismo sexo se vuelve casi imposible, pues, lamentablemente, se suele pensar que las familias únicamente están conformadas por un hombre y una mujer producto de la influencia de la moral cristiana a la que ya nos hemos referido.

CAPÍTULO III: MATERNIDAD ENTRE REJAS

1. Mujeres embarazadas, con hijos lactantes o menores dentro de las cárceles

El derecho a la maternidad, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española es “*el estado o cualidad de madre*” (Real Academia Española, 2018), el cual se constituye de muchas

aristas que deben de analizarse no solo desde el aspecto biológico, social y cultural, sino que emocional y psicológicamente, lo cual debe considerarse con especial atención tratándose de un derecho que puede ser ejercido por la mujer encontrándose encarcelada.

Este derecho, nace o se adquiere a partir del momento en que la mujer concibe y, concomitante, da a luz a un niño o niña. De igual forma, con ocasión de dicho nacimiento, surge el derecho fundamental del niño o la niña a conocer la identidad de sus padres y, consecuentemente, a convivir con éstos últimos (Valverde Delgado, 2014). Desde esa perspectiva, la Constitución prodiga una protección especial tanto a las madres como a los hijos, reconociendo que la tutela de la maternidad beneficia, fundamentalmente, al conglomerado social, puesto que se entiende a la familia como núcleo fundamental de la sociedad –así lo estipula el artículo 1 de la Constitución Política Chilena- por lo que las condiciones en las que sean colocados la mujer y el recién nacido, deben garantizar sus derechos fundamentales.

Como puede observarse, no solo se conceptualiza el derecho a la maternidad como aquel derecho de la mujer, el cual se le debe garantizar, proteger, sino que también, desde el consiguiente derecho que adquiere el menor de edad a quien se le debe una tutela especial, por cuanto merece apropiadas condiciones para su desarrollo y desenvolvimiento en la familia y sociedad, este es el principal motivo por el que el menor es un sujeto de especial protección. Por lo tanto, se puede indicar que el derecho a la maternidad implica toda una serie de acciones realizadas a favor de la mujer desde la época de gestación, nacimiento de la persona menor de edad, sus cuidados posteriores, atención y auxilio del recién nacido, o, en otras palabras, se trata de un derecho que cobija desde la concepción, el embarazo, el parto, la crianza y el desarrollo del niño o la niña (Valverde Delgado, 2014). Todas estas etapas deben ser objeto de especial atención y resguardada por el Estado, como un garante para proteger los derechos del menor.

De manera específica, se ha indicado por organismos internacionales – lo que analizaremos más adelante al revisar la regulación – que el ejercicio del derecho a la maternidad por las mujeres privadas de libertad, es un derecho que bajo ningún pretexto puede serle suprimido (Valverde Delgado, 2014), puesto que se trata de un derecho que no se pierde por una condena

privativa de libertad, por el contrario, se trata del derecho a ejercer y vivir plenamente su maternidad, en condiciones aptas y adecuadas. Teniendo en consideración, que debe ser ejercido de acuerdo con los lineamientos establecidos en el recinto carcelario en el cual se encuentra, y en el entendido que incluye el vínculo de un menor de edad con su madre, esencial, tanto para su desarrollo físico como emocional.

Dicho esto, conviene ahora, examinar si efectivamente el derecho a la maternidad y a la salud reproductiva se garantizan y respetan dentro de la prisión en nuestro país, si se cumple adecuadamente por el Estado, con la obligación de velar por el respeto de los derechos de la población penitenciaria femenina, en el aspecto relativo al desarrollo de su maternidad.

Para ello, corresponde analizar la situación delictual de las mujeres en Chile, respecto de lo cual, se ha observado que el porcentaje de reclusas condenadas en recintos penitenciarios ha presentado un incipiente aumento en las últimas décadas, correspondiendo a un 12% en contraste con el 88% de hombres sancionados penalmente (Gendarmería de Chile, s.f.). Sin embargo, dicho aumento de la población penal femenina no va en concordancia con la atención de sus demandas, puesto que muchas veces las demandas de las mujeres detenidas y reclusas no son vistas como prioritarias y tienden a postergarse de manera indefinida, dejándolas en segundo plano.

El encarcelamiento tiene en la mujer un impacto diferente al que pudiera tener en un hombre, como lo habíamos señalado anteriormente. Es evidente que existen una serie de factores de género, que vienen a afectar de un modo particular a las mujeres. Entre otras cosas, se encuentran particularmente expuestas a sufrir abusos dentro de las cárceles presentan, diferentes necesidades médicas respecto de los hombres, incluyendo las relacionadas con su salud sexual y reproductiva (QUNO, 2008). Estando condenadas a sufrir el castigo moral que la sociedad impone sobre ellas, y su consecuente doble estigmatización por no cumplir el rol de mujer que la sociedad le ha impuesto a lo largo el tiempo, dicho estigma persigue a la mujer caracterizándola como un binomio mujer-madre, donde primeramente, no puede entenderse que la mujer tenga un proyecto de vida que no incluya hijos, puesto que se entiende prácticamente como una obligación biológica y propósito de la mujer en el mundo. Sin embargo, posteriormente, si la mujer decide tener hijos, y por diferentes circunstancias es reclusa, el estigma social que cae sobre ella es mucho más potente que para el hombre recluso,

puesto que se la juzga socialmente, independiente de las circunstancias, como una “*mala madre*”, lo cual tiene consecuencias negativas más gravosas, en comparación en primer lugar, al hombre condenado, y en segundo lugar, a la mujer reclusa que no tiene hijos.

El significado que tiene para una mujer encontrarse en un contexto privativo de libertad genera que no solo vivan y perciban el encierro de manera diferente, sino también que las consecuencias de ello y el grado de afectación, tanto personal como familiar, sean de igual manera distintos.

Aun cuando para ambos sexos la prisión tiene como consecuencia, además del castigo, el desarraigo y la separación de su mundo familiar, para las mujeres es mucho mayor, pues su afectación se ve reflejada en que en la mayoría de los casos son abandonadas por sus parientes en la cárcel, sin tener certeza acerca de las condiciones en que están viviendo sus hijos o incluso bajo el cuidado de quien quedan, lo que facilita una desvinculación afectiva. Lo anterior constituyen circunstancias que hacen aún más penosa la situación de las mujeres, por su rol de madres y, en su mayoría, únicas responsables del hogar (Pavez, Mena, & Lobos, 2009).

Dichas consecuencias gravosas generalmente no son asumidas por los hombres privados de libertad, puesto que, cuando un hombre es recluso, la responsabilidad de sus hijos es asumida directamente por la madre, en tanto que, cuando es la mujer la que ingresa a un recinto penitenciario, los hijos frecuentemente no quedan bajo el cuidado del padre, sino que suelen distribuirse entre los familiares, en su mayoría mujeres, ya sea una abuela, tía, prima o bien hermana mayor (Ministerio de justicia, SERMAN y UNICRIM, 2008) Ello provoca que las familias se desintegren e inicien una forma de vida distinta al núcleo en que anteriormente estaban bajo el cuidado de su madre, lo que no siempre favorece al desarrollo integral de los hijos.

Por el contrario, en el caso de las mujeres privadas de libertad, generalmente se produce una separación de su núcleo familiar, lo cual demuestra la mayor afectación que deben sufrir las mujeres que son reclusas. Sus hijos no pasan directamente a estar bajo el cuidado del padre, sino que son dejados generalmente al cuidado de terceros o llevados a instituciones, facilitando una posible desvinculación afectiva (Pavez, Mena, & Lobos, 2009) cuestión altamente tortuosa para las madres privadas de libertad, que se ven impedidas y atadas de

buscar una solución para el desarrollo de sus hijos, sin ninguna medida para facilitar su egreso del centro penal, y poder colaborar para el desarrollo de su hijo o hija.

Es así que, basándose en un total de 230 casos analizados por el estudio realizado por el Ministerio de Justicia, SERNAM y UNICRIM (de Gendarmería de Chile) en 1997, respecto a la consulta formulada a mujeres reclusas que declararon tener hijos dependientes de ellas al ser detenidas (“¿quién cuida de sus hijos durante su reclusión?”) se obtuvo que, en el mayor porcentaje, el 40% de los casos, es la abuela materna quien cuida de los niños; en segundo lugar (21,7% de los casos) está el padre al cuidado de los niños; en tanto que la abuela paterna cuida a los niños solo en el 13% de los casos; 4,8% de los casos son otros familiares quienes cuidan de los niños; en el 7,4% es una institución encargada del cuidado de los niños. El mismo porcentaje corresponde a los casos en que es una amiga quien cuida a los niños; en un 3,9% de los casos es la misma reclusa quien cuida a sus hijos y otras personas no señaladas anteriormente ascienden a un 2,6% de los casos (2008). Estas cifras reflejan que la consideración acerca de quien ejerce el cuidado personal de los hijos de las madres condenadas no es un tema menor, ya que pareciera ser que estos quedan entregados simplemente a la voluntad de quien los quiera cuidar, no existiendo un respaldo por parte de una institución del Estado, que se preocupe de manera constante y diligente del desarrollo y crecimiento de los hijos de madres privadas de libertad.

Analizando este estudio podemos concluir, que, además, de la situación más gravosa que debe sufrir la mujer reclusa por no tener claro quien se encargara del cuidado de sus hijos, también genera serios efectos para los menores, puesto que pueden ser institucionalizados, en un porcentaje más elevado que en otros escenarios. La situación que sea una institución la que tiene a cargo el cuidado de los hijos, se entiende que es uno de los últimos recursos que agota la madre para dejar el cuidado de sus hijos. Además, ello genera para el niño un grado importante de desintegración familiar, puesto que no podrán estar bajo el cuidado de sus padres o de otros familiares que le puedan asegurar un desarrollo y seguridad de forma íntegra, y que generalmente estarán más preocupados de forma más directa por el desarrollo de su hijo, sobrino o nieto.

La problemática analizada en los citados porcentajes, no son abordados de ninguna forma por ningún tipo de ley u ordenamiento, lo que genera un nivel de desprotección gravísimo para los menores y su futuro más próximo, además, de dejar un nivel de incertidumbre gravísimo para

la madre que queda tras las rejas y que no sabe con certeza bajo quien quedara el cuidado de su hijo, puesto que depende únicamente de la voluntad de la persona que se ofrecerá para hacerse cargo de su desarrollo, generando para la madre condenada los momentos más tortuosos a los que se debe ver enfrentada en su estancia en el penal.

Respecto a esta problemática, es necesario tener en consideración, de acuerdo a los operadores del derecho, el ingreso de una persona a un recinto carcelario establece la sujeción a un *status especial* (Valverde Delgado, 2014) en el que las personas van a vivir una radical limitación al derecho a la libertad. Sin embargo, los demás derechos que como ser humano ostentan, van a disfrutarlos al menos teóricamente en menor medida o de manera limitada. Dicha teoría guarda relación con el artículo 2 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, del cual se puede extraer que únicamente se ve afectado el derecho a la libertad personal cuando la persona es reclusa.

En este orden de ideas, a las personas privadas de libertad se les debe respetar, entre otros (los cuales no se ven afectados por ser condenados a una pena privativa de libertad) los derechos de recibir un trato digno, a la no discriminación, a la igualdad, a la salud, al trabajo, a la educación, al esparcimiento físico y cultural, a visitas de amigos y familiares, a la sexualidad, a la seguridad, a la alimentación, al vestido, a la información, al debido proceso, a la libertad de religión, conciencia y religión, a la libertad de expresión, y específicamente para el caso de las mujeres privadas de libertad el “*derecho a la maternidad*” y salud reproductiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, se establece que la pena privativa de libertad, tal como lo establece el artículo 2 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios⁵, no puede afectar otros derechos que no sean los directamente relacionados a la libertad personal, como bien lo hemos mencionado anteriormente. No obstante, es importante explicitar un alcance, puesto que el mencionado reglamento, limita otros derechos a través de sus disposiciones, ya sea con el fin de mantener el orden dentro del establecimiento, como así también la seguridad. Además, también existen limitaciones fácticas de otros derechos, lo que ya no tiene que ver directamente con lo establecido por alguna sentencia o norma en particular, sino que como una consecuencia directa de la privación de libertad (Valverde Delgado, 2014).

⁵ En su artículo 2, señala que “*Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres*”.

En este sentido, el derecho a vivir en familia indudablemente se ve limitado cuando una persona es privada de libertad, puesto que uno de sus miembros no puede sostener una relación directa con sus familiares. Lo cual, podría ser compensado por otros medios, como el caso de las visitas, como una forma de mantener el vínculo familiar, lo cual podría pensarse como una solución, para que la separación de una madre con su hijo o hija por motivo de una condena privativa de libertad no sea tan tortuosa y angustiante, y para que puedan mantener un vínculo afectivo.

Sin embargo, las visitas como las contempla el Reglamento son insuficientes para poder mantener un vínculo familiar pleno, y ello se puede observar claramente en el cuestionario realizado para la presente investigación, en el cual la totalidad de las mujeres recluidas en el Centro Penitenciario Femenino de San Miguel entrevistadas señalaron que las visitas no son suficientes para saber cómo están sus hijos y mantener un vínculo cercano⁶. Ello supone directamente un perjuicio del derecho al cuidado personal de los hijos, lo cual analizaremos más adelante. Por ello, cabe preguntarse, en primer lugar, si efectivamente se reconoce el derecho al cuidado personal que tienen las madres privadas de libertad respecto de sus hijos, y, en segundo lugar, como efectivamente se ejerce.

Por último, relacionado con el punto anterior, si bien, el derecho a vivir en familia se ve coartado por razones obvias, los derechos de maternidad y salud reproductiva de las privadas de libertad, no solo deberían de mantenerse intactos, sino que por su particular vulnerabilidad en prisión deben ser objeto de especial tutela. De ahí que la administración penitenciaria necesariamente está obligada a promover los medios para garantizarlos.

Respecto de estos derechos, es menester señalar que su protección -derechos maternidad y la salud reproductiva-, no siempre han tenido la relevancia que han alcanzado al día de hoy, sino que han sido parte de un proceso que ha implicado cambio de creencias y paradigmas tanto sociales como culturales y que han influido en las diferentes políticas de los Estados, en especial las referentes a las recientes políticas de género. En ese sentido, el papel del Estado es determinante ya que, del análisis de la situación actual, se puede observar que tanto el derecho a la maternidad como la salud reproductiva son tratados como mucho recelo, no obstante, esa protección no se encuentra satisfechos al cien por ciento, siendo indispensable y urgente un

⁶ Ver página 1 del Anexo ubicado al final del cuerpo de este trabajo.

mayor compromiso por parte de la administración penitenciaria, especialmente en materia de infraestructura.

2. Regulación y protección del derecho de maternidad

En el presente tópico analizaremos las diferentes fuentes, declaraciones y principios que consagran el derecho de maternidad. En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, párrafo segundo, establece que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, tienen derecho a igual protección social”*. Este principio recogido en tan importante instrumento internacional pone de manifiesto que la mujer en el momento en que asuma su maternidad debe ser atendida de manera especial, por el hecho del ejercicio de su condición materna. A los niños, por su parte, se les debe garantizar una adecuada protección social, entendiendo por esta, alimentación, vestido, medicinas, educación, ya que debe primar su interés superior, no se trata entonces de que el Estado garantice ese derecho de manera parcial, sino que debe ser de manera integral toda vez que reviste muchos matices para ese fiel cumplimiento (Valverde Delgado, 2014).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 8, hace referencia al *derecho de protección a la maternidad y a la infancia*, al estipular que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especial. La norma mencionada, así como la enunciada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, son sumamente generales al referirse al derecho de la maternidad, pero a falta de legislación más específica, se considera que resulta la base para efectuar algún reclamo en caso que se presente o perciba alguna vulneración (Valverde Delgado, 2014) constituyendo el primer soporte al cual acudir y el marco regulador en el que sustenta este derecho.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, establece un principio muy importante en relación con el derecho a la maternidad de la mujer privada de libertad. Al efecto, en el apartado de reglas generales, se estipula que:

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.

De acuerdo a la anterior normativa, 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 (Valverde Delgado, 2014) sin que sean privados de esa adecuada atención especial en los centros. Sin embargo, dicho principio al ser redactado de forma genérica no resguarda adecuadamente la forma o medios en la que debe cumplirse la obligación y que estándares debe cumplir para ver satisfecha la obligación.

Otra normativa que de forma muy general hace alusión a la protección especial que merecen las mujeres en estado de embarazo, lactantes y niños y niñas, se encuentra en el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988. Estos principios hacen hincapié en el hecho que las mujeres en ejercicio de su maternidad, al igual que los menores de edad, constituyen una población vulnerable, y por lo tanto deben ser tutelados de manera diferente, sin que eso signifique discriminación para la demás población sujeta a alguna forma de detención o prisión (Valverde Delgado, 2014); y, además, se puede inferir y extraer, de acuerdo a dicha concepción, que los Estados deben regular de manera especial el trato a dicha población, y en todo caso para el debido resguardo de los derechos humanos, debe existir una revisión conforme a derecho por parte de una autoridad designada al efecto, cuestión que no está íntegramente resguardado en Chile, puesto que solo se revisa superficialmente por parte de los jueces de garantía al momento de revisar los centros penales, pero no existe un funcionario encargado de analizar si no se cumplen los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

De la regulación internacional anteriormente señalada, se puede deducir que, tratándose de las mujeres privadas de libertad, a ellas se les debe respetar el derecho a la maternidad y a la salud reproductiva, teniendo el Estado la obligación de disponer de todos los recursos necesarios para el fiel cumplimiento de esas disposiciones, creando espacios, políticas y legislación que incluyan esos derechos. Se deben implementar todas las medidas posibles a fin de que este sector pueda en la realidad práctica ejercer su rol materno dentro de prisión, para lo cual

existen una serie de soluciones posibles, como la ampliación de las salas cuna dentro de los penales, salidas alternativas para cuidar a los hijos en otro entorno, que no sea el penal, por medio de la libertad vigilada, ampliación de visitas familiares carcelarias, entre otras.

Como se ha venido mencionando líneas atrás, el derecho a la maternidad no debe verse o analizarse como un derecho asilado 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. De ahí que resulta importante analizar la normativa que regula esas garantías para las personas menores de edad, a quienes afecta directamente las condiciones de los penales en sus primeros años de vida, y posteriormente el vínculo familiar al que quedarán afectos en el futuro próximo, factores que dependen íntegramente de la protección que den las declaraciones a nivel internacional y la implementación, a nivel particular, que debiera consagrar el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Además, la preocupación por las mujeres reclusas se ha extendido para incluir también a los niños y niñas cuyas madres han sido encarceladas. En su resolución del 2003 sobre Derechos humanos en la administración de justicia, la Asamblea General invitó a “*[...] los gobiernos, los órganos internacionales y regionales pertinentes, las instituciones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones no gubernamentales a dedicar mayor atención a la cuestión de las mujeres en la cárcel, incluyendo a los niños y niñas hijos de madres encarceladas, con miras a identificar los problemas claves y las formas en que éstos pueden solucionarse [...]*”

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9, indica que “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos [...]*”. Es evidente que existen casos donde, en aras del interés superior del niño, se genera rupturas del lazo materno y paterno. En el caso de la mujer que ingresa a prisión esta no es la situación, por lo que la mujer sea en estado de embarazo, sea con hijos, o sin tenerlos, pero encontrándose recluida que decida ejercer el rol de madre, es el Estado quien debe garantizar y respetar que la mujer pueda permanecer con sus hijos, en condiciones adecuadas, para garantizar debidamente su obligación. Es en ese contexto que no resulta comprensible que existiendo posibilidades de cumplir con ese principio se deniegue sin ningún fundamento o que, escudándose en razones económicas o materiales, tales como la falta de espacio en los centros penales para mujeres o de presupuesto, se deniegue la posibilidad del ejercicio real y completo tanto para la madre

como para el niño, puesto que como dijimos anteriormente el derecho de maternidad, no se ve limitado por el solo hecho del ingreso de la mujer a prisión.

Por otro lado, la Declaración de los Derechos del Niño recoge varios principios que buscan la protección especial para este sector de la población, siendo los principales:

Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

Por medio de ambos principios se busca que las personas menores de edad crezcan, se desarrollen de la mejor manera, sin que vayan a estar privados de alimento, vestido, salud, cariño, dedicación (Botto Muñoz, 2012) y sobre todo se hace alusión en que, tratándose de niños de corta edad, no se deben separar de sus madres. Es tan importante el vínculo maternal tanto para la madre como para el menor de edad, que es de ahí que la Declaración lo estipule y que incluso exista pronunciamiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la tutela especial del menor de edad y el derecho que tienen a desarrollarse en ambientes idóneos, sentenciando que “*Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.*” (Caso “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala, 1999).

La idea del párrafo anterior se refuerza en el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, en su artículo 30, que hace referencia al derecho a la vida familiar, donde indica que “*las personas menores de edad tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su*

lado y ser cuidadas por ellos. Tendrán derecho a permanecer en su hogar del cual no podrán ser expulsadas ni impedidas de regresar a él, salvo decisión judicial que así lo establezca.”

Es en este contexto y analizada la principal legislación respecto del derecho de maternidad, es que parece necesario conocer cuál es la realidad de las madres privadas de libertad, cuáles son sus necesidades específicas, cómo se dan las relaciones con su núcleo familiar, en especial con los hijos, como se ven afectados los derechos de dichos infantes, para, en definitiva, ver como la ley y la regulación responde a esta situación en la actualidad. Considerando, además, que Chile suscribió y firmo la Convención de Derechos del Niño, el día 26 de enero de 1990, adoptando un sistema de protección para menores, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de analizar y aplicar la normativa vigente.

3. ¿La infraestructura de las cárceles está suficientemente equipada para estas exigencias?

De acuerdo a la normativa anteriormente analizada, 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.

En este sentido, en Chile, al igual que otros países de América Latina, está permitido mantener los hijos menores de edad junto a sus madres reclusas, durante el periodo máximo de dos años. Sin embargo, cabe observar que estas mujeres tienen el mismo espacio físico donde realizar sus actividades y no reciben alimentación especial y carecen, en general, de trato diferencial por su condición.

A modo general, se puede observar que los diferentes centros penales en Chile no cumplen con los estándares internacionales para las mujeres privadas de libertad, exigidos en cuanto condiciones e infraestructura para el mantenimiento de menores en su interior. Sin embargo, se ha buscado en la actualidad paliar dicha situación, levantando por parte del gobierno chileno y el Ministerio de Justicia, diferentes avances que otorguen condiciones mínimas en cuatro centros penales con el objeto de otorgar condiciones mínimas para su desarrollo. Dichas medidas dicen relación con la remodelación del Centro Penitenciario Femenino de San Miguel “*Mayor Marisol Estay*”, la construcción del nuevo Centro Penitenciario Femenino en Arica, la

construcción de la primera unidad especializada en psiquiatría forense para mujeres en el Centro Penitenciario Femenino de Santiago y la construcción del primer Centro de Educación y Trabajo (CET) Semiabierto de Santiago para mujeres de Chile “*Talitá Kum*” inaugurado el año 2012. Los cambios mencionados aún siguen siendo insuficientes debido al creciente aumento de población penal femenina.

Corresponde analizar la regulación y medidas que a lo largo de la historia se han hecho cargo del presente problema, partiendo por el antiguo Reglamento Penitenciario de 1965, que disponía que en los establecimientos para mujeres se contemplaran instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, las que acaban de dar a luz y las convalecientes, tomando las medidas necesarias, hasta donde fuera posible, para que el parto se verificara en un hospital civil, agregando que si el niño nacía en uno de estos establecimientos, se omitiría esta circunstancia en su certificado de nacimiento.

Esta disposición fue recogida por el actual Reglamento, que dispone que los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres contarán con espacios y condiciones adecuados para el tratamiento pre y posnatal, así como para la atención de los hijos lactantes de las internas. En la práctica, las madres pueden mantener a sus hijos menores hasta los dos años, plazo que en algunos casos se prolonga hasta los cuatro.

Continúa diciendo esta normativa que en caso que ingrese una interna con hijos lactantes, el jefe del establecimiento deberá comunicar este hecho al Servicio Nacional de Menores, para los efectos de la respectiva subvención de los programas o medidas que dicha institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños. A lo largo de la historia se ha demostrado constantemente que el Estado no ha prestado la necesaria garantía para permitir que las mujeres privadas de libertad puedan vivir con sus hijos infantiles al interior de los recintos penales. Este hecho se puede ver reflejado en el cuestionario realizado a las mujeres reclusas en el Centro Penitenciario Femenino de San Miguel, quienes frente a la pregunta *¿Piensa que la infraestructura del recinto penal es suficiente para la estancia de su hijo lactante?* La mayoría responde que negativamente⁷.

⁷ Ver página 1 del Anexo ubicado al final del cuerpo de este trabajo.

Además, es importante agregar, que, es de público conocimiento que generalmente, las instalaciones de los recintos penitenciarios femeninos son más precarias que las de los varones, por disponerse de menos recursos y por el gran aumento que han tenido en el último tiempo. El diseño arquitectónico de las prisiones, la distribución de los espacios, así como las normas, los reglamentos, los discursos y los manuales que explican su funcionamiento, no toman en cuenta las características específicas de ser mujer (Azola). Por tanto, indudablemente tampoco cumplen con los requisitos habilitantes de estándares internacionales de infraestructura para tener a sus hijos menores de edad al interior del recinto carcelario, lo que incide de manera directa en la afectación de su derecho de maternidad, el cual como habíamos señalado antes no debe restringirse por el hecho de cumplir una pena privativa de libertad.

4. Derechos de la madre versus derechos del niño

A lo largo de este trabajo, hemos hablado del impacto y gravedad que tiene sobre la población penal femenina la reclusión y como afecta diferencialmente respecto de los hombres. Más allá de dicho impacto, corresponde referirnos respecto de la situación de las mujeres embarazadas o con hijos, lo cual merece un tratamiento especial. En cuanto a las primeras, la cárcel es un lugar inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y la atención especializada con relación a dieta, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos. A ello se suma que el alumbramiento en situación de encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional del niño (Townhead, 2007). En cuanto a las mujeres con hijas o hijos pequeños, el tiempo en prisión produce la ruptura del grupo familiar y el aislamiento de sus afectos más primarios, hecho que aumenta sensiblemente los efectos del encarcelamiento, significando para la mujer uno de los hechos más tortuosos y deprimentes en su estancia en el penal.

Esta problemática genera una importante disyuntiva, puesto que, si bien es cierto que la posibilidad de llevar a sus hijas o hijos a prisión puede reducir las consecuencias negativas de la separación, no es menos acertado que el encierro conforma un factor de riesgo adicional para el grupo familiar. Sobre el impacto de la separación, un informe de la organización Quaker United Nations Office (Townhead, 2007) ha señalado que las niñas y niños experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales, tales como depresión, hiperactividad,

comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros.

El encarcelamiento de la madre generalmente obliga a que sus hijas o hijos deban mudarse disgregadamente con parientes, amistades o vecinos, siendo estos meros arreglos alternativos que no siempre eluden situaciones de abuso. Ello sin contar el número elevado de niñas y niños que, ante la falta de opciones válidas de contención, son institucionalizados. Sin embargo, permanecer con sus madres en la cárcel no parece ser una mejor opción. En el ámbito carcelario, las niñas y niños deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres en cuanto al aseguramiento de sus derechos en materia de educación, salud y vínculos con el exterior, pero con un mayor grado de vulnerabilidad. Un escenario especialmente difícil se da cuando las niñas o niños cumplen la edad límite para la permanencia en el establecimiento penitenciario pues en ese momento deben afrontar la separación de su progenitora y la inserción en ámbitos desconocidos (Robertson, 2007).

La complejidad de esta problemática necesita urgentemente de una solución jurídica y reflexión sobre los argumentos a desarrollar a favor de la concesión de medidas alternativas al encierro en la prisión en el caso de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos de corta edad, tomando como base decisiones de organismos internacionales que han receptado criterios que favorecen la excarcelación o el arresto domiciliario de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos, como mecanismo de protección de derechos, tanto desde la perspectiva de los derechos de las mujeres, como desde los derechos de niñas y niños. Dichas soluciones necesitan ser urgentemente revisadas por la legislación chilena, puesto que tal y como está consagrada, no existen resguardos de ninguna índole en cuanto a las condiciones en las que vivirá el infante con su madre los primeros años de vida, así como tampoco los resguardos frente a qué situación quedará el menor tras la separación.

Para analizar la problemática planteada, es necesario concentrarnos primeramente al derecho al cuidado personal de los hijos, para luego revisar los derechos de las madres y posteriormente el de los niños y niñas. El ordenamiento jurídico chileno regula el cuidado personal de los hijos en los artículos 224 y siguientes del Código Civil, señalando que *“a los padres, o padre o madre sobreviviente, corresponde el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos”*.

Más allá de las actuaciones específicas que debe realizar el padre o madre respecto del hijo para entender que está realizando el cuidado personal, es que se puede señalar que este artículo alude a un deber de carácter genérico que comprende todos los deberes que corresponde a los padres respecto de sus hijos, responsabilidades que deben cumplir teniendo como preocupación fundamental el interés superior del hijo (Schmidt & Veloso, 2001), conforme a lo preceptuado en el artículo 222 inciso segundo del Código Civil.

Los derechos y deberes que comprende el cuidado personal, a que se refiere el artículo 225 del Código Civil, presuponen la convivencia habitual entre padres e hijos. Se puede extraer que el cuidado personal implica relación y deberes respecto del hijo que se deben ejercer en la medida que exista un contacto regular y se pueda influenciar en su vida y dirigir. Esto se logra mediante el cuidado personal de los hijos que abarca todas las áreas de desarrollo de un menor (Botto Muñoz, 2012). Como bien se puede observar, ello implica una visión del cuidado personal analizada de forma amplia.

Atendido lo que implica el derecho al cuidado personal, analizando los artículos anteriores, cabe revisar en qué estado o situación jurídica se encuentran las madres privadas de libertad. El tema es relevante, ya que hoy en día existe una población penal femenina dentro de la cual un alto porcentaje es madre. El 84% de las mujeres presas chilenas es madre (Figuroa, 2008), haciéndose necesario adoptar las medidas correspondientes para que gocen efectivamente de este derecho, en el caso de no cumplirse.

En este sentido, sin duda, por el hecho de la privación de libertad de una madre, el ejercicio del derecho al cuidado personal se ve afectado por razones obvias, dadas las limitaciones propias que emanan de la privación de libertad. Pero más allá de esto, es importante recalcar que por el sólo hecho de quedar privada de libertad la madre no pierde el derecho al cuidado personal de los hijos, puesto que si una madre quiere cuidar efectivamente de sus hijos, aún en su situación de privación de libertad, no existe un motivo fundado para privársele de este derecho y ejercerlo plenamente, como lo analizamos anteriormente. Ello se torna relevante considerando que la protección del derecho al cuidado personal es sumamente relevante para las mujeres privadas de libertad, considerando que se encuentran en un contexto en donde la hostilidad y el desamparo se vive constantemente, mantener una relación de cercanía con sus hijos es sumamente fundamental que les ayuda a sobrellevar el encierro (Botto Muñoz, 2012).

Además, la separación madre/hijo, en virtud de una privación de libertad, claramente afecta a ambas partes. Por un lado, a la madre y su legítimo derecho a cuidar personalmente de su hijo y, por otro lado, al hijo y a sus derechos consagrados en la Convención de Derechos del Niño, como son el derecho a que se preserven las relaciones familiares (artículo 8), no separación de sus padres contra la voluntad de estos (artículo 9), mantener contacto directo con ambos padres de modo regular (artículo 9 N°3), entre otros.

Trataremos separadamente la vulneración de los derechos en la relación madre-hijo, comenzando por los derechos de la madre privada de libertad. En el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, se definen las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, refiriéndose, en el punto 23. 1, a la situación de las madres e hijos e hijas al interior de los recintos de reclusión. En él se sugiere lo siguiente:

- *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/a nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento.*
- *Cuando se permita a las madres reclusas conservar su hijo/a, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños/as cuando no se hallen atendidos por sus madres.*

Lo anterior se complementa con lo establecido en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Principio 2º, donde se señala que “*El niño/a gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y adecuada, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño/a*”.

Que la madre se mantenga con su niño es percibido como una instancia oportuna de transmisión de cuidado y protección, a través de acciones cotidianas como el alimentar, mudar, vestir, etc., lo cual permite potenciar el crecimiento mental y emocional del menor, como así también reducir los efectos negativos de la privación de libertad en la mujer (Botto Muñoz,

2012), solo si se garantiza la satisfacción de sus necesidades, puesto que es de público conocimiento que el niño como una persona activa, en interacción con otros, desde sus primeros años de vida, años fundamentales para el menor donde puede identificar a las figuras que le brindaran protección.

En concordancia, la Convención sobre los Derechos del Niño instala como principio rector para quienes tienen la responsabilidad de desarrollar procesos educativos el interés superior del niño/a, siendo los padres quienes, en primer término, deben asumir dicha responsabilidad. Lo anterior determina que los establecimientos penitenciarios dispongan de las condiciones adecuadas para la estimulación motora, cognitiva y socio emocional de los niños/as, permitiendo y facilitando la participación de la madre en las actividades con éstos (Botto Muñoz, 2012).

Para el desarrollo sano de los infantes es necesario el establecimiento de una relación estable con los progenitores o con sus figuras de cuidado. Esto es fundamental en la estructuración de sus futuras vinculaciones con el mundo. Al distanciar al niño o niña de su familia, éste pierde el referente más importante de identidad y pertenencia, lo cual genera sentimientos de ansiedad, temor e inseguridad con el mundo, elementos que dificultan su desarrollo integral (Gallegos & Mettifogo, 2001).

Respecto de los derechos de los niños, nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ve al niño y niña como un sujeto pleno de derechos, con igualdad jurídica y derechos. En dicha convención, los menores son vistos como personas en proceso de maduración, crecimiento y desarrollo, reconociendo derechos que son específicos, que corresponden al sector niño, de forma especial, como sujetos en desarrollo, a los que se les debe entregar una tutela especial.

Existen tres principios íntimamente ligados a la concepción del niño como sujeto de derechos: el interés superior del niño, la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y el derecho del niño a expresar su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta en todas las decisiones que le afecten. Merece especial consideración, entre ellos el interés superior del niño (Botto Muñoz, 2012).

La Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 3.1, el cual señala *“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.” Esta disposición constituye un “*principio*” que obliga a diversas autoridades, e incluso, a instituciones privadas a estimar el “*interés superior del niño*” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones.

La Corte Internacional de Derechos Humanos señala que la Convención sobre los Derechos del Niño alude al interés superior de éste (en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

Al tener un particular interés en la realización de todos los derechos de los niños es que se hace latente que la realización de varios de ellos, implican necesariamente un vínculo directo, estrecho y personal con la madre. Por ende, siguiendo la lógica de la convención se deben asegurar las instancias necesarias para que ese derecho que debe ejercerse con la madre se verifique y goce en la práctica.

Que mayor reflejo del interés superior de un menor que el encontrarse con su madre, que todo su desarrollo se verifique en un contexto de afecto y cuidado. Más allá del lugar, si se da en un contexto privativo de libertad o no, lo cierto es que las instituciones públicas, si no consideran el derecho de la madre a un efectivo ejercicio del derecho al cuidado personal de sus hijos, no están 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 hijos, puesto que son imposibles de separar (Botto Muñoz, 2012).

Además, esta situación se regula en la Convención Derechos del Niño, donde se pone en la hipótesis de que una madre se encuentre privada de libertad, señalando, en su Art. 9º. 4, que *“Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica*

acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultare perjudicial para el bienestar del niño”.

Esta norma aduce a que es el Estado debe garantizar las condiciones mínimas para que los padres cuiden de los hijos. Este compromiso significa, en palabras de la Corte Internacional de Derechos Humanos, 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”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002).

Es indudable que 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 las hijas o hijos en los primeros años de vida.

Esta importancia es reconocida por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular por la Convención de Derechos del Niño 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, este cuerpo recoge este principio fundamental en numerosas disposiciones. El artículo 5º 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 artículo 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 Interamericana de Derechos Humanos 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”*. Correlativamente, se reconoce también el derecho de los padres a que no se los separe de sus hijas o hijos contra su voluntad, salvo casos excepcionalísimos en que se los podrá privar del ejercicio de la patria potestad mediante una resolución judicial en tal sentido (Botto Muñoz, 2012).

Por su parte, uno de los aportes de la Convención de Derechos del Niño ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judiciales (como lo disponen numerosas

legislaciones en materia de familia), hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres (Botto Muñoz, 2012).

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. De esta manera 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 padres, debiendo para ello prestarles asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza. Este compromiso significa, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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”* (Botto Muñoz, 2012).

Cuando se alude al Estado como el principal garante de la satisfacción de los derechos de niños y adolescentes, no se está dejando de lado el rol de la familia como encargada, en primer término, del cuidado, crianza y educación de los hijos. Al contrario, la Convención de Derechos del Niño admite que no todas las familias están en condiciones psicosocioeconómicas para cumplir con las obligaciones a su cargo, por lo cual el Estado debe redoblar sus acciones tendientes a equiparar situaciones fácticas adversas que padece un gran número de familias.

Es indudable que la privación de libertad de una madre genera una situación de desigualdad con respecto a un núcleo familiar en donde los hijos puedan tener un contacto directo con su madre. Es en esta situación en donde cabe la pregunta del rol que ha ocupado el Estado respecto de la madre y los hijos (Botto Muñoz, 2012). Cabe preguntarnos cómo hacer en definitiva compatible el castigo penal con el efectivo derecho que le corresponde a la madre de cuidar personalmente de sus hijos, con las condiciones adecuadas y pertinentes para tal fin, ello con miras al resguardo del interés superior del niño.

En este sentido, y en conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, señala que las mujeres privadas de libertad tienen derecho a ejercer personalmente el cuidado de sus hijos lactantes hasta los dos años de edad en dependencias separadas del resto de la población penal y adecuadas para su cuidado y

tratamiento pre y post-natal, derecho que actualmente se ejerce bajo el sistema de residencias transitorias implementado por Gendarmería de Chile de conformidad a lo dispuesto por 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.

Cuando una mujer es condenada por el Estado, privándole de su libertad, es éste quien tiene que brindar la oportunidad y las instancias adecuadas para que el vínculo afectivo con los hijos se mantenga.

Parece evidente que la cárcel no es la respuesta adecuada, pero la determinación de responsabilidades y la sanción impuesta por los ilícitos cometidos implican en muchos casos la estadía en un establecimiento penitenciario.

Nuestra ley, a diferencia de sistemas comparados, lamentablemente no contempla la posibilidad de algún tipo de permiso de salida para que una madre pueda convivir con sus hijos en el medio libre desde el primer día en que comienza a cumplir su condena, y tampoco establece una ampliación de visitas para mantener el vínculo madre-hijo, dejando en desprotección a la mayoría de las mujeres con hijos privadas de libertad, cifra no menor, correspondiente al 88% (Figueroa, 2008).

Por todo lo anteriormente expuesto, se generaron un par de hitos que dan cuenta del proceso de evolución -aunque tardía-, en los diversos organismos del Estado, vinculados con esta temática. En este escenario, se desarrolla la reforma de SENAME iniciada en el año 2001, que establece, las bases para transformar el sistema de atención a la infancia en una estructura funcional a la concepción de los derechos del niño (Botto Muñoz, 2012). Esto implica, fundamentalmente, ampliar los esfuerzos de trabajo promocional y de fortalecimiento de la familia y la comunidad para la protección de los derechos y, a su vez, la instalación y desarrollo de sistemas especializados de atención profesional para las situaciones más complejas.

Sin embargo, dichos esfuerzos no modifican la actual realidad de las madres con hijos menores, puesto que para que exista una real solución a dicha problemática es necesario, que la administración penitenciaria, dote de adecuadas instalaciones, de herramientas y de servicios, tanto para el menor como para la madre en contexto de encierro. Tomando en consideración, para un real cambio, el cumplimiento de estándares internacionales y legislación comparada,

que ofrecen salidas alternativas a las madres privadas de libertad para que puedan ejercer plenamente el derecho de maternidad y el derecho de cuidado personal de sus hijos.

CAPITULO IV: ABORTO ¿UN DERECHO PARA TODAS?

1. Aspectos generales

Llegando al momento culmine de nuestra investigación, creemos de total relevancia hablar de un tema que desde hace unos años se ha tomado la palestra a la hora de hablar de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, el aborto.

La Organización Mundial de la Salud se refiere al aborto como “*la interrupción del embarazo cuando el embrión o feto todavía no es viable fuera del vientre materno [...] el límite de viabilidad depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente en torno a las 23 semanas de gestación o en 500 gr. de peso al nacer*” (Astete A., Beca I., & Lecaros U., 2014).

Existen diferentes acepciones para este concepto, dependiendo del procedimiento o causa que lo anteceda. Sin embargo, llegado este punto, nos gustaría referirnos particularmente a dos: al aborto espontáneo y al aborto provocado o inducido. El primero se refiere a la interrupción natural del embarazo, sin mediar ningún procedimiento para su desencadenamiento, y que habitualmente es el producto de alguna alteración genética que lleva a la pérdida precoz de la gestación. El segundo se refiere a la interrupción deliberada del embarazo con feto no viable como resultado de intervenciones físicas, instrumentales o medicamentosas (Astete A., Beca I., & Lecaros U., 2014). Las intervenciones pueden ser realizadas por la propia embarazada o por otra persona. Esta forma artificial de interrupción de la gestación puede ser mediante procedimientos mecánicos (tales como dilatación cervical y legrado uterino; dilatación y aspiración vacum, entre otras) o uso de drogas (como la mifepristona o RU 486, metotrexato, misoprostol, entre otras) (Donoso & Vera, 2016)

Hasta el año 2017, el aborto en Chile poseía carácter punible sin importar cuál causal se pretendiera invocar. Recién, el 23 de septiembre de dicho año, se promulgó la ley que despenaliza el aborto en tres causales, lo cual significa que, en caso de riesgo de la vida de la

madre, inviabilidad fetal o violación, la mujer en estado de gravídes podrá optar voluntariamente por interrumpir su embarazo, recurriendo para ello a instituciones públicas y privadas. Saliendo así de la reducida lista de países o estados en el mundo donde el aborto es penalizado en todos los escenarios, quedando únicamente El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, Malta y el Vaticano (Casanova & Alarcón, 2017).

Ahora bien, la finalidad de la presente investigación no es realizar una redacción especializada y crítica respecto a la despenalización del aborto en Chile, sino un análisis respecto a si este derecho, recientemente despenalizado en solo tres causales ha podido ser ejercido de forma igualitaria para todas las mujeres del país, haciendo hincapié en las mujeres privadas de libertad. Lamentablemente, debido a que el tiempo que ha trascurrido desde la publicación de esta ley es relativamente poco, se nos vuelve imposible realizar una investigación detallada respecto a la efectividad de su ejecución al interior de los penales femeninos chileno. Sin embargo, creemos que es del todo necesario para nuestro trabajo referirnos al tema, pues se relaciona de forma directa con la libertad sexual de las mujeres que se encuentra bajo tratamiento penitenciario. Es por ello que concurrimos a la Centro Penitenciario Femenino de San Miguel con la intención de que las reclusas nos pudiesen entregar testimonios respecto a reclusas cómo ha sido la aplicación de esta ley dentro de los penales.

Sin embargo, previo a esbozar el examen es necesario entender el tratamiento que posee el aborto en nuestra legislación.

2. Breve síntesis sobre el tratamiento del aborto en Chile.

No nos interesa inmiscuirnos en la historia de la legalización del aborto en Chile, pues no es el foco de nuestro trabajo. Por ello, este apartado tiene como fin únicamente entregar al lector una orientación superflua acerca de la aplicación de la Ley N°21.030, la cual regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en la tres causales ya señaladas. Es relevante recalcar que nuestra legislación acerca del aborto se articula a través de la voluntad de la mujer, pues esta ley en ningún caso la obliga a abortar.

Para entender de mejor forma su aplicación, procederemos a explicar los supuestos en que se concibe su ejecución:

1. *Peligro para la vida de la mujer*. La ley contempla la posibilidad de interrumpir el embarazo cuando este signifique un riesgo vital para la vida de la mujer. Por lo tanto, bajo esta situación, el Ministerio de Salud indica que la mujer en estado de gravidez tendrá derecho a acceder a todos tratamientos médicos necesarios que permitan preservar su vida, aun cuando esto implique poner fin a la continuidad del embarazo. Además, la ley exige que para determinar el riesgo vital deberá existir un diagnóstico médico que lo certifique.

2. *Inviabilidad fetal de carácter letal*. El Ministerio de la Salud advierte que en los casos en que el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética de carácter letal, la mujer podrá decidir si interrumpe o no su embarazo. Cuando la ley se refiere a “carácter letal” quiere decir que la alteración que padece el embrión o feto lo hace incompatible con la vida fuera del útero materno. Además, señala que se debe contar con dos diagnósticos en igual sentido de médicos especialistas. Todo diagnóstico deberá realizarse en forma previa y presentarse por escrito (Ministerio de Salud, Gobierno de Chile, 2018).

Estas dos causales mencionadas no tienen límite de edad gestacional para la interrupción.

3. *Embarazo por violación*. Esta tercera causal, como su nombre lo indica, establece que se podrá interrumpir el embarazo cuando éste sea resultado de una violación. En estas circunstancias es donde la voluntad de la mujer juega un papel del todo preponderante, pues se respetará su voluntad de seguir o no adelante con el embarazo, dentro de los plazos estipulados en la ley.

Un equipo del médico, especialmente conformado para este fin, “*confirmará la concurrencia de los hechos que lo constituyen a través del relato de la mujer y la respectiva consistencia con la edad gestacional, informando por escrito a la mujer y al jefe del establecimiento médico donde se solicita la interrupción, de la concurrencia o no de esta causal*”. (Ministerio de Salud, Gobierno de Chile, 2018)

La ley diferencia entre mujeres menores y mayores de 14 años, señalando en el primer caso que el o la jefa del establecimiento de salud debe denunciar este delito, según lo regulado en el Código Procesal Penal. Además, indica que la interrupción puede realizarse siempre que no hayan transcurrido más de 14 semanas. Mientras que, para mujeres mayores de 14 años, el plazo para esta causal es que no hayan transcurrido más de 12 semanas de gestación.

Como insumo a la investigación el 2 de agosto de 2017 el Congreso de Chile aprobó el proyecto que despenaliza el aborto en tres causales. Posteriormente, las facciones más

conservadoras de nuestro país presentaron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional que buscaba impedir la consagración de las tres causales. Finalmente, el 28 de agosto del mismo año, este Tribunal se manifiesta, rechazando este requerimiento, sin embargo, el organismo determinó ampliar la objeción de conciencia a nivel institucional.

Este año – 2018 –, luego de dos semanas de asumir el gobierno del presidente Sebastián Piñera, través de un decreto emitido, el Ministerio de Salud realiza cambios en la ley, pues la normativa implementada en el gobierno de la ex presidente Michell Bachelet no concebía que instituciones privadas con convenios vigentes con el Estado pudieran ser objetoras de conciencia en materia de aborto, sin embargo, gracias a la modificación, las instituciones privadas que se declaren objetoras de conciencia no tienen por qué prescindir de sus convenios con el Estado, rebajando así los estándares de la ley. Empero, la Contraloría General de la República no tomó razón del reglamento dictado por el Ministerio de Salud, rechazándolo y obligando a reformularlo. Es así que un nuevo reglamento vio la luz en el mes de octubre del presente año, el cual fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad por parte de los partidos del conglomerado “*Chile Vamos*”, siendo acogido por el Tribunal, con ocho votos a favor versus dos en contra, de manera que en la actualidad parece una total hazaña lograr realizarse un aborto legal en el país (Reyes, Aste, & Caro, 2018).

3. Cómo observa la legislación internacional la situación sobre el aborto imperante en Chile.

Previo a la realización del análisis de la aplicación intrapenitenciaria de la Ley N°21.030, es necesario remitirnos a la legislación internacional y a las observaciones que ésta ha hecho en materia de aborto a nuestra legislación.

Así las cosas, es interesante ver como distintos instrumentos internacionales de derechos humanos han respaldado el derecho de las mujeres a decidir y gobernar sobre su propio cuerpo. Pues, si bien todos estos son férreos defensores del derecho a la vida, *las recomendaciones y decisiones de los órganos de tratados y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos están contestes en que la protección del nasciturus cede frente a los derechos de la mujer, particularmente cuando está en juego su vida, salud, dignidad y autonomía.* (Departamento de estudios, extensión y publicación de la Biblioteca del Congreso Nacional, 2016)

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha planteado el tema del aborto desde la óptica de los derechos de la mujer. Sugiere que una de las causales que indiscutiblemente deben formar parte de la despenalización del aborto es el peligro para la vida de la madre, lo cual, a su vez, reafirma la vigencia del derecho a la vida que hablábamos en el párrafo anterior. La criminalización del aborto en cualquier causal, que existía en Chile hasta el año 2017, ha sido una constante preocupación para este organismo, haciendo presente en distintos informes emitidos a nuestro Estado su preocupación respecto al tema. Además, señala que el país debe asegurar que los servicios de salud reproductiva sean accesibles para todas las mujeres y adolescentes⁸. Lo anterior es clave a la hora de exigir la aplicación integral de este derecho a las privadas de libertad, pues el Comité señala expresamente que los servicios de salud reproductiva deben ser accesibles para todas las mujeres del país, sin distinción alguna, lo que contempla a las mujeres reclusas.

Así mismo, la CEDAW reconoce en su artículo 16 el derecho de *“decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*.

Cuando la criminalización era total en Chile, el Comité CEDAW manifestó su preocupación por los derechos reproductivos de las mujeres del país. Es más, indicó que considera que esas disposiciones – las que criminalizan el aborto sin importar la causal que se aluda- *“violan los derechos humanos de todas las mujeres”*. Este vínculo que crea el Comité con los Derechos Humanos lleva al mismo organismo a ligar el derecho aludido y el derecho igualitario a la vida, debido a las altas tasas de mortalidad de mujeres debido a las paupérrimas e indignas condiciones en que deben realizarse abortos clandestinos.

Cabe señalar que la reflexión que hace el Comité CEDAW respecto a la interrupción del embarazo como mecanismo de protección de los derechos de la mujer no es exclusivo del él, sino que la preocupación es compartida por otros organismos de tratados internacionales, como el Comité de Derechos humanos, el Comité de los Derechos de Niño y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En armonía con lo anterior, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida en su artículo 3, estableciendo que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en*

⁸ Comité de Derechos Humanos, es el organismo encargado de vigilar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Ello es imposible no relacionarlo con el inciso 1° del artículo 1° de nuestra Constitución Política de la República, el que podría considerarse el cimiento principal de la estructura política de Chile, que versa "*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*". Por lo tanto, en base a lo dicho y en consideración a que la pena privativa de libertad no conculca otros derechos que aquellos que se ven irremediamente afectados por la pena –como la libertad de desplazamiento –, la capacidad de decisión y ejecución de la interrupción del embarazo en la tres causales ya señaladas debería ser transversal e igual para todas las mujeres que se vean en la posición de optar a ello, sin importar su condición y sin distinción entre mujeres libre y privadas de libertad. Lo contrario significaría contravenir los propios mandamientos que el legislador ha expresado en nuestra Constitución.

Lamentablemente, para nadie es sorpresa que las mujeres que abortan en la sociedad chilena sufren de un estigma y reproche social, hecho que se ve aún más potenciado cuando estamos frente a una mujer privada de libertad que voluntariamente desea ponerle fin a su embarazo, pues, en este caso, nos encontramos con una doble, e incluso una triple, estigmatización. Primero, los perjuicios que existen en torno a la mujer por el solo hecho de ser mujer; segundo, por ser una mujer privada de libertad y; tercero, el hecho de que sea una mujer privada de libertad, embarazada, que desea poner fin a su embarazo.

4. Aplicación intrapenitenciaria de la Ley N° 21.030

Como señalamos, el tiempo que ha transcurrido desde que ha entrado en vigencia la ley que despenaliza el aborto en tres causales en Chile es muy breve. Por ello se nos vuelve imposible realizar un análisis objetivo y detallado acerca de si dicha ley se ha aplicado de forma uniforme para todas las mujeres de la sociedad chilena. Sin embargo, por ser de gran importancia para nuestra tesis abordar este tema, realizaremos un análisis a partir de las respuestas vertidas por las internas del Centro Penitenciario Femenino de San Miguel⁹ respecto a si saben sobre la existencia de esta nueva ley y si conocen casos en donde se halla aplicado dentro del penal.

Al realizar una visión general de las respuestas entregadas, de las 5 preguntas que se les hicieron, pudimos notar que la que correspondía al tema del aborto fue la respondida de forma más sucinta, prácticamente con monosílabos que se debatían entre "sí" y "no".

⁹ Ver Anexo que se encuentra al final del cuerpo de este trabajo, pregunta N°5.

Sobre la pregunta si “*conocen la existencia de la Ley N° 21.030*”, 7 de las internas que respondieron el cuestionario señalaron que “no”, 3 que “sí” y 2 se limitaron a no contestar.

Encontramos lamentable que, de la muestra entregada, solo 3 internas señalaran que sí conocen la ley en cuestión, mientras que la mayoría indica que no tiene idea de ella. Esto manifiesta la falta de información que tienen las reclusas dentro de las cárceles. Lo anterior se torna grave si consideramos que, en el mismo cuestionario, la mayoría de las internas respondió que no conocen cuáles son sus derechos sexuales y reproductivos¹⁰ e, incluso, de las que contestaron sí conocerlos, una respondió que estos son vulnerados por el sistema penitenciario, condicionándose a la conducta que desarrollan dentro de los penales.

Mediante este texto, deseamos realizar un llamado de atención a gendarmería, y, en consecuencia, al Estado de Chile, por la falta de diligencia y preocupación que han tenido respecto al tema, sobre todo en virtud que la despenalización del aborto en tres causales es una de las más grandes e importantes ganadas que ha tenido el feminismo en Chile durante los últimos años. Como dijimos al comienzo de este trabajo, debemos construir una lucha transversal, que abarque todos los sectores de la población femenina, incluyendo, obviamente, a las mujeres privadas de libertad.

Además, Gendarmería es la institución del Estado encargada de velar por el acceso a la información de las reclusas, o, al menos, así reconocen ellos mismos en su sitio web, donde señalan que “*proporciona a las personas reclusas, un conjunto de condiciones básicas en materia de: [...] acceso a la educación, al trabajo, a la cultura, a la información [...]*” (Gendarmería de Chile, s.f.)

Respecto a la segunda pregunta, sobre si *conocen casos de abortos que se hayan realizado dentro del centro penal*, 9 de las internas respondieron que “no”, 2 no respondieron y solo uno dijo conocer casos de abortos o pérdidas. Sin embargo, señala que todos estos fueron espontáneos.

Las respuestas entregadas por las internas nos permiten configurar tres posibles teorías. La primera es que dentro de las cárceles no se practican abortos o, si los hay, estos ocurren de forma muy esporádica y de forma natural. La segunda, que se complementa con lo señalado en los párrafos superiores, es que las internas, al desconocer la existencia de la ley que despenaliza el aborto en tres causales, no solicitan que se les practique y, por lo tanto, deciden llevar a término su embarazo. También barajamos una tercera teoría, que consiste en que el personal

¹⁰ Ver Anexo ubicado al final de este trabajo, pregunta N°1.

de gendarmería es reacio al ejercicio de este derecho y, por lo tanto, no pone a disposición de las internas la información necesaria para que ellas puedan optar de forma voluntaria e informada a este procedimiento, o, lo que es aun peor, solicitando que se respete su derecho, Gendarmería se niegue a ello. Este último escenario sería, para nosotras, el que merece un mayor reproche, pues se estaría conculcando a conciencia un derecho legítimamente obtenido, tras años de lucha, a uno de los sectores más vulnerables de la población chilena.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusión I. La privación de libertad, como medio para cumplimiento sanciones penales, constituye un trato inhumano y denigrante para cualquier persona, pero es aún peor para las mujeres, quienes sufren una doble estigmatización al estar entre rejas. Esta estigmatización debe su origen al del rol de mujer arraigado culturalmente en la sociedad chilena y, por qué no decirlo, universal.

Estas situaciones inhumanas a las que están sometidas las reclusas se ven agravadas, porque las cárceles del país carecen de un adecuado enfoque de género que les permita satisfacer las necesidades intrínsecas del género, pues han sido creada para controlar y ordenar principalmente a la población masculina.

Lo anterior, facilita la discriminación manifiesta que existe dentro de los penales entre hombre y mujeres privados de libertad, pues a las últimas se le dificultad mucho más el ejercicio de sus derechos, sobre todo los sexuales y reproductivos. Esta restricción o discriminación es una clara vulneración a nuestra Carta Fundamental toda vez que esta manifiesta en el artículo 1º la igualdad ante la ley y en el artículo 19 número 2 dispone que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Del mismo modo, infringe tratados y convenciones internacionales ratificados por Chile, que señalan que ambos géneros deben ser tratados de igual forma dentro de la ejecución de la pena.

Cabe señalar que los bienes y servicios puestos a disposición de la población femenina tienden a no responder a los problemas y a las necesidades de ésta, profundizando con ello las diversas formas de vulnerabilidad en contra de esta población.

En armonía con lo anterior, en el marco de oportunidades que provee el Estado chileno a la población penitenciaria, las reclusas logran adquirir y desarrollar escasos recursos para mejorar

su situación de bienestar dentro de las cárceles, tanto el ámbito físico como psicológico, lo que evidentemente repercute en su familia y personas cercanas, facilitando la mantención del círculo de vulneración y pobreza del que son víctimas.

Pese a los avances en materia económica que Chile ha alcanzado en las últimas décadas dentro de América Latina, la situación actual de las mujeres en las cárceles no es fiel reflejo de ello. De hecho, según la información acá presentada, tienden a ser consistentes con las condiciones de reclusión de la mayoría de las cárceles en Latinoamérica.

La recomendación principal que podemos hacer al respecto es integrar al tratamiento penitenciario un adecuado enfoque de género, que vele por las necesidades propias de ambos sexos. Sin embargo, este enfoque se logrará, únicamente, a través de una ley de ejecución de la pena que permita reglar de forma uniforme la situación que viven las y los internos dentro de los penales, pues, al no existir está, la ejecución de las sanciones penales queda al albedrío y buena voluntad de cada centro penitenciario.

Lo segundo que aconsejamos, con el fin de evitar o disminuir la doble estigmatización que existe con respecto a la mujer privada de libertad, es educar a la sociedad en sentido de no ver al preso o recluso como un enemigo o ciudadano de segunda categoría, sino como un ser humano que merece el mismo trato de igualdad y dignidad que cualquier otro.

Conclusión II. Uno de los elementos más tensos y generadores de conflicto, es la insatisfacción sexual de los internos, hombres y mujeres. Dicha realidad deriva en agresiones sodomíticas violentas al interior de los penales masculinos, con los consecuentes problemas de propagación de enfermedades de transmisión sexual, principalmente, el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (V.I.H.)

Los encuentros heterosexuales son esporádicos y, en el caso de los recintos masculinos son, en ocasiones, encubiertos y tolerados por la autoridad, pero desarrollados en una profunda indignidad y generadores de más tensión intra y extramuros. Incluso se ha detectado redes prostitución y corrupción vinculadas a estas visitas.

El problema de la actividad sexual penitenciaria es crítico, por tratarse de un derecho y de una necesidad humana. Además, los beneficios sociales y psicológicos que implicaría una solución

formal a este problema al interior son indudables, desde el punto de vista de la dignidad de los internos e internas y del control y administración de conflictos al interior de los penales.

Además, es posible evidenciar que la actual infraestructura carcelaria no es apta para la realización de “*venustorios*”, pues no existen condiciones óptimas de dignidad, seguridad, privacidad e higiene. Los problemas denunciados, coinciden en que la falta de recursos impide la adopción de medidas tendientes a solucionar el problema, específicamente en lo que dice relación con infraestructura y adecuación de instalaciones, además de la destinación de funcionarios para ordenar la implementación de este beneficio. Las prioridades económicas están orientadas a disminuir el alto porcentaje de hacinamiento del sistema penitenciario.

Otra conclusión rescatable, es que hemos podido constatar que el Estado controla de una manera que no le corresponde el derecho a la sexualidad y a la maternidad de las mujeres privadas de libertad. Las normas penitenciarias estudiadas, no solo no garantiza eficientemente los derechos fundamentales de las reclusas, sino que los restringe, instrumentalizando, en algunas ocasiones, la visita íntima como un medio para obtener diversos resultados, a través de criterios como la buena conducta, adhesión a patrones culturales hegemónicos o control de la natalidad, lo que es completamente ilegal e inconstitucional, tal como señalamos en el capítulo dedicado a este tema.

Por último, cabe agregar como reflexión, que toda modificación a las normas penitenciarias que persigan adecuarse a los principios democráticos de un Estado Constitucional de Derecho, tiene que ir necesariamente acompañada de cambios substanciales en las concepciones sociales, políticas, morales y jurídicas de todos los que intervienen en su aplicación, ya que sin ello no habrá una garantía real de cambio en todo lo concerniente al respeto de derechos fundamentales al interior de las prisiones.

Conclusión III. Considerando, de forma clara y sin limitaciones, que las personas contra las quienes se ha dictado una sentencia condenatoria privativa de libertad, la pérdida de la libertad ambulatoria es la consecuencia más importante, pero se conservan los demás derechos y garantías. En este sentido, la mujer privada de libertad conserva el derecho de maternidad y salud reproductiva.

Dicho derecho de ejercer y vivir plenamente su maternidad, implica una serie de acciones que involucran desde la gestación, nacimiento, crianza y desarrollo de su hijo o hija. Tales acciones

deben ser aseguradas en el recinto penal en que se encuentre la madre con su hijo lactante. Así lo consagra la regulación internacional y declaraciones revisadas anteriormente, que establecen especial cuidado por el ejercicio de su condición materna, y por la protección que debe garantizar el Estado a los niños y niñas.

Sin embargo, podemos observar que no se cumplen dichos estándares internacionales de diferentes formas, principalmente por la falta de instalaciones adecuadas especiales, tanto para mantener a un hijo los primeros años de vida, como para recibir posteriormente, por medio de visitas familiares, a sus hijos y mantener un vínculo afectivo en el tiempo, cuestión que se presenta como la única presente vía para que no sea una separación total madre-hijo, por lo que puede concluirse que las instancias de contacto y convivencia con los hijos en la legislación y el reglamento, son de todo insuficientes.

Por otra parte, si bien las madres recluidas no pierden su derecho al cuidado personal del niño por el simple hecho de una condena privativa de libertad, se ha visto que no se puede realizar el presente análisis sin la consideración de los derechos de los menores, derechos que ejercen mediante el contacto y la convivencia con la madre, que implican y se desarrollan en muchos casos en base al cuidado personal.

Por esta razón es que merecen una especial mención los derechos de la infancia, consagrados principalmente en la Convención de Derechos del Niño, que se refieren muchas veces al necesario contacto con sus progenitores.

El derecho de maternidad ejercido al interior de un recinto carcelario, analizado en sus dos vertientes (madre e hijo) no tiene soluciones fáciles, puesto que poder determinar de forma contundente si el infante debe o no estar con su madre en prisión es algo que no puede establecerse sin dejar de esperar consecuencias. Pero en lo que sí tiene injerencia directa el Estado es en la obligación de dotar de adecuadas instalaciones, de herramientas y de servicios aun cuando se encuentren en un lugar en donde a sus progenitoras no les son garantizados derechos.

Siguiendo este análisis podemos concluir que se necesita analizar de forma urgente otras posibles soluciones en la legislación, para las mujeres embarazadas o con hijos o hijas menores de edad, que deban cumplir una pena privativa de libertad, para buscar una medida alternativa

a la prisión, ello teniendo en consideración los derechos humanos de la madre reclusa y su hijo menor.

Conclusión IV. Saber si se aplica de forma correcta la Ley N° 21.030 en los centros penitenciarios femeninos se vuelve importante para tener un parámetro o idea de la transversalidad de esta ley, es decir, si se todas las mujeres pueden ejercerla de igual manera.

El Estado chileno es responsable de la salud integral de las personas privadas de libertad. Por lo mismo, nos inquieta que la tónica que ha tenido el Estado de Chile respecto a la salud de las y los reclusos se repita con el tratamiento del aborto, pues más de algún lector habrá escuchado que las cárceles del país no son capaces de tener centros médicos eficaces, tampoco de realizar óptimos tratamientos de salud – llegando a ser incapaces de detectar de forma temprana enfermedades graves –, ni entregar una buena calidad de atención. Por lo tanto, tememos que no sean prudentes y eficaces a la hora de que alguna interna desee ejercer su derecho a abortar, sobre todo en atención a lo delicado de este procedimiento.

Por ello, y teniendo en cuenta las malas condiciones de salud que reciben las reclusas, a nuestro parecer, dentro de los penales femeninos, la objeción de conciencia no debería poder argumentarse por parte de los médicos que están en la posición para realizar abortos, pues esto dificultaría aún más el íntegro ejercicio del derecho por las privadas de libertad para abortar, más aun sabiendo que, de por sí, sus posibilidades para optar a una salud de calidad son restringidas.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional. (s. f.). *¿Qué son los derechos sexuales y reproductivos?* Obtenido de Amnistía Internacional: <https://redescuelas.es.amnesty.org/materiales-para-el-profesorado/mi-cuerpo-mis-derechos/que-son-los-derechos-sexuales-y-reproductivos/>
- Antony, C. (2000). *"Mujeres Confinadas" Estudios Criminológicos sobre el rol genérico en la Ejecución de la Pena en Chile y América Latina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Área de Estudios Penitenciarios de la Universidad de Chile. (2010). Revista electrónica N° 12. *Debates penitenciarios*, 1-41.
- Astete A., C., Beca I., J. P., & Lecaros U., A. (2014). Propuesta de un glosario para la discusión del aborto. *Revista médica de Chile vol.142 no.11*, 1449 -1451.
- Astete, C., Beca , J., & Leca, A. (2014). Propuesta de un glosario para la discusión del aborto. *Revista médica de Chile vol.142 no.11 Santiago nov. 2014*.
- Azola, E. (s.f.). Prisiones para mujeres: un enfoque de género. Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer. México.
- Botto Muñoz, E. (Mayo de 2012). Madres privadas de libertad. Derecho al cuidado personal de los hijos y programa de residencias transitorias. Santiago, Chile.
- Carcedo Gonzáles, R. J., López Sanchez, F., & Orgaz Baz, M. B. (Diciembre de 2016). Estudio de la Necesidades Socio-Emocionales y Sexuales de los Presos. Málaga, España.
- Cárdenas, A. (Marzo de 2011). Mujer y Cárcel en Chile. Santiago.
- Casanova, F., & Alarcón, O. (14 de Septiembre de 2017). *Despenalización del aborto: así funcionan las tres causales contempladas en la ley*. Obtenido de T13: <http://www.t13.cl/noticia/politica/nacional/despenalizacion-del-aborto-asi-funcionan-las-tres-causales-contempladas-en-la-ley>

- Caso “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala. (19 de noviembre de 1999).
Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Cooper, D. (2000). *Delincuencia femenina urbana actual en Chile.* Chile.
- Correa, M. R. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo I.* Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de Agosto de 2002). *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC 17/2002.*
- Departamento de estudios, extensión y publicación de la Biblioteca del Congreso Nacional. (7 de Noviembre de 2016). *El aborto en el derecho internacional de los Derechos Humanos.* Obtenido de Biblioteca del Congreso Nacional:
<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23610/1/FINAL%20-%20REFUNDIDO%20-%20El%20aborto%20en%20el%20DIDH.pdf>
- Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales . (s.f.). *Enfoque de género.* Obtenido de DIRECON: <https://www.direcon.gob.cl/enfoque-de-genero/>
- Donoso, E., & Vera, C. (2016). El aborto en Chile: aspectos epidemiológicos, históricos y legales. *Revista chilena de obstetricia y ginecología.*
- Equiguren Praeli, F. (2002). *Estudios Constitucionales.* Lima: Ara Editores.
- Escaff, E. (1995). Cárceles en Chile: consideraciones respecto a las drogas, alcohol, sexo y V.I.H. *Revista chilena de ciencia penitenciaria y derecho penal*, 56-57.
- Facio, A. (2009). *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: Análisis de los casos antes el Comité 53 de la CEDEAW.* San José, Costa Rica.
- Figuerola, J. P. (12 de Junio de 2008). *Mujeres Caneras: El lado B del nuevo protagonismo femenino. Reportajes de investigación.* Obtenido de CiperChile:
<https://ciperchile.cl/2008/06/12/mujeres-caneras-el-lado-b-del-nuevo-protagonismo-femenino/>
- Foucault, M. (1999). *Los intelectuales y el poder. En estrategias de poder. Obras esenciales Vol. II.* Barcelona: Paidós.
- Fundación PRODEMU. (Septiembre de 2017). *Derechos sexuales y reproductivos: nuestro cuerpo, un territorio de derechos.* Chile.
- Gallegos, C., & Mettifogo, D. (2001). Relación madre e hijo; Situación de las mujeres encarceladas. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N°2*, 67.
- Gendarmería de Chile. (s.f.). *Quiénes Somos.* Obtenido de Gendarmería de Chile:
<http://www.gendarmeria.gob.cl/>

- Ministerio de justicia, SERMAN y UNICRIM. (2008). Mujeres en conflicto con el sistema penal. Estudio descriptivo en relación a la familia y vida de la población femenina adulta, interna en establecimientos penitenciarios del país. Santiago, Chile.
- Ministerio de Salud, Gobierno de Chile. (31 de Octubre de 2018). *Ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en 3 causales*. Obtenido de Minsal: <https://www.minsal.cl/informacion-para-la-ciudadania/>
- Naciones Unidas. (2005). *Los Derechos Humanos y las Prisiones*. Nwe York y Ginebra: Publicación de Las Naciones Unidas.
- Organización Mundial de la Salud. (18 de Diciembre de 2003). Salud reproductiva. Proyecto de estrategia para acelerar el avance hacia el logro de los objetivos y metas internacionales de desarrollo.
- Organización Mundial de la Salud. (noviembre de 2011). *Salud sexual y reproductiva*. Obtenido de Organizacion mundial de la Salud: http://www.who.int/topics/reproductive_health/en/
- Pavez, N., Mena, P., & Lobos, N. (2009). Madre privadas de libertad, percepción frente a un eventual ingreso al ciclo delictivo de hijos/as adolescentes. *Revista de Estudios Criminológicos y penitenciarios, año IX*, 14 - 15.
- Polo, P. F. (1984). *Diccionario de Términos Jurídicos, Tomo I*. Lima: AFA Editores.
- QUNO. (Junio de 2008). *Mujeres en la cárcel: comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos*. Obtenido de Quno: <http://www.quno.org/humanrights/women-in-prison/women-prisonLinks.htm#QUINOPUB>
- Ramírez Huaroto, B. (24 de Noviembre de 2008). *Discriminación por sexos en la Escuela de Oficiales de la Policía. Un análisis jurídico y de género*. Obtenido de Justicia Viva: www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0296.htm
- Real Academia Española. (2018). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?id=ARRnIn2>
- Reyes, C., Aste, F., & Caro, I. (6 de Diciembre de 2018). TC declara inconstitucional el reglamento de objeción de conciencia de la ley de aborto. *La Tercera*.
- Robertson, O. (Abril de 2007). El impacto que el encarcelamiento de una progenitora tiene sobre sus hijos. Geneva, Suiza.
- Schmidt, C., & Veloso, P. (26 de Noviembre de 2001). La Filiación en el nuevo derecho de familia . Santiago, Chile.
- Townhead, L. (Agosto de 2007). *Mujeres en a cárcel e hijos de madres encarceladas: Desarrollos recientes en el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe para los amigos*. Grupo de Delitos, Comunidad y Justicia de Quaker Peace & Social Witness.

- Valenzuela, C., & Villavicencio, L. (2015). La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres. *Revista Ius et Praxis*, 271 - 314.
- Valverde Delgado, V. (14 de Marzo de 2014). El derecho a la maternidad tras los muros de prisión: el modelo casa cuna del Buen Pastor. San José, Costa Rica.
- Vargas, M. L. (Octubre de 2003). Derechos Humanos: Derechos Sexuales y Reproductivos. Granada, España.
- Vásquez Vargas, D. (Septiembre de 2001). *Régime de visitas conyugales en el sistema carcelario chileno*. Obtenido de Biblioteca del Congreso Nacional: https://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/2001/estudios_pdf_estudios/nro260.pdf

ANEXO

Cuestionario a mujeres que cumplen condena en el Centro Penitenciario Femenino de San Miguel

El presente cuestionario fue realizado el día 27 de noviembre del año 2018 en el Centro Penitenciario Femenino de San Miguel. Su fin es entregar una pequeña muestra de la realidad de las internas dentro centro, entendiéndose que estas situaciones son homologables a los demás penales femeninos del país.

Nuestra muestra se compone de 12 mujeres privadas de libertad, a las cuales se les solicitó responder cinco preguntas de forma voluntaria. Además, se les indicó que la opción de individualizarse dependía completamente de ellas, ante lo cual solo una firmó con su nombre, las demás se justificaron señalando que podrían existir represalias por parte de gendarmería, por ello, y en respeto a la privacidad de las internas, decidimos mantener el anonimato de la totalidad.

A continuación, el cuestionario que se realizó:

1. ¿Conoce cuáles son sus derechos sexuales y reproductivos?
 - 3 no responden, 5 responde “no” y 4 “sí”
2. En el centro penal ¿siente que existe infraestructura adecuada para la visita íntima?
 - 3 no responden o desconocen lo que sucede, 8 responden que “no” y 1 que “sí”
3. ¿Cree que las visitas familiares son suficientes para saber cómo están sus hijos y mantener un vínculo cercano?
 - 10 responden que “no” y 2 que “sí”

4. ¿Piensa que la infraestructura del recinto penal es suficiente para la estancia de su hijo lactante?
- 6 no responde o desconoce, 6 responden que “no”, ninguna interna responde que “sí”.
5. ¿Sabe que existe la ley de aborto en tres causales? ¿conoce casos de abortos que se hayan realizado dentro del centro penal?
- Respecto a la primera pregunta: 2 no responden, 3 responden que “sí” y 7 responde que “no”
 - Respecto de la segunda pregunta: 2 no responden, 9 no conocen casos y 1 señala que conoce de abortos espontáneos.

INTERN A	PREGUNT A 1	PREGUNT A 2	PREGUNTA 3	PREGUNT A 4	PREGUNT A 5
Nº1	No, falta información.	No, falta lugar más acogedor.	No, poco tiempo.	Desconozco.	No.
Nº2	Sí.	Sí.	Sí.	No.	No.
Nº3	No.	No conozco.	No.	No.	No.
Nº4	No.	No.	No.	No.	No.
Nº5	<i>No contesta.</i>	La infraestructura, si bien no es mala, lo q' es muy engorroso son los trámites para lograr el venustario, ni siquiera existe matrona y como exigencia se debe tener el PAP al día.	No, ya que el tiempo es corto, debido a que el personal que registra a las visitas es muy poco se hace muy largo el proceso.	<i>No contesta.</i>	Si (<i>responde primera pregunta</i>) y no sé de ningún caso (<i>responde segunda pregunta</i>).

N°6	Sí.	No.	No.	Desconozco.	Si sé que existen <i>(responde primera pregunta).</i> Desconozco <i>(responde segunda pregunta).</i>
N°7	Falta información.	No.	No.	No.	No.
N°8	<i>No contesta.</i>	<i>No contesta.</i>	No, no se generan buenas instancias para una buena visita, el tiempo es el que nuestros hijos, familiares indirectos, esposos, etc., se merecen. Creo que deberían generar mejores espacios y con buena calidad de tiempo. Nuestros hijos se convierten en fumadores pasivos, personas nerviosas, ya que tienen que soportar largas horas de espera, de conflictos innecesarios y de un abuso que poder que	<i>No contesta.</i>	<i>No contesta.</i>

			hoy creo que comprender en absoluto.		
Nº9	Sí, pero ciertamente son vulnerados por el sistema carcelario, ya que muchas veces se ve vulnerado por las propias personas que gestionan los trámites, por un tema conductual que ni siquiera es cuestionado por el tribunal responsable.	Existen 6 habitaciones para 700 o más internas.	Las visitas son suficientes, lo que no lo es, es el personal que trabaja en los días de visita, por lo que genera que el tiempo que estamos en visita con ellos se reduce a un promedio de 1 hora siendo un horario de 3 (largas colas, exceso de documentación, poco personal revisando al contingente que visita la unidad.	No, ya que muchas veces la gente queda de pie.	Si la conozco (<i>responde la primera pregunta</i>) y si ha habido pérdidas u abortos pero de tipo espontáneo (<i>responde la segunda pregunta</i>).
Nº10	Sí.	No.	No.	No lo sé.	No.

N°11	<i>No contesta.</i>	<i>No contesta.</i>	Yo pienso que es insuficiente porque hay personas que no tienen visitas y no saben nada de sus familias.	<i>No contesta.</i>	<i>No contesta.</i>
N°12	No.	No.	No.	No.	No.

- Lo escrito en cursiva no corresponde a las respuestas de las internas, si no a aclaraciones que nosotras incorporamos.