



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Ciencias Penales**

**Mujeres madres privadas de libertad: análisis desde la  
normativa de la ejecución de la pena al Proyecto de Ley Sayén**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**MARÍA IGNACIA BRICEÑO CATALÁN**

**AYZA CAMILA MORAGA CARRASCO**

**Profesor Guía: EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR**

**Santiago, Chile**

**2021**

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| RESUMEN .....   | 5  |
| GLOSARIO ABREVIATURAS .....   | 6  |
| INTRODUCCIÓN .....  | 8  |
| CAPÍTULO I: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA .....  | 12 |
| 1. Tratados internacionales de DDHH.....  | 12 |
| 1.1 Declaración Universal de Derechos Humanos .....   | 13 |
| 1.2 Convención Americana de Derechos Humanos .....  | 13 |
| 1.3 Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto de Derechos Civiles y Políticos.....                    | 13 |
| 2. Convenciones de DIDH sobre mujeres.....  | 14 |
| 2.1 Convención sobre la eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer .....   | 15 |
| 2.2 Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer .....  | 18 |
| 2.3 Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes ..... | 19 |
| 2.4 Reglas de Tokio .....   | 25 |
| 2.5 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos .....   | 27 |
| 2.6 Principios y buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.....                       | 29 |
| 3. Convenciones de DIDH sobre niños y niñas .....   | 32 |
| 3.1 Convención de derechos del Niño .....   | 32 |
| 3.3 Informe y recomendaciones sobre los hijos de padres encarcelados del Comité de Derechos del Niño .....                            | 37 |
| 4. Conclusiones .....   | 39 |
| CAPÍTULO II: NORMAS JURÍDICAS NACIONALES APLICABLES A LA EJECUCIÓN DE LA PENA .....   | 41 |
| 1. Concepto de derecho penitenciario y ejecución de la pena .....   | 41 |
| 2. Naturaleza jurídica.....   | 43 |
| 3. Normativa nacional de la ejecución de la pena.....   | 45 |
| 3.1 Constitución Política de la República .....   | 45 |

|  |           |
|--|-----------|
| 3.2 Código Penal.....  | 48        |
| 3.3 Código Procesal Penal.....   | 49        |
| 3.4 Código Orgánico de Tribunales .....  | 49        |
| 3.5 Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (DL N°2859 de 1979) .....   | 50        |
| 3.6 Ley N°18.216 Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad .....          | 53        |
| 3.7 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (DS N°518).....  | 54        |
| 4. Conclusiones .....  | 61        |
| <b>CAPÍTULO III: ASPECTOS GENERALES DE LA REALIDAD CARCELARIA Y LOS DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA .....</b> | <b>67</b> |
| 1. Realidad carcelaria .....   | 67        |
| 1.1 Sobrepoblación y hacinamiento.....   | 68        |
| 1.2 Habitabilidad.....   | 69        |
| 1.3 Acceso a servicios higiénicos y agua .....   | 70        |
| 1.4 Calefacción .....  | 70        |
| 1.5 Acceso a atención médica .....   | 70        |
| 1.5.1 Salud física.....  | 71        |
| 1.5.2 Salud mental .....   | 71        |
| 1.6 Derechos sexuales y reproductivos .....  | 72        |
| 1.7 Régimen de visitas .....   | 72        |
| 2. Contexto psicosocial y perfil criminógeno las mujeres privadas de libertad.....   | 73        |
| 3. Derechos sexuales y reproductivos en el contexto de la ejecución penitenciaria .....  | 75        |
| 3.1 Necesidad de la distinción de género .....   | 77        |
| 3.2 Delimitación de los derechos abarcados por los derechos sexuales y reproductivos .....                                     | 77        |
| 3.2.1 Derecho a la salud .....   | 78        |
| 3.2.2 Derecho a educación sexual.....  | 79        |
| 3.2.3 Visitas íntimas.....   | 80        |
| 3.2.4 Autodeterminación reproductiva .....   | 81        |
| 3.3 Derechos reproductivos y maternidad .....  | 82        |
| 3.3.1 Derechos reproductivos .....   | 82        |
| 3.3.2 Derecho a la maternidad .....  | 83        |
| 3.4 Derechos de los niños recién nacidos .....   | 85        |

|  |     |
|--|-----|
| 4. Conclusiones .....  | 89  |
| <b>CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA EN MUJERES EMBARAZADAS .....</b> |     |
| 1. Caso Lorenza Cayuhán .....  | 91  |
| 1.1 Hechos.....  | 91  |
| 1.2 Recursos .....   | 92  |
| 1.2.1 Recurso de amparo en favor de Lorenza Cayuhán.....   | 92  |
| 1.2.2 Recursos de amparo y de protección deducidos en favor de Sayén Nahuelán ....                         | 92  |
| 1.2.3 Primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Concepción.....                                    | 93  |
| 1.2.4 Segunda instancia ante la Corte Suprema .....  | 95  |
| 1.2.5 Aspectos relevantes atinentes al fallo de la Corte Suprema .....                                     | 96  |
| 2. Caso Tonka Roblero .....  | 99  |
| 2.1 Hechos.....  | 99  |
| 2.2 Petición.....  | 100 |
| 2.3 Instancias .....   | 100 |
| 2.3.1 Instancia ante el Juzgado de Garantía .....  | 100 |
| 2.3.2 Recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.....                                    | 101 |
| 2.3.3 Aspectos relevantes del fallo .....  | 102 |
| 3. Conclusiones .....  | 104 |
| <b>CAPÍTULO V: PROYECTO DE LEY SAYÉN .....</b>   |     |
| 1. Antecedentes .....  | 107 |
| 1.1 Concepción dogmática sobre las cárceles .....  | 109 |
| 1.2 Principio de personalidad de la pena.....  | 111 |
| 1.3 Impacto de la privación de libertad de madres y padres en NNA .....                                    | 112 |
| 2. El proyecto .....   | 114 |
| 2.1 Experiencia a nivel comparado.....   | 114 |
| 2.2 Modificación.....  | 116 |
| 2.3 Críticas.....  | 119 |
| 2.4 Conclusiones.....  | 127 |
| VI. CONCLUSIONES.....  | 129 |
| ANEXO .....  | 145 |

## **RESUMEN**

En la presente memoria se analizará la realidad carcelaria y el ejercicio de la maternidad de mujeres privadas de libertad.

Para tales efectos, se abordará la normativa nacional e internacional pertinente que desarrolla el tema. Se expondrán las condiciones de vida presentes en las cárceles para las mujeres, niños y niñas que viven junto a ellas, abordando la problemática que esto representa en el ejercicio efectivo de los derechos humanos de grupos que son especialmente vulnerables, mediante ejemplos jurisprudenciales.

Finalmente, se estudiarán los cursos de acción para solucionar este asunto, que resulta en una realidad vejatoria para los derechos de las mujeres privadas de libertad y los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA).

## **GLOSARIO ABREVIATURAS**

**CBDP:** Convención Belem do Pará

**CEDAW:** Convención sobre la eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer

**CDN:** Convención de Derechos del Niño

**CP:** Centros Penitenciarios

**CPF:** Centros Penitenciarios Femeninos

**DIDH:** Derecho Internacional de los Derechos Humanos

**DFL:** Decreto con Fuerza de Ley

**DL:** Decreto Ley

**DS:** Decreto Supremo

**GENCHI:** Gendarmería de Chile

**INDH:** Instituto Nacional de Derechos Humanos

**LGBTQIA+:** Lesbianas, Gais, Bisexuales, Pansexuales, Transgénero, Queer, Intersexualidad, Asexualidad y disidencias.

**NNA:** Niños, niñas y adolescentes

**OEA:** Organización de Estados Americanos

**OMS:** Organización Mundial de la Salud

**ONU:** Organización de Naciones Unidas

**SENAME:** Servicio Nacional de Menores

**TC:** Tribunal Constitucional

**Proyecto de Ley Sayén:** República de Chile. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N°11.703-07, que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años.

## INTRODUCCIÓN

“La pena... significa, nada más ni nada menos que un castigo oprobioso, puesto que nuestra realidad carcelaria así lo demuestra. No hay justicia para los que vegetan en nuestras cárceles. Y no puede hablarse de justicia frente a las innumerables violaciones a los derechos humanos de sus habitantes las que colocan a estos seres humanos en abierta desventaja...”<sup>1</sup>

*Carmen Antony.*

No podemos iniciar este trabajo académico sin mencionar las excepcionales condiciones en las que se desarrolla este análisis, en medio de una pandemia causada por el COVID-19 que afectó a todo el planeta. La dinámica de la vida cambió y con ello, la forma de relacionarnos entre personas y con nuestro entorno. Esto, ha incidido directamente en la elaboración -un poco problemática- de nuestra investigación, ya que únicamente nos hemos podido valer de la información disponible en línea. Creemos firmemente que la voz más adecuada para hablar con autoridad sobre temas acerca de la ejecución de la pena, son las mujeres privadas de libertad. Son ellas, desde la propia experiencia quiénes nos pueden contar sobre la realidad que las aqueja.

Es de público conocimiento que las condiciones carcelarias de los centros penitenciarios en Chile no se adaptan a los estándares internacionales dispuestos en la materia. La ejecución de la pena da nacimiento a una relación especial entre el Estado y las personas privadas de libertad, en esta, el Estado es garante de las personas privadas de libertad -dado que se encuentran en una situación de vulnerabilidad- lo que refuerza los deberes del Estado chileno respecto de todos los derechos de las personas privadas de libertad, puesto que lo hace directamente responsable de todo lo que sucede en los recintos

---

<sup>1</sup> ANTONY, C. y GARCÍA, A., 2014. El desastre humanitario. Revista de Derecho Penal y Criminología, N°4, pp. 26.



penitenciarios. Consecuentemente, es responsable por todas las vulneraciones a los Derechos Humanos que sufren las personas privadas de libertad.

Nuestro grupo de estudio, son las mujeres privadas de libertad que son madres de NNA. En específico, sobre las madres de niños y niñas menores de dos años, que se encuentran privadas de libertad y viven con ellos en los centros penitenciarios en los que la mujer cumple la pena.

La realidad carcelaria de las mujeres, de por sí es desgarradora. Es una situación transversal al sistema penitenciario, el hacinamiento, las condiciones deplorables de habitabilidad y salubridad, el escaso acceso a la salud; son condiciones que aquejan a toda la población carcelaria. Adicionalmente, las madres de NNA sufren el flagelo de ser privadas de su legítimo derecho al ejercicio de la maternidad y la preocupación constante por el destino de sus hijos e hijas, que suele ser similar al de ellas.

Se ha calificado el grupo “mujeres” y el grupo “niños y niñas” como “grupos desfavorecidos o vulnerables” según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH). Se trata de grupos que según el derecho internacional se encuentran en una situación de especial desprotección, lo que genera una vulnerabilidad que debe ser superada mediante procesos de concreción de derechos “el reconocimiento de derechos a sujetos y colectivos concretos que se encuentran en situaciones especiales, implicando una idea de igualdad material” mediante la discriminación positiva en favor de estos grupos<sup>2</sup>.

Las cárceles, son un espacio creado para los hombres. En Chile, no existe ejecución diferenciada de la pena. Primeramente, no existe una ley de ejecución de la pena. En segundo lugar, existe un reglamento que dispone que mujeres y hombres deben cumplir sus penas en recintos separados y que las madres de niños y niñas menores de dos años gozan del “beneficio” de vivir en un módulo diferenciado en los centros penitenciarios. No existen garantías para estos grupos “niños y niñas” y “mujeres”, que tienen dos dimensiones de

---

<sup>2</sup> TRONCOSO, S. 2016. Derecho Internacional de los Derechos Humanos de las mujeres y su recepción por los tribunales superiores de justicia. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 37.

vulnerabilidad, una por el hecho de estar privados de libertad, y otra por la calificación que les da el DIDH.

Al no existir una regulación legal que reúna todas las garantías presentes en las múltiples convenciones de Derechos Humanos que existen en la materia, la ejecución de la pena se entrega por completo a entes administrativos. Esto genera la existencia de múltiples carencias regulatorias. Una de ellas, es la necesidad de la introducción de una perspectiva de género en la ejecución penitenciaria, que debiese estar presente en un intento de corregir diferencias que la sociedad ha levantado históricamente y que han puesto a la mujer en una desventaja al momento de enfrentar la realidad penitenciaria. Este sistema agrava la desigualdad entre hombres y mujeres.

Se ha visto, desde nuestro punto de vista, materializada esta violencia institucional en el caso de Lorenza Cayuhán, que fue obligada a parir engrillada y con dos hombres resguardando que no huyera. Respecto a Lorenza, la vulneración se multiplicó y tomó formas humillantes. Para corregir este hecho, hoy en nuestro país se tramita la “Ley Sayén”, que busca velar por el interés superior del niño en el contexto de la privación de libertad de las madres.

Es una deuda pendiente del Estado chileno con las mujeres privadas de libertad y los niños y niñas que nacen siendo inocentes y viven durante sus primeros años sin gozar de libertad ¿No es injusta la reclusión de los niños y niñas recién nacidos? Son personas, sujetos de derechos inocentes a los que se les priva de libertad por una extensión indebida de la pena.

Se hace necesario un sistema de ejecución penal que reconozca las diferencias entre hombres y mujeres, por tanto, se adecúe a las mismas. La consideración sobre la maternidad debe ser un elemento tomado en cuenta al momento de analizar la sustitución o suspensión de la pena, que en atención del interés superior del niño -bien jurídico que se considera de la más alta importancia en nuestra sociedad- se excarcele a las madres privadas de libertad, para que no existan inocentes en la cárcel.

En el primer capítulo analizaremos los tratados y declaraciones internacionales de Derechos Humanos atinentes a la ejecución de la pena y a las garantías de estos grupos

especialmente vulnerables. Para hacer un paralelo de la recepción de estos en Chile en el capítulo segundo, que desarrollará la nacional que regula esta situación.

En el capítulo tercero se realizará una descripción de la realidad carcelaria que aqueja a nuestro país y se analizarán sus deficiencias, especialmente aquellas que afectan a nuestro grupo de estudio.

En el cuarto capítulo, se analizarán dos sentencias sobre madres privadas de libertad que se vieron afectadas por las condiciones carcelarias y el trato que se le da a la situación de estas reclusas, evidenciando la necesidad de una regulación que repare estas vulneraciones.

Por último, en el quinto capítulo se analizará en extenso el proyecto denominado Ley Sayén, que pretende dar solución a una parte de la realidad que aqueja a este grupo especialmente vulnerable.

## **CAPÍTULO I: DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS** **EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

El Derecho Internacional mediante organismos como la Organización de Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, ha generado acuerdos respecto de distintas temáticas que aquejan a la sociedad hoy en día. En este ámbito se encuentran diversas discusiones respecto a las condiciones en las que se encuentra a las personas privadas de libertad, quienes son considerados como un grupo vulnerable dentro de la sociedad. Esta condición de vulnerabilidad se acrecienta cuando quienes permanecen en los recintos penitenciarios son mujeres, niños o niñas.

En este contexto, existen diversos instrumentos normativos internacionales que protegen a las personas privadas de libertad. Estos tienen como finalidad la protección de los Derechos Humanos, además de regular relaciones y establecer derechos y obligaciones recíprocos, teniendo en cuenta la señalada condición de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad.

Los tratados internacionales que son ratificados por Chile se entienden incorporados al ordenamiento nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución Política de la República. Dicho artículo limita la soberanía del Estado, de modo que expresa que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Algunos de los tratados que se analizarán han sido incorporados válidamente por nuestro país en virtud del artículo 5 inciso 2° de la Constitución, por lo que se consideran como legislación que regula la ejecución de las penas privativas de libertad. Si bien existe discusión en la doctrina sobre el rango de las normas internacionales dentro de nuestro ordenamiento, su importancia radica en que tienen pleno valor normativo.

### **1. Tratados internacionales de DDHH**

Existen diversos tratados internacionales de derechos humanos que contienen normas atinentes a nuestro tema. Algunas de ellas son:

## **1.1 Declaración Universal de Derechos Humanos**

La Declaración Universal de Derechos Humanos data de 1948, post segunda guerra mundial para evitar que sucedieran nuevamente las atrocidades de las guerras. Desarrolla en un primer momento los Derechos Humanos que fueron considerados básicos en esos tiempos. Sobre el tema que interesa a nuestro desarrollo, el artículo 25 en su inciso 2° establece:

“Artículo 25 inciso 2°: La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos del matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social”

Desde el primer momento de la existencia de DIDH, las mujeres madres y la infancia son reconocidos como sujetos de especial protección.

## **1.2 Convención Americana de Derechos Humanos**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, entró en vigor en el año 1978 y fue ratificada por Chile el año 1990 durante la época de transición post dictadura. Entre sus disposiciones, consideran a los niños como sujetos de especial protección por parte del Estado y de sus padres y madres. En particular, dispone:

“Artículo 19: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

## **1.3 Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto de Derechos Civiles y Políticos**

En 1966, se firman ambos pactos con el fin de proteger derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Chile ratificó este tratado en el año 1972.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10.2 y 10.3, señala que:

“Artículo 10 N°2 y 3:

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición[...]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone un artículo específico para la protección de NNA, al respecto establece:

“Artículo 24 N°1:

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

Estas convenciones evidencian una clara preocupación del DIDH desde sus inicios por la protección de los derechos de los NNA y de las mujeres que están embarazadas o son madres. Estos sujetos han sido progresivamente calificados como grupos vulnerables de acuerdo con el desarrollo derecho internacional, son grupos que merecen especial protección. Es por esto, que existen convenciones especializadas en estos temas, que comprometen a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para que se cumpla el irrestricto respeto a los Derechos Humanos de estos grupos.

## **2. Convenciones de DIDH sobre mujeres**

Existe una diversidad de normas que tratan sobre la protección de las mujeres en el derecho internacional, que apuntan a objetivos diferenciados: la eliminación de la discriminación por razones de género -objetivo inicial del DIDH en la protección de la mujer,

alcanzar la igualdad material entre géneros-, la eliminación de la violencia en la esfera de lo privado y lo público, el alcance de las mujeres a la esfera de lo público, etc.

## **2.1 Convención sobre la eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer**

La Convención sobre la eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer fue ratificada y firmada por Chile en 1979, entrando en vigor desde el 3 de septiembre de 1981. Es el tratado más relevante respecto a los derechos de la mujer.

Este tratado apunta a que los Estados parte garanticen la igualdad entre hombres y mujeres, a fin de evitar discriminaciones por razones de género en las esferas públicas y privadas de la vida, sobre todo en lo referente a lo público, para garantizar su participación en la vida social, política, económica, educativa y cultural de los países. Es por esto, que solo de modo incidental habla de las mujeres privadas de libertad, ya que se refiere a la igualdad en el acceso a la salud y al deber estatal de garantizar servicios de salud para la mujer embarazada durante el periodo prenatal, durante el parto y el periodo postnatal. En el artículo 12 del instrumento esta preocupación se extiende a las mujeres privadas de libertad.

“Artículo 12: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a planificación de la familia.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”

El artículo, primeramente, establece que debe existir un acceso igualitario en las prestaciones de salud y luego garantiza la salud obstétrica-ginecológica en relación con todo el periodo del embarazo y el post parto, preocupándose de la alimentación de la misma

durante el embarazo y la lactancia. Esto evidencia una preocupación por la diada madre-hijo/a, garantizando derechos para ambas partes.

Para el Comité de la CEDAW, la situación de las mujeres privadas de libertad en Chile en cuanto al acceso a la salud ha sido un tema recurrente en sus observaciones. Podemos rescatar dos de ellas:

1. En “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adaptadas por el Comité en su 53° período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012)” sobre las mujeres privadas de libertad se dice:

“... Al Comité le preocupa enormemente la difícil situación en la que se encuentran las mujeres que están en prisión, en particular a la hora de acceder a instalaciones y servicios de salud adecuados.

Recordando las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), el Comité exhorta al Estado parte a que vele”<sup>3</sup>.

El Comité se preocupa por la realidad que viven las mujeres embarazadas privadas de libertad, ya que -como se evidenciará en el acápite sobre realidad carcelaria de más adelante-, su situación en cuanto a acceso a prestaciones de salud es en extremo precaria.

2. En “Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, adoptado el 9 de marzo del 2018”:

“...El Comité también está preocupado por el hecho de que las mujeres privadas de libertad tengan un acceso limitado a una atención médica adecuada por la escasez general de personal profesional y la ausencia de personal médico durante la noche y los fines de semana en los centros de reclusión. Asimismo, el Comité está preocupado por los riesgos que

---

<sup>3</sup> CEDAW. 2012. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones (1° a 19 de octubre de 2012). CEDAW/C/CHL/CO/5-6.



afroitan las mujeres embarazadas en los centros de reclusión, debido a la falta de acceso a la atención obstétrica y ginecológica.

El Comité recomienda que la reforma del sistema penitenciario incorpore una perspectiva de género y que el Estado parte considere la posibilidad de hacer un mayor uso de sanciones y medidas no privativas de libertad para las mujeres en lugar de la prisión.[...]Además, el Comité recomienda que se adopten medidas para garantizar que en los centros de reclusión se disponga de servicios de atención médica adecuados, incluido el acceso a la atención obstétrica y ginecológica, junto con servicios para todas las mujeres privadas de libertad.”<sup>4</sup>.

Al año 2018, la preocupación del Comité sobre las mujeres privadas de libertad sigue siendo la misma, el precario acceso a la salud en los centros penitenciarios. Se reitera la necesidad que estos centros cumplan con estándares mínimos de servicios de salud para las reclusas, para así minimizar los riesgos que enfrentan las embarazadas viviendo en condiciones tan precarias.

La recomendación que se desprende de ambas recomendaciones según el propio Congreso Nacional es la “reforma al sistema penitenciario que incluya una perspectiva de género y prevea instalaciones y servicios de salud adecuados para todas las mujeres privadas de libertad”<sup>5</sup>.

Adicionalmente, se destaca la recomendación de la segunda observación que propone la preferencia por penas diferentes a la privación de libertad, ergo, se habla directamente de la aplicación de penas sustitutivas.

---

<sup>4</sup> CEDAW. 2014. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, adoptadas por el Comité en su 1574 (21 de febrero de 2018). CEDAW/C/SR.1574 y CEDAW/C/SR.1575.

<sup>5</sup> VALDÉS ECHENIQUE, T., 2013. La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 0, no. 9, pp. 180. ISSN 0718-2058. DOI 10.5354/0718-2058.2013.27042.

## **2.2 Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra la Mujer**

Más conocida como la Convención “Belem do Pará” fue ratificada por Chile en el año 1996. Es una de las convenciones más importantes en cuanto al avance de la erradicación de la violencia en contra de la mujer. Es esta convención la que define la violencia de género en las esferas de lo público y lo privado, estableciendo obligaciones a los Estados tendientes a eliminar la violencia de género en ambas esferas, dándole principalmente consecuencias a la violencia en contra de las mujeres en la esfera privada.

En particular, no se habla sobre las mujeres privadas de libertad. Sin embargo, por extensión entendemos que todo este ordenamiento es igualmente aplicable a las mujeres privadas de libertad por tratarse de un grupo especialmente vulnerable.

La violencia de género es definida en el artículo 1 de la Convención como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”

Esta violencia de género puede tener origen en la familia, en la comunidad, o puede ser “perpetrada o tolerada por el Estado o por sus representantes en cualquier lugar”<sup>6</sup>. Aquí pasamos a hablar de violencia institucional, que en nuestro caso, es la que es ejercida por la autoridad -Gendarmería de Chile o el Estado- en contra de las mujeres privadas de libertad. Se entiende por violencia institucional “actos u omisiones de servidores públicos que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los Derechos Humanos de las mujeres”<sup>7</sup>.

La Convención en el capítulo II establece los deberes de los Estados, entre ellos, uno del que se puede desprender un deber de evitar esta violencia institucional

---

<sup>6</sup> COMISION NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2014. Informe Sobre La Situación De Los Derechos Humanos De Las Mujeres Privadas De La Libertad En Centros De Reclusión Del Distrito Federal. Ciudad de México. pp. 23.

<sup>7</sup> Ibid. pp. 24.

“Artículo 7: Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente:

- a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación”

Se establece una obligación dirigida a los funcionarios del Estado a fin de velar por la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género, ordenando que las instituciones del Estado respeten esta obligación.

En particular, el Mecanismo de Seguimiento de la CBDP en el año 2015, manifestó su interés en conocer acerca de las políticas públicas implementadas relativas a mujeres privadas de libertad, sin embargo, no se han hecho recomendaciones hasta la fecha<sup>8</sup>.

### **2.3 Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes**

Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes, también conocidas como las Reglas de Bangkok, fueron adoptadas mediante una resolución emitida por la Asamblea General de la ONU en el 2011. Estas normas nacen luego de un pronunciamiento de la Asamblea General de la ONU en el año 2003, mediante la resolución 58/182, que invitó a los gobiernos y a todos los órganos internacionales competentes en la materia a poner atención a las mujeres privadas de libertad, en especial, a los hijos de las mujeres que se encontraban en prisión, a fin de identificar problemas y solucionarlos.

---

<sup>8</sup> MEZA-LOPEHANDÍA, P.M., 2017. La protección a la mujer embarazada privada de libertad. Estándares internacionales. [En línea] Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25217/2/Protecci%C3%B3n%20de%20la%20mujer%20embarazada%20DDII.pdf>

Se trata de un instrumento desarrollado por Naciones Unidas relativo al trato de las mujeres privadas de libertad. Son 70 reglas que sirven de guía a quienes estén encargados de la legislación y la operación del sistema penal. Se establecen principios generales que deben tratarse como un complemento a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Es sumamente importante destacar la naturaleza jurídica de este instrumento. Se trata de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, es decir, no es vinculante como los tratados internacionales, por lo que no se subsume bajo el artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución, ya que son recomendaciones para los Estados.

El reglamento, parte de la premisa que sostiene que hombres y mujeres no deben recibir un trato igualitario, si no que el trato debe ser sensible al género, es decir, el trato en la ejecución debe atender a una perspectiva de género mediante una discriminación positiva.

El instrumento trata en su totalidad sobre la ejecución de las penas en mujeres privadas de libertad. Es el cuerpo más específico en la materia acerca del trato de las mujeres embarazadas o madres. Sus normas dan un especial énfasis al interés superior del niño en el tratamiento de las madres privadas de libertad.

Las normas atinentes a nuestro tema de estudio son muchas. Para hacer este análisis más fácil, nos referiremos a las normas que tocan lo estrechamente relacionado a las mujeres privadas de libertad que son madres o están embarazadas en subtemas.

i. La madre privada de libertad y los hijos que viven con ella:

Algunas de las normas más relevantes en la materia, son aquellas que tratan acerca de la madre y su relación con los hijos. En la Regla N°2 que regula del ingreso a los Centros de Detención, se identifica de inmediato a las mujeres y a los niños como grupos especialmente vulnerables en el ingreso a CP. Se establece que se les debe “prestar atención suficiente”, lo que se traduce en un tratamiento diferenciado por su condición. Refuerza la idea de la introducción de las reglas, que establece la necesidad de la perspectiva de género en el trato.

La Regla N°3 dispone acerca del registro posterior al ingreso. En esta, se les otorga reconocimiento a las mujeres madres que ingresan con hijos a la privación de libertad, por lo que las normas de protección automáticamente se extienden a estos niños y niñas. Además, se le da especial relevancia al interés superior del niño como principio guía en todo lo que implique la reclusión.

Adicionalmente la Regla N°5, establece una norma acerca de las condiciones de habitabilidad y salubridad con la que deben contar los CP para las mujeres embarazadas o lactantes, instaurando un estándar en esta materia, sobre todo para las mujeres que tienen el cuidado personal de niños y niñas en el contexto de reclusión, para evitar la exposición a enfermedades, infecciones y suciedad que generan condiciones de inhabitabilidad. Este principio busca preservar la dignidad humana en la vida intracarcelaria.

#### ii. Visitas de hijos a las madres:

Otro grupo de normas se hace cargo de las visitas de los hijos NNA de las mujeres privadas de libertad dentro de los CP. Las principales son las Reglas N°4, 26 y 28. Estas normas tienden a darle una especial relevancia a la mantención del vínculo de la madre con los hijos como una forma de acercar más a la mujer a la reinserción, ya que el vínculo madre e hijo/a dentro del contexto carcelario para las mujeres es considerado muy importante, elemento de carácter crucial para sobrellevar la cotidianeidad carcelaria. Esto se sostiene a través de las visitas de sus hijos, lo que ayuda también al bienestar mental de las reclusas<sup>9</sup>.

Cabe destacar que en estas disposiciones se establece el interés superior del niño como un principio preponderante que debe regir el actuar de la administración penitenciaria en las visitas de los NNA.

---

<sup>9</sup> LOBOS SEPÚLVEDA, NATALIA; MENA TOBAR, PAZ; PAVEZ PEDRAZA, N. 2009. Madres Privadas de Libertad. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, vol. N° 14, pp. 21.

### iii. Violencia institucional

“Regla 24: No se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.”

“Regla 11: 1. Durante el reconocimiento médico deberá estar presente únicamente personal médico, a menos que el doctor considere que existen circunstancias extraordinarias o pida la presencia del personal penitenciario por razones de seguridad, o si la reclusa solicita expresamente la presencia de uno de sus miembros, como se indica en el párrafo 2 de la regla 10 *supra*. 2. Si durante el reconocimiento médico se requiere la presencia de personal penitenciario no médico, dicho personal deberá ser de sexo femenino, y el reconocimiento se realizará de manera tal que se proteja la intimidad y la dignidad de la reclusa y se mantenga la confidencialidad del procedimiento.”

Estas normas proscriben expresamente la violencia institucional por parte de los administradores de la ejecución penitenciaria hacia el trato con las mujeres privadas de libertad, que debe conservar la dignidad inherente a cada mujer. Especialmente, en todo lo que comprende el parto y postparto, el uso de coerción en estas instancias puede llegar a ser considerado como tortura según el Protocolo de Estambul, falta gravísima a los Derechos Humanos.

### iv. Acceso a la salud en mujeres privadas de libertad y sus hijos

Como garantizan ya otros tratados en la materia, este reglamento habla en diferentes ocasiones sobre el acceso a la salud de las mujeres privadas de libertad y sus hijos. La regla N°6 dispone que cada reclusa debe tener un examen exhaustivo a fin de que todas sus necesidades de salud sean satisfechas. Sobre los niños privados de libertad junto a sus madres, la Regla N°9 dispone que este también debe contar con tratamientos médicos llevados a cabo por un especialista.

Así mismo, la Regla N°10 establece que “se brindarán a las reclusas servicios de atención de salud orientados expresamente a la mujer y como mínimo equivalentes a la comunidad”. Esta norma alude directamente al derecho de cada mujer a recibir servicios de salud de carácter gineco-obstétricos con un estándar de calidad equivalente al que reciben las personas comunes.

#### v. Actividades intrapenitenciarias

La Regla N°42 se refiere a las actividades intrapenitenciarias. En esta disposición, se establece que los regímenes penitenciarios deben ser flexibles, a fin de permitir a las mujeres privadas de libertad que vivan con sus hijos lactantes y a las mujeres embarazadas, participar en estas. Dispone que para que esto sea efectivo “En las prisiones se habilitarán servicios o disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las reclusas participen en las actividades de la prisión [...] Se procurará, en particular, establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos”.

#### vi. Normas específicas sobre madres con hijos lactantes dentro de la cárcel

Las Reglas de Bangkok dedican un apartado desde la Regla N°48 a la N°52 para proteger a la díada madre-hijo en la privación de libertad.

La Regla N°48 referida a la importancia que tiene la alimentación en la madre lactante, los bebés y los niños no lactantes que viven en reclusión con sus madres. Se garantiza la lactancia materna, a menos que existan motivos sanitarios que la hagan no recomendable.

Acerca de la reclusión de los niños y niñas que vivan con la madre, la regla N°49 dispone que:

“Regla 49: Toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres no serán tratados como reclusos”

Se establece que la decisión de ingresar a un niño o niña al sistema carcelario para que esté con su madre, siempre debe atender al interés superior del niño. La última parte de

la norma da cuenta que se trata de una decisión difícil, ya que son inocentes que ingresan a la cárcel, por esto, no merecen el trato que se tiene con las personas privadas de libertad.

La Regla N°50, agrega que las reclusas que estén con sus hijos en la cárcel deben contar con todas las oportunidades para pasar con ellos la mayor cantidad de tiempo posible.

La Regla N°51 viene a complementar lo que dispone la regla N°9 acerca de la salud de los niños que viven privados de libertad. Añade que el entorno de crianza se debe asimilar a los niños que no viven en centros de reclusión.

Finalmente, la Regla N°52 señala la difícil decisión de separar al hijo/a que crece con la madre en la cárcel de ella. Sobre esta decisión, se establece que debe primar el interés superior del niño, siempre y cuando se hayan tomado en cuenta las alternativas de cuidado.

#### vii. Penas sustitutivas

Las Reglas N°58, 60 y 64 se refieren a la posibilidad de acceder a penas sustitutivas en el caso de las madres privadas de libertad. Estos son los artículos más importantes y atinentes a nuestro tema y disponen lo siguiente:

“Regla 58: Teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 2.3 de las Reglas de Tokio, no se separará a las delincuentes de sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares. Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena.”

“Regla 60: Se preverán recursos apropiados a fin de elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes, en las que se conjuguen las medidas no privativas de la libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres se ven sometidas al sistema de justicia penal [...] En esos programas se tendrá presente la necesidad de establecer servicios de atención a los niños y otros destinados exclusivamente a la mujer.”



“Regla 64: Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan hijos a cargo, y se estudiará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presentes los intereses superiores del hijo o los hijos y velando por que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos hijos.”

Al igual que los consejos del DIDH en la materia, estas reglas evidencian que la recomendación para los Estados es que en el caso las mujeres madres y/o embarazadas sometidas a condenas privativas de libertad o medidas precautorias, sean preferibles penas diferentes a las privativas de libertad, siempre teniendo presente el interés superior del niño como preponderante a fin de aplicar esta clase de sanciones.

## **2.4 Reglas de Tokio**

Las Reglas de Tokio, también conocidas como Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, son un instrumento internacional adoptado por la ONU en 1990 con la finalidad de desarrollar y promover métodos alternativos a las penas privativas de libertad, así lo establece el párrafo 1.1, el cual es complementado por la regla 1.5 el cual establece que:

“Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.”

Es decir, estas reglas apuntan a fortalecer medidas alternativas que pueden resultar eficaces para el infractor, en relación a sus Derechos Humanos. Estas reglas pretenden ser un piso mínimo al momento de aplicar penas que no son privativas de libertad y son claves

cuando se analizan las penas sustitutivas a las que pueden acceder mujeres que han delinquido.

La Regla 2.3 señala que:

“A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia.”

En esta misma línea, la Regla 3.11 lo complementa señalando que:

“Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad se respetarán tanto el derecho del delincuente como el de su familia a la intimidad.”

Para analizar estas reglas, es necesario interpretarlas en conjunto con las reglas de Bangkok, ya que las reglas 57 y 58 de dicho instrumento internacional establece que se deberán promover medidas alternativas a la prisión preventiva y la condena, con el fin de salvaguardar a las mujeres delincuentes y no separarlas de sus parientes en atención a los vínculos familiares, en especial al vínculo que tienen aquellas mujeres que son madres con sus hijos.

Por otro lado, la Regla 6.1 establece que:

“El procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.”

Complementando, la Regla 8.2 establece una serie de medidas alternativas a las penas privativas de libertad:

- i. Sanciones verbales como la amonestación, reprensión y la advertencia

- ii. Libertad condicional
- iii. Penas privativas de derechos o inhabilitaciones
- iv. Penas pecuniarias como las multas o multas sobre los ingresos calculados por días
- v. Incautación o confiscación de bienes
- vi. Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización
- vii. Suspensión de la sentencia o condena diferida
- viii. Régimen de prueba y vigilancia judicial
- ix. Imposición de servicios a la comunidad
- x. Obligación de acudir regularmente a un centro determinado
- xi. Arresto domiciliario

Por último, las reglas analizadas sólo reafirman lo que se ha expuesto a lo largo de este análisis. La prisión preventiva limita derechos inherentes a todos los hombres y mujeres, por ende, su aplicación debe ser excepcional y debe tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, debido a los efectos negativos que puede conllevar a quién se le aplica y a su entorno. En este caso, se deben tomar en consideración las condiciones en que se encuentran las mujeres privadas de libertad que son madres o que están embarazadas.

## **2.5 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos**

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos también son conocidas ahora como Reglas Mandela fueron aprobadas el año 2015 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Fueron un hito ya que establecen nuevos parámetros o estándares para el tratamiento de la población penitenciaria, protegiendo de mejor manera los derechos de las personas privadas de libertad y su integridad, refiriéndose a una serie de temas como: habitaciones, salud, alimentación, higiene, régimen de visitas, entre otros.

Las Reglas Mandela han sido un gran aporte debido a que regula de forma amplia la situación de las personas privadas de libertad teniendo como principio la dignidad y respeto del ser humano.

Con respecto a las disposiciones atinentes a este análisis, la Regla N°28 establece que:

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

Establece que a las mujeres reclusas que se encuentran embarazadas, se les debe otorgar todos los cuidados que sean necesarios, protegiéndolas y otorgándoles el apoyo en todo momento, cuestión que no se cumple en la práctica en la ejecución penitenciaria en general. La presencia de médicos ginecólogos u obstetras es escasa en estos recintos.

Además, resulta importante que existan instalaciones y protocolos adecuados para el momento del parto, evitando el uso de fuerza o instrumentos como grilletes, cuestión regulada en la Regla N°47 de este cuerpo normativo.

Por otro lado, la Regla N°29 la complementa, estableciendo que:

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

- a) facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por su madre o padre;
- b) proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, incluidos servicios de reconocimiento médico inicial en el momento del ingreso y servicios de seguimiento constante de su desarrollo a cargo de especialistas.

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

Es fundamental hacer hincapié en que la permanencia del niño o niña junto a su padre o madre está sujeta al interés superior del niño. Este es el principio rector de toda decisión que se tome en torno al tema, ya que siempre se pretenderá el desarrollo integral y vida digna de todos los niños y niñas. Este principio toma más fuerza cuando algunos de los padres o ambos se encuentran privados de libertad.

Por otro lado, la existencia de guarderías para niños dentro de las cárceles chilenas es inexistente. No existe una regulación clara de la situación de los niños que se encuentran privados de libertad junto a sus madres, de igual forma la atención sanitaria especial para niños y niñas es escasa, teniendo en cuenta que el sistema de salud ya es precario en Chile, en contexto de reclusión la situación empeora.

Con respecto a los derechos sexuales y reproductivos, diversos informes han establecido que las visitas íntimas o conyugales son un derecho que tienen todas las personas privadas de libertad, sin muchas veces cumplirse, debido a que las instalaciones de los centros de reclusión no cuentan con las instalaciones adecuadas para su desarrollo, respecto de esto la Regla N°58.2 establece que:

“En caso de que se permitan las visitas conyugales, este derecho se aplicará sin discriminación y las reclusas podrán ejercerlo en igualdad de condiciones que los reclusos. Se contará con procedimientos y locales que garanticen el acceso equitativo e igualitario y se prestará la debida atención a la seguridad y dignidad.”

## **2.6 Principios y buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas**

El documento que establece los principios y buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas fue aprobado por unanimidad el 2008 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos. Debe ser considerada como el estándar constitucional primordial que deben aplicar los Estados miembros de la OEA en materia de privación de libertad. Esta se sustenta en el respeto a la dignidad y los Derechos Humanos de todas las personas privadas de libertad.

El documento fue elaborado con representantes y expertos de diversos países que conforman la OEA y fija estándares novedosos con respecto al tratamiento de las personas privadas de libertad, complementando las “Reglas Mandela” o Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de la ONU, siendo muchos de sus lineamientos generales desarrollados en este documento.

Con respecto a los principios fundamentales en este análisis, en primer lugar, el principio II establece que no se discriminará a las personas privadas de libertad bajo ninguna condición. Sin embargo, establece que:

“No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas”

Dicho de otro modo, este principio establece el deber de los Estados parte de otorgar un tratamiento diferenciado a las mujeres, sin ser considerado como discriminatorio para los hombres, debido a que el trato diferenciado se otorga teniendo en cuenta la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres, es decir, el tratamiento diferenciado es derechamente una discriminación positiva.

En forma complementaria, el Principio X, se refiere al trato y condiciones especiales a la que deben someterse las reclusas mujeres, haciendo especial énfasis en las mujeres embarazadas y niños:

“Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye [...] las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas [...].

Mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia

de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto [...].

En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz.”

El artículo establece medidas especiales en el tratamiento de mujeres privadas de libertad, las que se correlacionan con las medidas ya analizadas en otros cuerpos legales internacionales. Siempre haciendo hincapié en la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado, ya sea por ser mujer, por ser madre (fuera de la cárcel), por estar embarazada dentro de esta o por vivir con sus hijos dentro del recinto carcelario.

Por este motivo, el Principio XXII establece la prohibición de aislamiento a mujeres embarazadas o que conviven con sus hijos en el interior de la cárcel. Además, respecto de este punto, el Principio XII habla acerca de albergue y condiciones de higiene y vestido de las personas privadas de libertad, se refiere expresamente a la situación de madres que se encuentran en recintos penitenciarios juntos a sus hijos pequeños, estableciendo que:

“Se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez.”

Por último, el Principio III, establece que la privación de libertad de niños y niñas deberá aplicarse como último recurso, y en su punto 4 establece que los Estados deberán promover medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad:

“Los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado [...].”

Punto importante, que es promovido por los demás cuerpos internacionales analizados en este acápite. Lleva a pensar en la importancia de plantearse las penas

sustitutivas o la suspensión de la pena como una alternativa real en casos en los que mujeres condenadas se encuentren embarazadas o cumpliendo penas con sus hijos o hijas dentro de recintos carcelarios, con el fin de disminuir el impacto negativo que tiene esta situación.

### **3. Convenciones de DIDH sobre niños y niñas**

En tercer lugar, nos parece atingente al tema analizar la normativa internacional respecto a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, de los cuales el Estado debe ser garante.

Hoy en día, el derecho a la infancia no es reconocido por la Constitución y los NNA tampoco son reconocidos como sujetos de derecho, por lo que resulta crucial referirse a los Tratados Internacionales que sí hacen referencia respecto a este tema.

#### **3.1 Convención de derechos del Niño**

La Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante, CDN) fue ratificada por Chile hace 30 años. Este tratado trae consigo un cambio de paradigma en el que se le atribuye al Estado la responsabilidad con las familias y la sociedad de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

La CDN no regula de manera específica la situación de los niños y niñas cuyos padres se encuentran privados de libertad. Sin embargo, otorga un marco regulatorio general de protección a los derechos de NNA.

En primer lugar, el artículo 2 de la CDN establece que:

“Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

Los niños y niñas que nacen privados de libertad son de inmediato estigmatizados por la reclusión de la madre. Como consecuencia directa de ello, son discriminados, lo que se



materializa en una vulneración de las garantías fundamentales que sistema jurídico le otorga a los recién nacidos, como nacer libres e iguales en dignidad y derechos.

Si bien el estar privado de libertad los primeros dos años de vida es una decisión que se toma en beneficio de los recién nacidos, esta situación tiene efectos negativos en ellos.

Por lo demás, se ha expuesto que la estancia de niños y niñas menores de dos años dentro de las cárceles junto a sus madres contraviene la CDN, ya que en su artículo 37 establece que:

“Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”

Se establece que esta situación es contraviene lo dispuesto en la, ya que los niños y niñas se encuentran privados de libertad siendo inocentes, lo que genera debate con respecto a lo que plantean los Tratados Internacionales en la materia, aun teniendo en consideración que no son obligados *prima facie* a permanecer en los recintos penitenciarios, ya que existe la posibilidad de decidir, basado en el interés superior del niño, si el recién nacido queda bajo la responsabilidad de familiares fuera del recinto o no.

Sin embargo, los niños y niñas que nacen y viven sus primeros años de vida en contexto de reclusión, no nacen iguales a los niños que viven en un medio libre, ya que, al nacer privados de libertad, son restringidos de una serie de derechos por el hecho de vivir dentro de una cárcel. Niños y niñas que no han cometido delito alguno son tratados como si así fuese por el sólo hecho de que su madre se encuentre cumpliendo una pena de cárcel.

Por otro lado, el artículo 3 de la CDN establece:

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

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

3. Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Este artículo es uno de los más importantes de la CDN, ya que consagra el principio de interés superior del NNA. En este sentido, el resultado de una sentencia y posterior condena tiene resultados que afectan directamente a los hijos de las personas privadas de libertad, sobre todo de la mujer privada de libertad por el rol mujer-madre que se le ha impuesto históricamente. Debido a esto, es necesario que al momento de imponer una pena privativa de libertad a mujeres que son madres, el tribunal tome en cuenta el interés superior del niño y las repercusiones que pueden traer para ellos esta pena privativa de libertad, tanto los NNA que se encuentran fuera del recinto carcelario como los niños y niñas menores a dos años que se encuentran dentro de las cárceles junto a sus madres cumpliendo condena.

En caso de que los recién nacidos vivan con la madre privada de libertad, el Estado tiene el deber de garantizar un espacio seguro, que cumpla con las medidas sanitarias y todas las condiciones necesarias para su óptimo desarrollo durante los primeros años de vida.

El artículo 9° en su numeral 3, establece que:

“3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”

Cuando la separación del niño de uno o ambos padres sea por resultado de una decisión del Estado, tal y como lo es la imposición de una pena privativa de libertad, es obligación del Estado otorgar la información necesaria sobre el paradero de los demás miembros de la familia.

Cuando la separación involucra a la madre y sus hijos -aunque la CDN no lo establece expresamente- de esta disposición se puede desprender que existen dos posibles medidas para evitar una separación: en primer lugar, que niños y niñas sean acomodados junto a su madre dentro del recinto penitenciario, lo que en Chile es posible hasta que el niño o niña cumpla dos años. La segunda alternativa consiste en que se establezcan sanciones que disminuyan la reclusión de la mujer. Esta última alternativa es a la que se da preferencia, siendo respaldada en las Observaciones Generales de esta Convención.

Para complementar lo ya expuesto, el artículo 31 de la CDN, establece que:

“Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.”

Todos los niños y niñas tienen derecho a la infancia y a realizar actividades acordes a su edad, a jugar y compartir con otros niños o niñas, cuestión crucial en los primeros años de vida, puesto que son estas instancias los primeros ámbitos de socialización del ser humano.

### **3.2 Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño**

Las Observaciones Generales que se hacen a diversos Tratados Internacionales se basan en la experiencia adquirida por el Comité en el examen de los informes de los Estados Parte a lo largo de los años. En este caso, se trata de 17 Observaciones Generales que el Comité de los Derechos del Niño ha emitido desde 2001 hasta el 2014, en las cuales se abordan los derechos y principios rectores de la CDN, teniendo como propósito que se implemente de la mejor manera posible dicha Convención.

La Observación General N°14 se refiere al artículo 3 párrafo 1 de la CDN, el cual tal y como se desarrolló en el apartado anterior, establece que se debe tener en cuenta el interés

superior del niño o niña en todas las decisiones que le afecten. Si bien este se ve reflejado en otros artículos de la CDN, esta Observación sólo se refiere el artículo 3 párrafo 1.

El artículo 3 párrafo 1 tiene una intrínseca relación con el derecho a la no discriminación, de modo que los Estados que adhieren a la CDN deben “tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención”<sup>10</sup>. Cuestión que causa controversia cuando los niños y niñas menores a dos años se encuentran privados de libertad junto a sus madres, ya que es claro que no están las condiciones para que exista una real igualdad de oportunidades.

Por lo demás, el interés superior del niño debe adecuarse teniendo en consideración todas las circunstancias particulares de los niños y niñas, siendo estas: sexo, edad, condición socioeconómica, su pertenencia a un grupo minoritario, si viven o no con sus padres, además de su estructura familiar. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

Esta Observación, plantea ciertos elementos que se deben tener en cuenta al momento de determinar el interés superior del niño tales como su opinión, su identidad, preservación del entorno familiar y sus relaciones, cuidado y protección, situación de vulnerabilidad y derecho a la salud.

Con respecto a la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de sus relaciones, esta observación indica que “cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados”<sup>11</sup>. Resulta necesario replantearse las

---

<sup>10</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.2013. Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que se tenga en cuenta su interés superior como consideración primordial (art. 3, párr. 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 41.

<sup>11</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. Cit. párr. 69.

penas privativas de libertad en casos en donde se trate de mujeres-madres en conjunto con sus hijos menores de dos años teniendo en consideración el interés superior del niño, abriéndose la posibilidad de acudir a penas sustitutivas, tal y como lo plantea esta Observación.

### **3.3 Informe y recomendaciones sobre los hijos de padres encarcelados del Comité de Derechos del Niño**

Este informe reúne buenas prácticas y políticas en lo que respecta al tratamiento de niños y niñas que son hijos de padres que se encuentran privados de libertad. Dicho documento es presentado durante el Día de Debate General el año 2011 del Comité de la ONU sobre los Derechos de la Niñez, celebrado en Ginebra el 31 de septiembre del 2011. El objetivo de este documento es la recopilación de discusiones en torno a cómo mejorar el apoyo otorgado a niños y niñas de padres encarcelados, teniendo en cuenta que esta experiencia muchas veces resulta siendo negativa para su bienestar.

El informe hace hincapié al derecho a no ser discriminado, que es consagrado en el artículo 2 de la CDN. Adicionalmente, se hace énfasis en el derecho de los NNA a ser escuchados durante los procedimientos judiciales que los afecten, que se encuentra en el artículo 12, con miras a que los NNA no se encuentren situados en una posición de desventaja con sus pares por el hecho de que uno de sus padres o ambos se encuentren encarcelados.

En lo atinente a este análisis, se afirma que todo niño tiene derecho a crecer y permanecer junto a su padre o madre, mencionando a lo largo del documento una multiplicidad de formas en las que los niños se ven afectados por el encarcelamiento de sus padres, las cuales se acrecientan cuando los niños y niñas se encuentran reclusos junto a ellos.

El informe expresa que “las decisiones sobre si los menores deben vivir en la prisión o abandonarla y cuándo deben hacerlo, deberán basarse en un análisis individualizado, caso

por caso, del mejor interés del menor”<sup>12</sup>. Así, el razonamiento que se esgrime para permitir esta situación siempre estará relacionado con el bienestar del niño o niña, entregándose recomendaciones para su implementación.

A la vez, se reconoce la importancia de que los Estados consideren medidas alternativas a la detención y privación de libertad de los padres. Así como también medidas alternativas a poner al niño o niña dentro de la cárcel junto a su madre, por ejemplo, otorgar la custodia a familiares cercanos. De todas formas, estas alternativas siempre tienen que ser analizadas teniendo en consideración el interés superior del niño.

En el caso que se tome la decisión de que el niño o niña se quede recluido dentro de la cárcel junto a su madre en atención al interés superior del niño, se debe asegurar que se le otorgue los servicios necesarios y suficientes para su desarrollo. En principio, las cárceles no están diseñadas para criar niños dentro de ellas, de modo que el informe indica que “las instalaciones para los menores que viven en la cárcel deben estar adaptadas a los niños y niñas, estar limpias e higiénica y haber sido diseñadas tomando en cuenta el desarrollo y seguridad de los menores”<sup>13</sup>, teniendo en cuenta que la calidad de condiciones de vida durante sus primeros años tendrá un impacto significativo en su desarrollo. A la vez el informe también plantea la necesidad de médicos pediátricos que sean especialistas dentro de estos recintos.

Además de las condiciones básicas que deben tener, las cárceles deben ser adaptadas para que los niños y niñas puedan desarrollarse dentro de estas como tales, protegiendo su infancia y desarrollo. El informe indica que “las cárceles deben asegurarse de estar equipadas para adaptarse a las necesidades dinámicas del menor. También, es probable que una niña o niño de 24 meses tenga más movilidad que un recién nacido; por tanto, debe haber el suficiente espacio para que el niño explore”<sup>14</sup>. Esto estipula que se deben tener espacios separados de las demás personas privadas de libertad, es decir, debe existir un recinto en

---

<sup>12</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2011. Comité de los Derechos del Niño, Informe y recomendaciones del día de debate general sobre los hijos de padres encarcelados, 30 de septiembre de 2011 pp. 33.

<sup>13</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. Cit. pp. 25.

<sup>14</sup> Ibid. pp. 27

donde sólo se encuentren las madres con sus hijos separados del resto de la población penitenciaria. Asimismo, debe contar con espacios para que los niños y niñas puedan jugar libremente y desarrollarse, en donde cuente con la movilidad necesaria acorde a su edad.

Por último, el informe se refiere en un apartado especial a las mujeres que se encuentran cumpliendo una pena privativa de libertad y a su derecho a recibir atención médica especializada, tanto en el prenatal como en el postnatal, y prescribe que una vez que nazca el niño o niña se debe respetar el período de lactancia materna, otorgando las instalaciones adecuadas para ello.

Además, el informe recomienda que “la duración óptima del amamantamiento, debe ser un factor pertinente a tomar en cuenta para determinar cuánto tiempo deben los menores vivir con sus madres presas”<sup>15</sup>, se sostiene que este derecho se debe asegurar al menos hasta los 24 meses de edad.

Finalmente, el informe se refiere a la casi nula investigación que se le ha otorgado a la situación de madres privadas de libertad que viven con sus hijos en recintos penitenciarios, refiriéndose a que es necesario un estudio a fondo para que se puedan generar políticas que vayan en ayuda de los niños y niñas.

#### **4. Conclusiones**

En cuanto al desarrollo de las Convenciones Internacionales en la materia, se evidencia que estas establecen altos estándares en el trato de las mujeres privadas de libertad. De estas, las principales conclusiones son:

- (I) Todas las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos que les reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, únicamente se les priva del derecho a la libertad, manteniéndose intactas el resto de sus garantías;

---

<sup>15</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Op. Cit. pp. 32.

- (II) La ejecución penitenciaria debe gozar de perspectiva de género, atendiendo a las diferencias que existen estructuralmente entre hombres y mujeres;
- (III) Se debe reconocer el derecho irrestricto a la salud ginecológica y obstétrica de las mujeres privadas de libertad, teniendo un estándar mínimo de atención similar al de la atención de la población común;
- (IV) En el caso de las mujeres condenadas que tengan hijos o hijas, se debe preferir una condena no privativa de libertad, a fin de no privar de libertad a NNA inocentes, en atención al interés superior del niño.

Podemos ver que, en nuestro país, no existe una recepción legal de los estándares establecidos en la materia. Se evidencia en la realidad carcelaria, que el Estado ha sido incapaz de ser garante de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad.

Resulta igual de importante recalcar la relevancia de todos aquellos instrumentos que se refieren a los derechos de los niños, debido a que son instrumentos recientes. Es imperativo que se considere a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y al mismo tiempo que el Estado de Chile actúe como garante de estos.

Los niños que se encuentran privados de libertad junto a sus madres son privados de sus derechos fundamentales. Les es limitada su acceso al derecho a la educación, a prestaciones de salud, se encuentran en situaciones de hacinamiento, tampoco se les respeta el vínculo con sus demás familiares y la socialización con otros pares, la cual es crucial para el desarrollo de todo niño en sus primeros años de vida y que, debido a su estadía en la cárcel, resultan marginados de la sociedad. La transgresión de los derechos de los niños no puede ser afectada desde ningún punto de vista ni circunstancia, ni siquiera en el contexto de conservación del vínculo madre-hijo. Por lo anterior, el Estado debe analizar cualquier decisión que pueda afectar al niño, niña o adolescente, teniendo como principio rector el interés superior del niño.



## **CAPÍTULO II: NORMAS JURÍDICAS NACIONALES APLICABLES A LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

### **1. Concepto de derecho penitenciario y ejecución de la pena**

Dentro del procedimiento sancionatorio punitivo, la ejecución de la pena debiese cumplir un rol crucial, ya que, en la dogmática penal, la imposición de una pena resulta esencial en la reinserción de las personas que delinquen, fomentando la prevención especial positiva y disminuyendo el riesgo de reincidencia delictiva.

Una vez que la pena es determinada por el derecho penal adjetivo y material, se abre el paso al derecho de la ejecución de la pena. Esta etapa tiene mayores problemas cuando la pena es privativa de libertad, ya que suele existir una confusión respecto de la competencia jurisdiccional de cada etapa, respecto de dónde termina la competencia jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado y dónde comienza la ejecución propiamente tal<sup>16</sup>.

La ejecución de la pena dentro del Derecho Penal es estudiada por el Derecho Penitenciario, siendo catalogada por algunos autores como la rama más reciente de las disciplinas penales<sup>17</sup> y existiendo discusión si sólo se debe abocar a las penas privativas de libertad o sí debe incluir penas de cualquier otra naturaleza. Debido a esto es poco el desarrollo que tiene el derecho penitenciario a pesar de la importancia que tiene al organizar la forma en que se ejecuta la pena, sus métodos y tratamientos, la cual es la última fase del procedimiento, la etapa final del sistema punitivo y que muchas veces es olvidada, a pesar de su importancia por la directa relación que tiene al regular el trato con la población penitenciaria.

El Derecho Penitenciario es conceptualizado por Roxin como aquel que “contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de libertad<sup>18</sup>”. Este concepto puede ser considerado restrictivo, ya que un

---

<sup>16</sup> MAPELLI, B. 2014. Capítulo 1. Concepto y ámbito del Derecho penitenciario. Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada, Colección Documento de Trabajo n°17, EUROsocial: Madrid. pp. 24.

<sup>17</sup> PRADEL, J. 2005. Approche comparée du Droit pénitentiaire, en Revue de Pénitentiarie e de Droit Pénal no. 1, pp.11.

<sup>18</sup>ROXIN, C. 1997. Derecho penal. Parte general (Madrid, Editorial Civitas, 1997), pp. 45-46.

concepto moderno de este derecho ha considerado incluir otros aspectos de la vida en prisión, tales como la educación, trabajo, sanidad, higiene, alimentación, etc.

Foucault se ha referido a esta área del derecho como la región más sombría del aparato de la justicia<sup>19</sup>. Lo anterior, debido a la poca supervisión o control judicial que existe en la ejecución de la pena sobre el respeto de los derechos fundamentales de las personas y las garantías del proceso. El “*ius puniendi*” tiene como límites los principios fundamentales, garantías del procedimiento y los derechos humanos plasmados en tratados internacionales suscritos por Chile que son inherentes a todas las personas, por lo que la pena debe ser proporcional al daño cometido y debe respetar derechos esenciales a la naturaleza humana, teniendo una mínima afectación a ellos. Cuestión muchas veces olvidada por el afán de utilizar las penas privativas de libertad como un instrumento político criminal que no respeta la proporcionalidad que debe existir entre el delito y la pena, pasando a llevar estos derechos.

De esta manera, nos podemos referir a la ejecución de la pena como una de las fases del proceso penal, caracterizada por encontrarse regulada de forma inorgánica y asistemática en nuestro ordenamiento jurídico. Es aquella etapa en la que se lleva a cabo el cumplimiento de la sanción. En un sentido estricto, sólo engloba a aquellas penas que tienen una pena privativa de libertad. En sentido amplio, esta etapa considera también penas de cualquier otra naturaleza. Se ha referido a esta etapa como aquella que ha sido olvidada, debido al poco estudio que ha tenido.

Citando al Dr. Ramón Teodoro Ríos:

“El principio de legalidad referido a los delitos y las penas (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), al decir de Manzanares Samaniego encierra cuatro garantías: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. De las cuatro garantías —señala el autor español— sólo las tres primeras han sido respetadas más o menos escrupulosamente. La garantía de ejecución se nos muestra como la Cenicienta. Parece que quienes se ocupan de la justicia

---

<sup>19</sup> KÜNSEMÜLLER, C. 2005. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 25. pp.115.

(jueces, fiscales y defensores) agotaran sus energías y preocupaciones en la tarea de llegar a una sentencia”<sup>20</sup>.

Esta visión es compartida por el profesor Carlos Kunsmüller, quien plantea que “históricamente, la fase ejecutiva fue quedando huérfana de toda atención por parte de los juristas. Agotada la fase declarativa del procedimiento penal, prácticamente no interesaba a nadie, salvo honrosas excepciones, saber qué sucedía después de la firmeza de la sentencia condenatoria”<sup>21</sup>.

La importancia de esta etapa y su olvido, sumado a su regulación inorgánica y asistemática, sin duda trae consecuencias gravosas a la población penitenciaria. Teniendo especial repercusión en aquellas mujeres privadas de libertad que se encuentran dentro de estos centros embarazadas, o aquellas reclusas que son madres y se encuentran desprotegidas junto a sus hijos menores de dos años, quienes son los mayormente afectados.

## **2. Naturaleza jurídica**

En Chile, durante la ejecución de la pena existen dificultades por la “contextura híbrida” del Derecho Penitenciario, las normas que lo regulan son parte del Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Se genera una discusión no meramente discursiva, situarlas en uno u otro ámbito del derecho tiene implicancias respecto a los principios y garantías que se aplicarían durante esta etapa.

Durante mucho tiempo, se entendió que las normas que regulaban la ejecución de la pena eran normas internas del Estado, por lo que carecerían de rango jurídico, hoy en día no se entiende así considerando que en un Estado de Derecho no pueden existir áreas ajenas al control jurídico, sobre todo considerando que durante la ejecución de la pena se privan derechos fundamentales.

Hay autores que conciben el derecho penitenciario como un ámbito del Derecho Administrativo, en el supuesto que una vez que el juez dicta la sentencia condenatoria no interviene en la etapa posterior de cumplimiento de la pena. En la etapa de la ejecución -

---

<sup>20</sup> ROXIN, C. 1993. Determinación judicial de la pena, Bs. As., Editores del Puerto. pp. 128.

<sup>21</sup> KÜNSEMÜLLER, C. Op. cit. pp.114.

según estos autores- existe intervención estatal a través de organismos que son parte de servicios públicos fuera del ámbito judicial, destinados a intervenir en esta etapa. Debido a este razonamiento, parte de la doctrina considera que el Derecho Penitenciario y la ejecución de la pena forman parte exclusivamente del Derecho Administrativo.

Por otro lado, autores como Polittof, Matus y Ramirez, estiman que el derecho de ejecución de la pena integra el Derecho Penal, constituyendo una prolongación y estudiando más allá del fenómeno del hecho punible, poniendo énfasis en las consecuencias que traen aparejadas las decisiones jurisdiccionales al condenado y la comunidad, como también su ejecución. Así, la ejecución comprendería reglas jurídicas relativas al inicio, cumplimiento, control de las penas y medidas de seguridad impuestas como consecuencia de un delito<sup>22</sup>. Esto es respaldado por la doctrina mayoritaria, que considera que, si bien la pena privativa de libertad se cumple dentro de un recinto penitenciario a cargo de entidades administrativas del Estado, esto no implica que las normas reciban tal carácter, considerando finalmente que el derecho de la ejecución de la pena constituye una tercera área del Derecho Penal en conjunto con el Derecho penal formal y el Derecho penal material.

Otra visión más radical postula que el Derecho Penitenciario goza de cierta autonomía relativa debido a su importancia, en suma, no debe ser estudiado como una rama ni del Derecho Administrativo ni del Derecho Penal, ya que posee un ámbito delimitado en su funcionalidad y normas propias.

Por último, en el derecho comparado existe una naturaleza híbrida de este derecho. Se considera que el Derecho Penitenciario es una prolongación del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal propiamente tal, ya que la ejecución estaría a cargo de un Juez de Vigilancia penitenciaria, jurisdicción especial que en Chile no tiene cabida. Por lo demás, el derecho comparado también integra el Derecho Administrativo, siendo los órganos públicos del Estado el encargado de ejecutar las normas penitenciarios y por último, también integra

---

<sup>22</sup> DURAN, M. 2020. Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena. Revista de derecho Concepción. Vol. 88, no. 247 pp. 127. ISSN 0718-591X. DOI 10.29393/rd247-4mddp10004.

el Derecho Constitucional a lo que se refiere con el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad<sup>23</sup>.

### **3. Normativa nacional de la ejecución de la pena**

Existen reglas jurídicas específicas que regulan el inicio, cumplimiento, control y medidas de seguridad de aquellas penas que son consecuencias de un delito determinado.

Si bien lo ideal sería que existiera un cuerpo orgánico que regulara la ejecución de la pena, para que de este modo se encuentre bajo el imperio de la ley y así evitar abusos de poder o arbitrariedades dentro del contexto de encierro, esta no existe, presentándose debilidades normativas en esta área que dan espacio a la discrecionalidad administrativa debido a que su regulación se encuentra en reglas contenidas en distintos instrumentos normativos.

A continuación, se pasarán analizar aquellas consideradas relevantes en lo que concierne a la maternidad de las mujeres privadas de libertad:

#### **3.1 Constitución Política de la República**

Aunque nuestra Carta Fundamental no se refiere de manera expresa a la regulación de la pena, esta es importante, ya que contiene garantías inherentes a toda persona, incluyendo a aquellas personas que se encuentran cumpliendo alguna pena, sea privativa de libertad o no, como consecuencia de la comisión de un delito. Dentro de este cuerpo normativo se contemplan normas que rigen la organización de la nación y también normas que regulan la relación del Estado con los ciudadanos del país, determinando las llamadas bases de la institucionalidad y los derechos y deberes de los sujetos ante la misma, conocidos también como derechos fundamentales.

Las bases de la institucionalidad se encuentran consagradas en el Capítulo 1 de la Constitución Política de la República, el artículo 1° de este cuerpo normativo señala:

---

<sup>23</sup> GARCÍA, C. 1999. Diccionario de Ciencias Penales. Madrid, Edisofer. pp. 205.

“Artículo 1: Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece [...]”

Los hijos e hijas de madres privadas de libertad que nacen o viven sus primeros años de vida dentro de la cárcel no nacen libres ni iguales en dignidad y derechos. Nacen encerrados en contra de su propia voluntad, coartando su libertad y limitando sus derechos. Por otro lado, las mujeres madres y embarazadas no reciben un trato acorde a su estado. El problema respecto del trato y condiciones dignas dentro de las cárceles sobrepasa a las mujeres privadas de libertad, debido a que es un problema generalizado que se refleja en las condiciones de las cárceles de la población penitenciaria en general. Sin embargo, urge que se tomen medidas para que a las mujeres madres y embarazadas se les entregue un trato digno durante todo el proceso de embarazo.

El artículo 19° de la Constitución es sin duda el más atingente a lo que respecta este análisis, ya que en este artículo se encuentran una serie de derechos fundamentales inherentes a todas las personas que el Estado se encuentra en la obligación de respetar. Su origen se encuentra intrínsecamente relacionado a los Derechos Humanos provenientes de distintos tratados internacionales y que han sido incorporados a la legislación nacional por el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, que además de establecer que la soberanía del Estado tiene como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, también le otorga rango constitucional estos derechos inherentes a la naturaleza humana que se encuentren en tratados suscritos y ratificados por Chile, los cuales se analizaron en el capítulo anterior.

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.”

El primer numeral de este artículo asegura la integridad física y psíquica de toda persona. El Estado tiene el deber de garantizar las condiciones necesarias dentro de los recintos carcelarios asegurando la integridad tanto física como psíquica de todas las personas que se encuentran cumpliendo penas tanto privativas de libertad como de cualquier otra naturaleza. El Estado debe asegurar las condiciones idóneas para el pleno desarrollo a cada persona, otorgando todas las medidas necesarias para resguardar la integridad física de mujeres embarazadas, además de otorgarles el apoyo psicológico para esta etapa, sobre todo teniendo en cuenta, como se indicó anteriormente, que las mujeres sufren más trastornos psicológicos que los hombres dentro del contexto penitenciario.

Por otro lado, debe existir un resguardo especial a este derecho respecto de aquellos niños, que, por decisión judicial, permanecen en los recintos penitenciarios hasta los dos años junto a sus madres privadas de libertad. Se debe garantizar su integridad, tanto física como psicológica.

Por otro lado, la carta fundamental asegura:

“3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”

En este sentido, el numeral consagra el principio de legalidad estableciendo que ningún delito se castigará con otra pena que la establecida en la ley con anterioridad a la perpetración de dicho delito, excluyendo que los delitos y penas puedan ser creados por otra fuente que no sea la propia ley.

El Estado debe garantizar la protección de estos derechos cuando la persona que comete un delito se enfrenta a los tribunales de justicia, asegurando su derecho a defensa y los demás derechos que le son inherentes.

Pese a que este numeral no se refiere específicamente a los derechos sexuales y reproductivos o condiciones en que las mujeres se encuentran en el contexto de reclusión, resulta importante en el ámbito de la ejecución de la pena considerando que toda persona privada de libertad sea hombre o mujer se le debe asegurar que la pena que esté cumpliendo se encuentre fundada en un proceso previo legalmente tramitado, respetando las garantías del procedimiento y una investigación justa.

Este artículo se encuentra relacionado con el numeral 7° del mismo, que asegura la libertad personal y de desplazamiento, haciendo énfasis en su letra b) “que sólo se les puede privar de esta libertad en los casos determinados que se encuentran contemplados en la Constitución y en las leyes”.

Por último, el numeral 9° establece el derecho a la protección de la salud, derecho atinente al tema debido a que los derechos sexuales y reproductivos se encuentran intrínsecamente relacionados con el derecho a la salud. Las mujeres privadas de libertad que se encuentran embarazadas tienen derecho a que el Estado les garantice el acceso a la salud durante todo el proceso de embarazo, y también sus hijos, otorgando cuidado, vacunas y controles médicos y todo lo necesario para garantizar el acceso a este derecho y la integridad tanto física como psicológica de la madre y su hijo.

### **3.2 Código Penal**

El Código Penal chileno data del año 1874. Una parte de la doctrina en la materia sostiene que el soporte ideológico de este código es típico de los gobiernos autoritarios, que suelen omitir en la legislación disposiciones acerca de la ejecución de las penas en la ley. Esto, ha permitido la progresiva “colonización administrativa” en la regulación de la ejecución de la pena, lo que en cierto modo desvincula la finalidad de la pena<sup>24</sup>. Esto se evidencia en la poca cantidad de normas que este código dispone en materia de ejecución.

Actualmente el libro primero, capítulo III “De las penas”, título V del Código Penal, contiene normas sobre la ejecución de la pena desde el artículo 79 al 89 bis. Estos artículos destacan y extienden el principio de legalidad de la pena -consagrado ya en la Constitución- a la fase de la ejecución “*nullum crimen nulla poena sine lege*”. Sin embargo, en el inciso 2° del artículo 80 se puede apreciar que se relativiza el principio al entregar la regulación de la ejecución de la pena a reglamentos<sup>25</sup>. Así pasa también en el artículo 86, que dispone:

---

<sup>24</sup> HORVITZ, M. 2018. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?. Política criminal, vol.13, no.26. pp.911.

<sup>25</sup> MATUS, J. 2009. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. pp. 415.



“Artículo 86: Los condenados a penas privativas de libertad cumplirán sus condenas en la clase de establecimientos carcelarios que corresponda en conformidad al reglamento respectivo”.

El reglamento de establecimientos penitenciarios en sus artículos 11 al 23 establece diferentes clases de recintos penitenciarios. Los que interesan a este análisis, son los Centros Penitenciarios Femeninos, destinados a las mujeres privadas de libertad<sup>26</sup>. Es el artículo 87 del mismo instrumento el que se encarga de establecer que las mujeres cumplirán sus condenas en establecimientos especiales, separadas de los hombres.

### **3.3 Código Procesal Penal**

En el Código Procesal Penal se dispone sobre la ejecución de la pena en el título VIII en el párrafo 2° sobre la “Ejecución de las sentencias” desde el artículo 467 al artículo 472.

El artículo más relevante es el siguiente:

“Artículo 467: Normas aplicables a la ejecución de las sentencias penales. La ejecución de las sentencias penales se efectuará de acuerdo con las normas de este párrafo y con las establecidas por el Código Penal y demás leyes especiales”

Es importante destacar que se menciona el Código Penal, el Código Procesal Penal y otras leyes especiales, esto deja abierta la posibilidad de que se cree una ley especial de ejecución de la pena que garantice el efectivo ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad por parte del poder legislativo.

### **3.4 Código Orgánico de Tribunales**

El Código Orgánico de Tribunales es un instrumento que trata sobre la organización y atribuciones de los tribunales. Sin embargo, contiene unas pocas normas sobre ejecución de la pena en atención al rol de los jueces de garantía en la misma. En

---

<sup>26</sup> Ibid. pp. 418.

particular, la más atingente es el artículo 14 literal f), que regula sobre el rol de los jueces de garantía en la materia<sup>27</sup>.

“Artículo 14: Los juzgados de garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento.  
f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal.”

En la práctica, como se dice al inicio de este acápite, la ejecución de la pena es administrativa, ya que sirven como operadores un órgano de administración estatal, Gendarmería de Chile. Sin embargo, las normas dispuestas en las leyes que disponen sobre ejecución dan el rol al juez de la garantía que intervino en el procedimiento penal la ejecución de la pena, ya que es función de los tribunales “hacer ejecutar lo juzgado”. Así, la tercera etapa del procedimiento penal se relega al ente administrativo.

La práctica administrativa de la ejecución, según el profesor Politoff se traduce en una renuncia a las funciones del derecho penal<sup>28</sup>.

### **3.5 Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (DL N°2859 de 1979)**

La ejecución de la pena en Chile se le entrega a Gendarmería de Chile, la que forma parte de la administración del Estado, ya que es un servicio público que depende del Ministerio de Justicia. Esto evidencia que la ejecución penitenciaria es tratada como una cuestión administrativa, ya que este órgano forma parte del Sistema de Administración de Justicia.

Se trata de un servicio público regulado por La Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (Decreto Ley N°2.859 del año 1979), en su artículo primero detalla que tiene por finalidad “atender, vigilar y rehabilitar a las personas que, por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le

---

<sup>27</sup> KÜNSEMÜLLER, C. Op. cit. pp.115.

<sup>28</sup> Ibid.

señale la ley”. En este cuerpo legal se detallan sus funciones, su estructura orgánica y normas que complementan su actuar.

Algunos de sus artículos más relevantes son los siguientes:

“Artículo 3: Corresponde a Gendarmería de Chile:

- a) Dirigir todos los establecimientos penales del país, aplicando las normas previstas en el régimen penitenciario que señala la ley y velar por la seguridad interior de ellos;
- b) Cumplir resoluciones emanadas de autoridad competente(...)
- i) Contratar, directamente, el planeamiento, estudio, proyección, construcción, ampliación, reparación y conservación de los inmuebles donde funcionen los establecimientos penitenciarios del país, cualquiera sea el monto de la ejecución de dichas obras importe (...) El régimen penitenciario es incompatible con todo privilegio o discriminación arbitraria, y sólo considerará aquellas diferencias exigidas por políticas de segmentación encaminadas a la readaptación social y salvaguardar la seguridad del procesado y condenado y de la sociedad.”

Este artículo establece las funciones de Gendarmería de Chile, que atienden a la finalidad establecida en el artículo primero de la misma ley. Es este el organismo encargado de llevar a cabo la ejecución de las penas, de dirigir los centros penitenciarios y atender al control y necesidades de toda la población penitenciaria.

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

El artículo 15 establece límites a los funcionarios de Gendarmería de Chile, el límite que se establece es la dignidad que emana de la condición humana, que se consagra en nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales. Ratifica la idea de que las personas privadas de libertad únicamente son privadas de su derecho a la libertad, el resto de sus

derechos se mantienen intactos y establecen un límite y un estándar al Estado -representado por los funcionarios encargados de la ejecución penitenciaria- con respecto al trato con la población penal. En los hechos, vemos que en ocasiones esto se ve muy alejado de la realidad.

“Artículo 16: La creación, modificación o supresión de establecimientos penales y carcelarios, su clasificación, denominación y la determinación de sus características, se hará mediante decreto supremo del Ministerio de Justicia, previo informe o a proposición del Director Nacional, de acuerdo con las necesidades institucionales y los recursos de que se disponga.”

Esta norma establece una atribución de Gendarmería muy importante, dispone que es el organismo encargado de crear Centros Penitenciarios, con todo lo que ello conlleva. Es decir, es Gendarmería la que dispone la creación de Centros Penitenciarios Femeninos según las necesidades que se presenten. Como sabemos, existe la posibilidad de que existan CP mixtos en lugares donde la población penal no lo haga necesario, con población separada según sexo. Crear un CP Femenino, es una decisión que queda a criterio exclusivo de este organismo, también la creación de una sección de maternidad.

El artículo 20, habla sobre el acceso a la salud de las personas privadas de libertad:

“Artículo 20: Los establecimientos regidos por el D.L.2.763 prestarán atención sanitaria gratuita a las personas detenidas o privadas de libertad sometidas a la guarda de Gendarmería, a menos que ellos tengan derecho a la misma en virtud de su afiliación Previsional o por otra causa. Lo anterior es sin perjuicio de la atención que a tales personas puedan prestar los Centros Médicos de Gendarmería de Chile, la cual se hará extensiva al personal de la institución.”

Este artículo es sumamente relevante, ya que establece que las personas privadas de libertad gozan de un derecho a atención sanitaria gratuita, esto se traduce en una garantía al derecho a la salud de las personas privadas de libertad, desarrollado en el capítulo III de este análisis. En particular, esta norma se refiere a los servicios de Salud establecidos en el Capítulo II del Libro I del DFL N°1 del 2005, del Ministerio de Salud que enumera los

servicios de salud, es decir, los infra penitenciarios. Alude a la circunstancia de que las personas privadas de libertad sean derivadas al exterior, circunstancia que se detalla en el artículo 35 del Reglamento de establecimientos Penitenciarios, que establece que se requiere autorización del Director Regional y que se da cuando el médico acredita la urgencia o se requiere de una atención que no se puede prestar dentro de las unidades penitenciarias<sup>29</sup>.

Es una norma importante para nuestro grupo de estudio, ya que las unidades penales no cuentan con la capacidad de atender a las mujeres embarazadas privadas de libertad, mucho menos a los niños y niñas menores de dos años que viven en los centros con sus madres. Ambos grupos requieren de especialistas, la madre para la atención pre y post natal y el parto. Los recién nacidos, también requieren de atención médica especializada por parte de un pediatra. Para ninguna de estas atenciones tiene capacidad los centros, por lo mismo, deben ser trasladadas al exterior para su adecuada atención, a la que tienen derecho de forma gratuita.

### **3.6 Ley N°18.216 Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad**

Esta ley es relevante para nuestro análisis porque establece penas sustitutivas a la pena de privación de libertad.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene una preocupación especial por las mujeres privadas de libertad que son madres o que están embarazadas, por lo que se recomienda según los estándares internacionales preferir sanciones diferentes a la privación de libertad, estableciendo ésta como última ratio en atención al interés superior del niño, que debe ser una consideración primordial. Así, el Comité de la CEDAW establece:

“Por los riesgos que afrontan las mujeres embarazadas en los centros de reclusión, debido a la falta de acceso a la atención obstétrica y ginecológica”

---

<sup>29</sup> CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2019. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2019. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 459.

Para evitar esto, establece tres recomendaciones:

- i. Utilizar medidas alternativas a la privación de libertad optando por otros modos para sancionar las infracciones a las normas penales;
- ii. Evitar el uso en exceso de la prisión preventiva; y,
- iii. Garantizar de forma efectiva el acceso a atención médica adecuada, incluyendo la atención ginecológica y obstétrica<sup>30</sup>.

En atención a esta primera recomendación, resulta muy importante para este análisis la ley que establece las penas sustitutivas a la privación de libertad, ya que sería el medio adecuado según los estándares internacionales.

### **3.7 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (DS N°518)**

El régimen penitenciario se encuentra regulado en casi su totalidad por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Es lo más cercano que tenemos a una “Ley de ejecución penitenciaria”, ya que es la norma más específica que existe en la materia. Sin embargo, no se trata de una ley, se encuentra en un nivel normativo inferior, es un reglamento administrativo dictado en virtud de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo.

El contenido de este reglamento va desde la organización de Gendarmería hasta la regulación de la vida de las personas privadas de libertad en el interior de los centros penitenciarios.

Muy sucintamente, nos referiremos a las normas más relevantes en la materia:

- i. En el título preliminar:

“Artículo 1: La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y

---

<sup>30</sup> G, P.T., WEIDENSLAUFER, C. y H, J.P.C., 2019. Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad Derecho internacional y legislación extranjera. pp. 3.

condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”

El primer artículo del reglamento señala los objetivos que tiene la ejecución penitenciaria. La norma en cuestión evidencia que nuestra actividad penitenciaria tiene un carácter dual, ya que en primer lugar se dirige al control del encierro, como dice el artículo, a la “atención, custodia y asistencia de detenidos”. En segundo lugar, se dirige al desarrollo de acciones educativas que tienen como fin facilitar la reinserción social. Es decir, se establece un principio guía de la organización de los establecimientos penitenciarios<sup>31</sup>.

“Artículo 2: 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.”

El artículo 2 establece otro principio en la ejecución que refiere a la relación del Estado con respecto a las personas privadas de libertad, describiéndola como “una relación de derecho público”. La Corte Interamericana de Justicia estima que se trata de una “relación de sujeción especial” que pone al privado de libertad en una especial situación de vulnerabilidad. Consecuentemente, se obliga al Estado a ser garante de los derechos de estas personas, ya que el único derecho del que se les priva es a la libertad, mantiene intacto el resto de sus derechos.

“Artículo 4: La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales.

Los funcionarios que quebranten estos límites incurrirán en responsabilidad, de acuerdo con la legislación vigente.

---

<sup>31</sup> CARNEVALI R, R. y MALDONADO F, F., 2013. El Tratamiento Penitenciario En Chile: Especial Atención a Problemas De Constitucionalidad. Ius et Praxis, vol. 19, no. 2, pp.390.

“Artículo 5: Las normas establecidas en el presente Reglamento deben ser aplicadas imparcialmente no pudiendo existir diferencias de trato fundadas en el nacimiento, raza, opinión política, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias.

La Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno.”

Las personas privadas de libertad gozan de garantías y derechos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece estándares internacionales que pretenden proteger el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los privados de libertad. Las obligaciones del Estado se ven reforzadas respecto de estas personas, ya que existe una tensión entre la sanción y la obligación del Estado respecto de estos sujetos que da cuenta de esta “relación especial”, ya que las personas privadas de libertad se encuentran en un estado de indefensión que el mismo Estado debe cuidar.

Por estos motivos, el reglamento establece la obligación por parte de Gendarmería de Chile, los administradores de la ejecución penitenciaria, de respetar los límites que establecen los Tratados internacionales y la propia Constitución, ya que al ser los administradores de la ejecución penitenciaria -sin estar limitados por una ley- pueden caer en arbitrariedades y abusos, lo que evidentemente debe traer una responsabilidad.

Los artículos 4 y 5, se dedican a establecer los límites en el ejercicio de la administración penitenciaria a Gendarmería de Chile para evitar arbitrariedades por parte de la autoridad. Adicionalmente, se establece que estas normas son aplicables a toda la población penitenciaria, sin distinciones de ninguna clase. Es decir, se establece un principio de igualdad de trato respecto de todas las personas privadas de libertad.

“Artículo 6: Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento [...].



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

Los incisos 1 y 3 reiteran las ideas anteriores, los límites a la administración penitenciaria en el ejercicio de la ejecución, repitiendo derechos humanos consagrados en convenciones internacionales como la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención Internacional de derechos civiles y políticos; a modo de garantizarlos. Sin embargo, es una garantía “deficiente”, ya que se trata de un reglamento administrativo que -por su naturaleza jurídica- no puede dar garantías.

- ii. En el título primero “De los establecimientos penitenciarios” el artículo más relevante para nuestro análisis es el artículo 19:

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

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

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

Es el más relevante para este análisis, ya que la existencia de Centros Penitenciarios Femeninos se debe a la clasificación que da el reglamento. En particular, establece que existirán centros que se dediquen a la atención de mujeres privadas de libertad, y se hace

cargo de las mujeres que, estando privadas de libertad, están embarazadas o tienen hijos lactantes, disponiendo que los Centros deben contar con espacios diferenciados para estas reclusas.

iii. En el título segundo “Del régimen penitenciario” se establecen las normas que regulan la convivencia y el orden de las personas que conviven en estos recintos.

La norma más importante es el artículo 25, ya que establece la normativa que regula el régimen de las personas privadas de libertad, en particular, la legislación aplicable a la ejecución penitenciaria.

“Artículo 25: El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento.”

iv. En el título tercero “De las obligaciones de los internos” se enumeran una serie de obligaciones para las personas privadas de libertad una vez que ingresan a los centros, como la obligación de acatar las normas internas, normas sobre convivencia entre compañeras, funcionarias y autoridades, cuestiones de aseo, orden, etc.

En el párrafo dos de este título, se establece un catálogo de derechos, relevantes en el desarrollo de este análisis:

“Artículo 34: Los internos que requieran tratamiento y hospitalización serán atendidos en las unidades médicas que existan en el establecimiento penitenciario [...]”

“Artículo 35: Excepcionalmente el Director Regional podrá autorizar la internación de penados en establecimientos hospitalarios externos, previa certificación efectuada por personal médico del Servicio que dé cuenta de alguna de las siguientes situaciones:

a) Casos graves que requieran con urgencia, atención o cuidados médicos especializados que no se pueda otorgar en la unidad médica del establecimiento.

En este caso, si la urgencia lo amerita el Jefe del Establecimiento podrá autorizar la salida, lo que deberá ser ratificado por el Director Regional, dentro de las 48 horas siguientes;

b) Cuando el penado requiera atenciones médicas que, sin revestir caracteres de gravedad o urgencia, no puedan ser prestadas en el establecimiento.”

“Artículo 36: De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del D.L. N°2.859, de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, las autorizaciones de que trata el artículo precedente serán otorgadas para llevar a los penados a los establecimientos hospitalarios públicos que forman parte de los Servicios de Salud, a menos que el interno desee ser atendido en algún otro establecimiento y cuente con recursos para financiar dicha atención [...].

Estos artículos son sumamente relevantes, ya que tratan el derecho a la salud de las personas privadas de libertad. Se establece que tienen derecho a recibir atenciones médicas dentro y fuera de los recintos penitenciarios.

Con respecto a nuestro grupo de estudio, la atención especializada es esencial, ya que el prenatal, el parto, el post natal y la atención del recién nacido requiere de atención médica especializada, con la que no suelen contar los centros. Es por esto, que se acude al artículo 35 literal c), el cual autoriza la atención médica en el exterior cuando esta no pueda ser prestada dentro del recinto. Se trata de situaciones que caen dentro de lo que se entiende por esta norma como “excepcional”. De este modo, las mujeres privadas de libertad y sus hijos e hijas pueden acceder a los servicios de salud para recibir atención médica por parte de los establecimientos hospitalarios públicos.

En este párrafo también se establecen condiciones mínimas de vida, relativas a alimentación, vestuario y la disponibilidad de al menos una plaza para dormir dignamente.

El párrafo seis de este título regula las visitas, relevante a propósito de la realidad carcelaria en cuanto al contacto de las mujeres privadas de libertad con sus hijos NNA. Se establecen diferentes clases de visitas, las ordinarias, extraordinarias, especiales familiares y las especiales íntimas.

Las visitas ordinarias, que son las que tienen todas las personas privadas de libertad. Se establece el derecho de cada uno de ellos a recibir una visita al menos una vez a la semana, mínimo de dos horas por hasta cinco personas simultáneamente. Esta es la única visita que no cuenta con requisitos.

En el artículo 51 se establecen las visitas de carácter familiar e íntimas. Ambas cuentan con una serie de requisitos y restricciones. Estos tipos de visitas se disponen con el fin de dar cumplimiento a uno de los deberes del Estado de proteger a las familias como núcleo fundamental de la sociedad. El mantenimiento de los vínculos familiares de las personas privadas de libertad, sobre todo con sus hijos e hijas, es esencial para el proceso de reinserción social de los reclusos.

Las visitas íntimas pretenden mantener el derecho de las personas privadas de libertad a sus derechos sexuales, es una materialización de este mediante la mantención del vínculo afectivo con la pareja, para propinar mayor estabilidad a las relaciones en pos de favorecer la reinserción. Esto se regula mediante la resolución exenta N°434.

El artículo 52 regula sobre las visitas de los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad, NNA mayores de 14 años y menores de 18 años. Estos deben ir en compañía del adulto que esté a cargo de su cuidado. No hay ninguna diferencia entre el ingreso de los adultos y los niños, el procedimiento de ingreso como el registro corporal, es el mismo.

El reglamento, en total tiene siete capítulos, que disponen sobre el régimen disciplinario, las actividades para la reinserción social y de la administración de los establecimientos penitenciarios. El reglamento conforma el cuerpo normativo que en la legislación nacional goza de mayor profundidad sobre la ejecución penitenciaria.

#### 4. Conclusiones

Como se señala al inicio de este capítulo, es importante exponer una crítica a la regulación de la ejecución de la pena en nuestro país, cuestionable por el rango normativo que desarrolla en extenso la ejecución.

Ningún otro instrumento legal de origen nacional contiene la profundidad que tiene el reglamento. Este contiene garantías, la vida intrapenitenciaria, las relaciones con las autoridades, las relaciones con el exterior, las obligaciones y derechos de las personas privadas de libertad, etc. Sin embargo, se trata de una instancia normativa inferior. La naturaleza jurídica de los reglamentos es de naturaleza administrativa, no legislativa.

Los reglamentos administrativos se definen como “Todo acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, destinado a regular situaciones objetivas e impersonales”<sup>32</sup>. En efecto, el Decreto Supremo N°518 se trata de un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia.

Se destaca de estas definiciones dos aspectos: (i) El carácter secundario a la ley; (ii) Que tienen origen en un órgano administrativo, es decir, perteneciente a la administración del Estado.

La definición de Moraga añade otro aspecto, ya que lo define como “cuerpo normativo que emana del Presidente de la República, de efectos generales, que contiene normas abstractas, obligatorias y permanentes, dictado con las solemnidades de un Decreto Supremo, para la ejecución de las leyes o para la regulación de materias que no son de aquellas reservadas por la Constitución”<sup>33</sup>. Refiere a los reglamentos administrativos como un medio de llenar los vacíos que no son llenados por preceptos constitucionales y/o leyes.

---

<sup>32</sup> HUMERES GUAJARDO, N., 2017. Perspectivas Sobre La Potestad Reglamentaria Y La Nulidad De Las Normas Administrativas. Revista de derecho (Concepción), vol. 85, no. 242, pp. 74. ISSN 0718-591X. DOI 10.4067/s0718-591x2017000200071.

<sup>33</sup> MORAGA KLENNER, C. 2010. Tratado de Derecho Administrativo: La Actividad Formal de la Administración del Estado. Tomo VII, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 57.

En efecto, como se evidencia en las normas constitucionales tratadas en este análisis, ninguna trata directamente sobre la ejecución.

La regulación nacional de la ejecución se encuentra desperdigada en diferentes instrumentos normativos nacionales de nivel legal que regulan aspectos generales sobre el tema<sup>34</sup>, que, según la profesora María Inés Horvitz “no satisfacen los requerimientos de certeza y taxatividad que impone el principio de legalidad”<sup>35</sup>.

Las leyes aquí mencionadas no son las únicas que tratan el tema, sin embargo, el más completo es el reglamento. Según la definición de Moraga, este sería un modo de llenar los vacíos constitucionales. Es esto lo que pasa con el reglamento en cuestión, llena un vacío legal en base a los escasos principios que establece la Constitución.

El problema que se suscita en torno a la constitucionalidad del reglamento es la reserva legal en materia de derechos fundamentales. Nuestra Constitución establece un catálogo que parece ser taxativo de las materias que deben ser materia de ley, es decir, que únicamente deben ser reguladas por leyes dictadas por el poder legislativo. En este catálogo no se encuentran las garantías constitucionales como objeto de reserva legal, aunque la doctrina y la jurisprudencia constitucional estiman que sí es materia de reserva legal por diferentes motivos. Algunos de ellos son:

---

<sup>34</sup> Las leyes aquí mencionadas no son las únicas que tratan sobre ejecución penitenciaria, en la materia hay leyes, decretos leyes y decretos supremos (reglamentos) que desarrollan normas generales acerca del tema. Las otras normas son: (1) Ley N°20.084. Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la Ley Penal; (2) Ley N°19.856. Crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta; (3) El Decreto Ley N°321: Establece la Libertad Condicional para los penados; (4) El Decreto Ley N°409: Establece normas relativas a reos; (5) El Decreto Supremo N°2442: Reglamento de la Libertad Condicional; (6) El Decreto Supremo N°542: Crea el Patronato Nacional de Reos, con domicilio en Santiago, y los Patronatos de Reos de la República y, (7) El Decreto Supremo N°64: Sobre prontuarios penales y certificados de antecedentes.

<sup>35</sup> HORVITZ. M. 2018. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?. Política criminal. pp. 913.

- (I) El artículo 64 de nuestra Constitución, que establece en sus incisos primero y segundo que:

“Artículo 64: El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley.

Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.”

Este artículo expresa las limitaciones que tiene la potestad reglamentaria del Presidente de la República, explícitamente se dispone que los reglamentos no pueden pronunciarse acerca de materias comprendidas dentro de las garantías constitucionales. La ejecución penitenciaria, estaría totalmente proscrita de las materias que pueden ser reguladas mediante la potestad reglamentaria de la administración del Estado, ya que las bases esenciales del régimen penitenciario implican el ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos.

- (II) La jurisprudencia constitucional en la Sentencia TC 1966: “A propósito del artículo 19 N°26 sobre el contenido esencial de las normas, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado acerca de la reserva legal de decretos supremos. En una de estas oportunidades se pronuncia acerca de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, que se entiende como “presupuesto lógico necesario de la garantía del contenido esencial”<sup>36</sup>. En la sentencia, se señala como principio general y básico del derecho constitucional chileno la "reserva legal" en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al

---

<sup>36</sup> PICA FLORES, R., 2013. Aspectos Teóricos Y Jurisprudenciales En Torno a La Reserva Legal De Regulación Y Limitación En Materia De Derechos Fundamentales. pp. 216. ISBN 0718001220050.

derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, N°13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como esta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19, N°26, de la Carta Fundamental"<sup>37</sup>.

Además de la reserva legal de los derechos fundamentales, estos mismos son un límite a las legislaciones, es decir, las leyes no pueden establecer limitaciones que afecten los derechos en su esencia. En consecuencia, el cuerpo normativo que regule la privación de la libertad tiene como límite sus demás garantías constitucionales y garantizadas en tratados internacionales<sup>38</sup>.

Lo expuesto, evidencia que el reglamento es una clara contravención a la reserva legal de la Constitución y una de las principales conclusiones que se desprenden de este análisis, es la necesidad de la redacción de una ley de ejecución penal que haga efectivas las garantías de todas las personas privadas de libertad. Garantías de las que gozan en virtud de tratados internacionales de Derechos Humanos y por la propia Constitución; para que, de este modo, la ejecución se someta a la ley y se eviten los abusos y arbitrariedades por parte de los administradores y operadores de la ejecución. No se puede reducir una ley de garantías a un reglamento administrativo dictado en virtud de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, se trata de una norma de carácter residual que trata garantías que debieran estar a lo menos en una ley dictada por un órgano legislativo que sea suficiente continente de garantías fundamentales.

Adicionalmente, podemos constatar que en la legislación nacional no son recepcionadas las normas del DIDH en ninguno de estos instrumentos. El que más se refiere a garantías es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que, al tener el carácter de reglamento administrativo de ejecución no puede contener garantías fundamentales, ya que como se indicó anteriormente esto es materia de ley.

Es imprescindible que la legislación nacional -ante una eventual dictación de una ley de ejecución penitenciaria- en materia de ejecución de la pena se adecúe a los estándares

---

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional, Rol N°239, 16 de julio de 1996, cons. 9).

<sup>38</sup> CARNEVALI R, R. y MALDONADO F, F. Op. cit. pp. 408.



internacionales en virtud del artículo 5 inciso 2° de la Constitución. En especial en lo que se refiere al tratamiento de mujeres privadas de libertad embarazadas y aquellas madres que se encuentran dentro de las dependencias carcelarias con sus hijos, con el fin de que no se vean afectados en ningún momento los derechos humanos de los niños y niñas que se encuentran privados de libertad junto a sus madres, disminuyendo al máximo los efectos negativos que estas circunstancias pueden tener en ellos.

Aterrizando el tema a nuestro grupo de estudio, una característica de esta ley de ejecución penitenciaria debiese ser la perspectiva de género. Esto implica un tratamiento especializado con las mujeres, en especial con las mujeres privadas de libertad que son madres y que viven con sus hijos o hijas, atendiendo a las directrices y principios que establecen los estándares internacionales en la materia, que expresamente dispone que la regulación de la ejecución de la pena debe gozar de una perspectiva de género. Esto sería un modo de corregir las diferencias que la sociedad ha levantado históricamente y que han puesto a la mujer en una desventaja al momento de enfrentar la realidad penitenciaria, ya que la inmersión en este sistema agrava aún más las desigualdades.

Se da una especial atención a las mujeres que se encuentran en prisión preventiva, ya que es la medida cautelar más gravosa de nuestro sistema y suele ser usada en delitos que se relacionan con drogas. La mayoría de las mujeres que están privadas suelen ser el sostén familiar, esto se encuentra relacionado con la clase de cargos que las llevan a la privación de libertad, puesto que los delitos que cometen van ligados a lógicas de subsistencia. Se trata de mujeres madres, solteras, con muchos hijos, víctimas de violencia sexual, económica y física, tal como se evidencia en el acápite de realidad carcelaria que se desarrollará posteriormente.

Se reafirma esta idea en los delitos que tienen que ver con drogas, ya que suelen ser encontradas con baja cantidad de esta, lo que significa que conforman los últimos eslabones del negocio<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> CASTELLETTI, C. 2011. Mujeres presas en Chile: abandonadas, castigadas y sin derechos. Revista 93 S/N no.20. pp.48.

Se puede concluir que las mujeres que caen en las privaciones de libertad son arrojadas a ella debido al contexto que viven, que las ingresa al mundo delictual. Se trata de falta de oportunidades y de violencia estructural en contra de las mujeres.

Creemos que este grupo especialmente vulnerable debiese tener un trato especializado. El primer medio para alcanzar esto es la dictación de una ley de ejecución que goce de perspectiva de género y que se ajuste a los estándares internacionales que disponen los tratados internacionales en la materia. La otra opción, que es la que actualmente está en el congreso, es mediante una modificación al Código Penal que habilite a las madres privadas de libertad de niños y niñas menores de 3 años a la posibilidad de acceder a la suspensión de la pena, en atención al interés superior del niño, como recomiendan todas las Convenciones Internacionales, Comités de Derechos Humanos y Observaciones Internacionales en la materia, tal como lo desarrolla el Proyecto de la Ley Sayén.

## **CAPÍTULO III: ASPECTOS GENERALES DE LA REALIDAD CARCELARIA Y LOS DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

### **1. Realidad carcelaria**

El artículo primero de nuestra Constitución establece en su inciso 4°:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

A las personas privadas de libertad, el único derecho que les es conculcado es la libertad en el lapso de duración de su condena, se entiende que el resto de sus derechos fundamentales se mantienen vigentes<sup>40</sup>.

Sin embargo, en la práctica se da una realidad que difiere a este “estándar”. A las personas privadas de libertad, se les priva también de una multiplicidad de derechos como consecuencia de las condiciones que se dan en la realidad carcelaria. Esta situación se ve agravada respecto de las mujeres privadas de libertad, ya que la ejecución de la pena se lleva a cabo mediante el mismo reglamento para hombres y mujeres, sin atender a perspectivas de género, lo que perpetúa la vulnerabilidad de las mujeres en un espacio que ya es discriminatorio.

En el año 2013, se lanzó por el Ministerio de Justicia una política de ejecución con enfoque de género que tenía como fin reconocer que existe la necesidad de desarrollar una ejecución penitenciaria diferenciada para hombres y mujeres, para mejorar aspectos como la salud, educación, el trato y las oportunidades laborales. Sin embargo, estos esfuerzos no

---

<sup>40</sup> SANHUEZA, G. y CANDÍA, J. 2019. Acceso a la atención sanitaria en cárceles chilenas: una mirada desde los internos. Revista Española de Sanidad Penitenciaria, vol. 21. pp. 11.

han sido suficientes<sup>41</sup>.

. Las cárceles son pensadas y consecuentemente, diseñadas para hombres. La ejecución penitenciaria invisibiliza a la mujer<sup>42</sup>.

En cuanto a comparaciones estadísticas, la realidad carcelaria chilena presenta menos problemas que los países vecinos en la materia<sup>43</sup>. No obstante, se encuentra en el sexto lugar de los países con mayor tasa de sobrepoblación (75,2%), factor determinante en la realidad carcelaria.

Esta es una realidad transversal a toda la población penitenciaria a lo largo del país. Los estudios en la materia no evidencian las diferencias por motivos de género entre las consecuencias del hacinamiento, se homogeniza la información y no hay datos específicos sobre la realidad carcelaria femenina.

Como se señaló, nuestro grupo de estudio son las mujeres privadas de libertad que son madres o que están embarazadas. Considerando que casi el 90% de la población penitenciaria femenina es madre de NNA y que al menos, el 12% de ellas se ha embarazado durante su estadía en los centros penitenciarios<sup>44</sup>.

Algunos aspectos relevantes en este sentido son:

### **1.1 Sobrepoblación y hacinamiento**

Se entiende que existe sobrepoblación penal cuando hay una inadecuación entre el total de la población detenida en centros penitenciarios y el número de plazas disponibles en un tiempo determinado. En Chile, el promedio nacional de sobrecupo es de un 47%, sin perjuicio de que algunos centros penitenciarios sobrepasan el 150% de su capacidad. Lo

---

<sup>41</sup> SANHUEZA, G. y BRANDER, F., 2019. Las mujeres privadas de libertad en Chile y su necesidad de intervención. *Revista de Ciencias Sociales, Universidad de la República*. Vol. 32. No. 45, pp. 125.

<sup>42</sup> SANHUEZA, G. y BRANDER, f. *Op. cit.* pp. 122.

<sup>43</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2014. *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile* Pp. 27.

<sup>44</sup> CÁRDENAS, A. 2011. *Mujeres Y Cárcel: Diagnóstico De Las Necesidades De Grupos Vulnerables En Prisión*. pp. 42.

anterior, según el informe realizado por la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema respecto de las visitas realizadas en el año 2017, es calificado como un alto nivel de hacinamiento<sup>45</sup>, lo que se evidencia en muchos de los establecimientos penitenciarios a lo largo del país. En el último informe de Condiciones Carcelarias realizado por el INDH, se indica que al menos 10 recintos penitenciarios tienen una sobrepoblación superior al 140%, hacinamiento de nivel crítico, tales como CPF Taltal, CPF San Antonio, CPF San Carlos, etc.<sup>46</sup>. Esto va directamente relacionado con la cantidad de plazas disponibles en las unidades penales. Se entiende una plaza como la existencia de una litera individual disponible, un parámetro mínimo que proporcionan los estándares internacionales. Hasta el año 2016, en Chile había 23 CPF sin plazas disponibles para hombres y 4 CPF sin plazas disponibles para mujeres<sup>47</sup>.

La alta tasa de hacinamiento es consecuencia directa de la política criminal persecutoria. Esta situación sobrepasa múltiples normas de Convenciones de Derechos Humanos que disponen la protección para personas privadas de libertad<sup>48</sup>. Así lo evidencia el Estudio de Condiciones Carcelarias 2014-2015, el cual se refiere que en caso de que la sobreocupación implique una vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, será considerada un trato cruel, inhumano y degradante<sup>49</sup>.

## **1.2 Habitabilidad**

Las características estructurales y salubres de los centros penitenciarios son esenciales para determinar si estos gozan de condiciones de habitabilidad. Las Reglas Mandela (que se describen en el primer capítulo), disponen como estándar que un lugar habitable debe tener suficiente luz natural y artificial, ventanas, ventilación, volumen de aire, calefacción según clima, higiene y condiciones de salubridad. La mayoría de los centros de detención presentan

---

<sup>45</sup>FISCALÍA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA. Informe Visitas Recintos Carcelarios 2017. Oficio 14-2018. 16 de febrero de 2018. P.5.

<sup>46</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Op. Cit. pp.45.

<sup>47</sup> Ibid. pp. 51.

<sup>48</sup> ANTONY, C. y GARCÍA, A. 2014. El desastre humanitario. Revista de Derecho Penal y Criminología, No. 4, pp. 26.

<sup>49</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Op. Cit. pp.46.

falencias en estos aspectos, lo que atenta en contra de la dignidad de las personas privadas de libertad.

### **1.3 Acceso a servicios higiénicos y agua**

Los estándares internacionales disponen estos elementos como un estándar mínimo. En la realidad chilena, se evidencian falencias que se manifiestan de diferentes formas. No existe la cantidad suficiente de dependencias higiénicas, no hay artefactos suficientes, no hay privacidad, poca o nula higiene, problemas en el funcionamiento y en sus condiciones. Además, muchos centros penitenciarios no cuentan con acceso las 24 horas del día a los servicios higiénicos. El informe del INDH evidencia esta grave situación y lo retrata en su faceta más grave expresando que “este es uno de los aspectos que presenta mayores deficiencias debido a que la población penal no tiene libre acceso a agua potable durante las 24 horas del día. Lo anterior incluye a internas que habitan en la sección de madres y de embarazadas, lo mismo ocurre con los servicios sanitarios [...]”<sup>50</sup>.

### **1.4 Calefacción**

Se trata de un estándar internacional que también se incumple en la realidad carcelaria chilena. En la práctica, casi todos los centros penitenciarios carecen de calefacción. Las excepciones son pocas y se trata de las unidades penales que tienen madres con hijos o mujeres embarazadas (no en todas estas, solo algunas). Con el agua caliente, pasa lo mismo, muchas de las celdas no tienen ventanas, por lo que la ventilación del aire es deficiente, se presenta mucha humedad y malos olores. Algunas unidades tienen ventanas, sin vidrios.

### **1.5 Acceso a atención médica**

La OMS ha definido el derecho a la salud como el “estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>51</sup>. Lo anterior implica el acceso a la atención médica para los tratamientos que requiera cada persona en

---

<sup>50</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit. pp. 60.

<sup>51</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2006. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Documentos básicos, suplemento de la 45° edición, octubre 2006.

cuanto a salud física y mental, además de la atención de urgencia. El derecho a la salud es un Derecho Humano, por lo tanto, debiese estar acorde a los estándares internacionales. El acceso a la salud en nuestro país ya es deficitario para la población en general, y esta situación se ve agravada en respecto de las personas privadas de libertad.

La percepción de las personas privadas de libertad respecto del acceso a la atención a la salud se manifiesta como deficiente por falta de implementos, medicamentos, malos tratos y falta de profesionales de la salud.

La gran mayoría de los centros penitenciarios de mujeres no gozan de intervenciones especializadas en salud mental, física, ni ginecológica, siendo estos los aspectos más importantes a tratar cuando se habla de la salud de las mujeres privadas de libertad.

### **1.5.1 Salud física**

La atención sanitaria en las unidades penales de nuestro país es variable. Algunos centros de detención ni siquiera tienen enfermería y el personal médico acude al centro esporádicamente, tampoco tienen equipamiento necesario. En otras unidades, hay enfermería y personal médico<sup>52</sup>. En casos de urgencia, hay retrasos en los traslados a hospitales, y generalmente la atención se hace con un gendarme presente.

### **1.5.2 Salud mental**

Existe una obvia escasez de recursos en el trato de la salud intra penitenciaria, la mayoría del personal en esta área se dedica a la realización de informes para acceder a beneficios como la libertad condicional o las penas sustitutivas. Esta realidad se traduce en un nulo tratamiento de la salud mental de las personas privadas de libertad. Este aspecto es crítico, ya que la mayoría de las mujeres retenidas requieren de tratamiento psicológico debido a que la mayoría ha tenido infancias cruzadas por el abandono, el abuso y la drogadicción<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Op. Cit. pp.81.

<sup>53</sup> SANHUEZA, G. y BRANDER, F. Op. cit. pp.131.

## **1.6 Derechos sexuales y reproductivos**

Los derechos sexuales y reproductivos implican una multiplicidad de necesidades: educación, control y salud, para una debida prevención de enfermedades de transmisión sexual-muy comunes en la población penal-, los embarazos, etc. Como todo en la realidad carcelaria, este es otro derecho de la gama de derechos que no se garantizan en la ejecución de las penas.

## **1.7 Régimen de visitas**

Las mujeres privadas de libertad, como toda la población penitenciaria gozan de derecho a visitas. En general, son menos visitadas por sus parejas (22.2%) en comparación a las visitas que reciben los hombres privados de libertad (47%). Generalmente es la mujer la que cumple el rol de visitar y asistir en las necesidades materiales de los hombres privados de libertad, no pasa así en el caso contrario. También, son menos visitadas por sus padres o madres (43.1 v/s 53.8%), pero, son más visitadas por sus hijos en comparación a las visitas a los hombres privados de libertad (49.4% v/s 31.9%)<sup>54</sup>.

Pese a esto, muchas de ellas dejan de ser visitadas. En una entrevista a una gendarme sobre las visitas, expresa que “la mitad está sola. De las 80 el fin de semana reciben visita 35 y casi siempre las mismas. La gran mayoría está abandonada”<sup>55</sup>.

Con respecto al grupo de estudio que nos interesa, de la población penal femenina, un 89% de las mujeres encarceladas tienen hijos menores de edad y muchas de ellas dejan de ser visitadas por la inestabilidad que genera la vinculación de los NNA con el entorno carcelario o porque quedan a merced del Estado en el SENAME. Actualmente, desde marzo del año 2020 las visitas están prohibidas debido a la pandemia generada por el COVID-19.

---

<sup>54</sup> Ibid. pp. 130.

<sup>55</sup> Ibid. pp. 130.



## **2. Contexto psicosocial y perfil criminológico las mujeres privadas de libertad**

Un aspecto muy relevante al hablar de la realidad de las mujeres privadas de libertad es el contexto psicosocial que rodea a la mayoría de estas mujeres antes de haber sido reclusas.

Las mujeres privadas de libertad son un grupo vulnerable. Se entiende la vulnerabilidad como “un estado o circunstancia desfavorable de desventaja o carencia en que se encuentran personas pertenecientes a un grupo identificable, una categoría social determinados respecto al grado de la satisfacción de sus necesidades específicas y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, y el acceso a los órganos de procuración e impartición de justicia”<sup>56</sup>. En Latinoamérica, la cárcel es un espacio que reproduce la pobreza y la desigualdad.

Una característica común de las mujeres privadas de libertad alrededor de todo el mundo, es que todas en algún punto de sus vidas han experimentado violencia severa previo al ingreso a la prisión. Se trata de historias traumáticas y con exceso de violencia física, psicológica y sexual. Otra característica común de este grupo es la adicción a las drogas, lo que se ve agravado una vez privadas de libertad debido a la distancia que toman de sus hijos y familia.

Esta realidad se replica en Latinoamérica y en países como Estados Unidos, India y Etiopía.

En Chile, se destacan características comunes de este grupo:

- 1) Pobreza e inestabilidad familiar: la mayoría de las reclusas tuvo una infancia cruzada por el abandono y conflictos familiares relacionados a las drogas o a la delincuencia misma. Muchas de ellas, crecieron en hogares de menores por estos motivos, por lo que “la falta de cariño” es transversal a este grupo.

---

<sup>56</sup> ULISES, J. y INOCO, C. 2001. Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los grupos en situación vulnerable. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 193.

- 2) Abuso infantil y violencia intrafamiliar: muchas de ellas sufrieron abuso sexual y violaciones desde la infancia por familiares. Muchas crecieron en un entorno hostil, rodeadas de violencia intrafamiliar por el trato entre los padres. Por el mismo motivo, entre ellas se “normaliza” el ser abusada, es parte de la vida.
- 3) Abuso de sustancias: inevitablemente, a causa de los sufrimientos causados en la infancia y la pobreza, muchas generan conductas autodestructivas. Los problemas de salud mental son comunes en este grupo, y muchas de ellas usan las drogas como un modo de evadir lo que pasa en su entorno, ya que es un escape accesible desde la temprana edad. Y si no es en la infancia, es en la vida adulta cuando ingresan a la cadena del tráfico de drogas como un modo de obtener ingresos.
- 4) La maternidad: alrededor del 90% de las internas tienen hijos menores de edad. Casi todas repiten las historias de sus madres, se ven privadas de la oportunidad de criar a sus hijos, que quedan en manos de familiares o del Estado, esto les genera problemas en la rehabilitación, debido a que el rol social de la mujer como madre, es más fuerte en este grupo de mujeres. Se repite la historia y el mismo círculo de violencia, de generación a generación.

Todos estos aspectos son relevantes al momento de evaluar el perfil criminológico de las mujeres reclusas. La criminalidad de las mujeres en Chile discurre entre delitos contra la propiedad -podríamos referirnos a ellos como delitos de bagatela- y los delitos relacionados con el microtráfico de drogas.

No es coincidencia que desde la promulgación de la ley N°20.000 sobre el tráfico de drogas en nuestro país, se haya disparado la población carcelaria femenina, al respecto, Carmen Antony señala que “se trata de una actividad que les permite seguir desempeñando los roles de madre, esposa, abuela y dueña de casa, ya que para realizarla no están obligadas a desplazarse fuera de su vivienda, lo que les permite atender las labores domésticas y cuidar a los hijos o nietos. Muchas veces es la mujer quien se encarga de la venta de drogas proporcionadas por los varones, ya sea para tapar las conductas infractoras de sus parientes hombres o por razones de sobrevivencia, ya que esta actividad ilícita les permite sustentar

los gastos de alimentación de su familia”<sup>57</sup>. Es decir, es una actividad que les permite ser sostén del hogar y dedicarse a la crianza de sus hijos y muchas veces hermanos. Esta situación aumenta la vulnerabilidad de las mujeres, ya que constituyen el último eslabón del tráfico y contrabando de drogas<sup>58</sup>.

### **3. Derechos sexuales y reproductivos en el contexto de la ejecución penitenciaria**

De forma lógica y como ya se mencionó anteriormente, cuando hombres y mujeres se encuentran privados de libertad el único derecho que se les debería ver limitado es el derecho a la libertad. En la práctica esta idea parece lejana a la realidad, viéndose transgredidos otros derechos fundamentales inherentes a todas las personas, tales como los derechos sexuales y reproductivos.

Los derechos sexuales y reproductivos hace décadas son considerados como derechos humanos por diversos organismos internacionales en donde los titulares son hombres y mujeres, la OMS establece que:

“Los derechos sexuales abarcan derechos humanos reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros acuerdos de consenso, que son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales. Incluyen el derecho de todas las personas, libres de coerción, discriminación y violencia, a: (1) el mayor estándar posible de salud, en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; (2) buscar, recibir e impartir información en relación a la sexualidad; (3) educación sexual; (4) respeto por la integridad corporal; (5) elección de pareja; (6) decidir ser o no ser sexualmente activo; (7) relaciones sexuales consensuadas; (8) matrimonio consensuado; (9) decidir tener o no tener, y cuándo tener hijos; y (10) ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera. El ejercicio responsable de los derechos

---

<sup>57</sup> ANTONY GARCÍA, C. 2007. Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. *Nueva sociedad*, no. 208, pp. 77. ISSN 0251-3552.

<sup>58</sup> *Ibid.* pp. 78.

humanos requiere que todas las personas respeten el derecho de los otros”<sup>59</sup>.

A su vez, los derechos reproductivos han sido definidos como aquellos que “comprenden el derecho de los individuos a decidir libremente si reproducirse o no; decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos, y tener la información y medios necesarios para ejercer dicha autonomía. Esto incluye, por tanto, el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva”<sup>60</sup>.

Por otro lado también se ha definido a los derechos sexuales y reproductivos como aquellos que “nos permiten a todas las personas, sin discriminación ni violencia o coerción, ejercer plenamente su sexualidad como fuente de desarrollo personal y decidir autónomamente sobre la sexualidad y reproducción, contando para ello con la información, los medios y servicios que así lo permitan”<sup>61</sup>, es decir, los derechos sexuales y reproductivos abarcan diversos ámbitos de la sexualidad que implican el pleno disfrute de una vida sexual satisfactoria, experimentar su potencialidad, autonomía sexual en un contexto en donde exista consentimiento libre sin ejercer coerción ni discriminación alguna, por lo que estos derechos deben ser respetados, teniendo el Estado el deber de garantizar su pleno ejercicio.

Los derechos sexuales y reproductivos no tienen desarrollo extenso como sí lo tienen otros derechos, pues al abordar aspectos de la vida privada de las personas no se les ha regulado con suficiente claridad. Si bien, tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, a medida que avanza el debate y los movimientos que tienen como consigna el empoderamiento de las mujeres, han causado que estos temas se visibilicen desde una perspectiva de género. Por lo que, se han presentado dificultades para ser definidos inequívocamente para hombres y mujeres, pues las limitaciones de estos derechos tienen un impacto mayor en la población femenina, la cual, debido a las características propias del

---

<sup>59</sup> ARANGO, M., FERNÁNDEZ, M. FRIES, L. y LACRAMPETTE, N. 2013. Derechos sexuales y reproductivos. En: *Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica*. ISBN 9789561908338. Pp. 211.

<sup>60</sup> WOMEN’S LINK WORLDWIDE. 2013. Guía para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres ante el sistema interamericano. pp. 15.

<sup>61</sup> CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO. 2016. Nueva Constitución Y Derechos Sexuales Y Reproductivos. , pp. 8.

género, se encuentra en un estado de desprotección mayor que los hombres en esta materia, lo que se intensifica en el contexto carcelario.

### **3.1 Necesidad de la distinción de género**

Las mujeres han sido consideradas históricamente como un grupo vulnerable. Esta vulnerabilidad puede tener origen en diversos aspectos, en este caso la condición de grupo vulnerable se debe a circunstancias de género, es decir, al sólo al hecho de ser mujer.

Los derechos sexuales y reproductivos se han vulnerado a lo largo de la historia, teniendo especial repercusión en mujeres, siendo fundamental la labor del Derecho Internacional de los derechos humanos para garantizar su protección. Esto resulta lógico teniendo en cuenta que los derechos reproductivos se relacionan con la autodeterminación reproductiva, recayendo directamente en las mujeres debido a sus condiciones biológicas que permiten la maternidad. Incluso, la misma sociedad le ha impuesto el rol de mujer-madre y que trae consigo otros problemas de salud propios del género, que dicen relación con el acceso a la salud, servicios obstétricos, anticoncepción o aborto.

El especial deber de protección hacia las mujeres surge del avance de los derechos sexuales y reproductivos que han impulsado diversos movimientos que trasladan la discriminación histórica que ha sufrido al ámbito de la salud sexual, del reconocimiento de derechos fundamentales y autodeterminación reproductiva. Insistiendo que esto es un asunto de derechos humanos y justicia social que debe ser tratado de forma diferenciada a los derechos sexuales de los hombres.

Si bien, estos derechos se ven limitados y muchas veces transgredidos en la vida diaria de la mujer estando en libertad, la situación empeora en contexto de encierro por penas privativas de libertad. Es dentro de estos recintos en donde las mujeres ven de mayor forma afectado el pleno goce de su sexualidad y derecho a la maternidad.

### **3.2 Delimitación de los derechos abarcados por los derechos sexuales y reproductivos**

Ya teniendo en conocimiento lo que son los derechos sexuales y reproductivos, resulta necesario delimitar qué derechos conforman esta categoría. Sin perder el foco en que,

el derecho que se desarrollará en profundidad más adelante es la maternidad y todos aquellos derechos atingentes a este. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, se pasará a analizar brevemente algunos de los componentes más importantes de los derechos sexuales y reproductivos que se ven afectados en el contexto carcelario:

### **3.2.1 Derecho a la salud**

Todas las personas, ya sean hombres o mujeres, tienen derecho de gozar del más alto estándar de salud de forma integral, ya sea física como psicológica, siendo este derecho consagrado en el artículo 19 n°9 de la Constitución Política de la República de Chile. La OMS establece que “las diferentes funciones y comportamientos pueden generar desigualdades de género, es decir, diferencias entre los hombres y las mujeres que favorecen sistemáticamente a uno de los dos grupos. A su vez, esas desigualdades pueden crear inequidades entre los hombres y las mujeres con respecto tanto a su estado de salud como a su acceso a la atención sanitaria”<sup>62</sup>, por lo que resulta necesario abordar el derecho a la salud desde una perspectiva de género. Teniendo especial consideración los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, además de todo avance científico que exista en torno a este tema.

Considerando el rol histórico de madre que ha tenido la mujer en la sociedad, es que resulta casi obvio que la salud sea tratada desde una perspectiva de género. Existe una transgresión en el derecho a la salud en el ámbito de sus derechos sexuales y reproductivos, habiendo una falta de atención médica especializada y apoyo a las mujeres que se encuentran privadas de libertad y que van a dar a luz, siendo tratadas de forma vejatoria muchas veces, punto que se desarrollará en extenso más adelante.

Las transgresiones a este derecho van más allá de la salud reproductiva pues uno de los problemas actuales “es la lista de espera para ser atendida por un médico o dentista, la

---

<sup>62</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2015. Temas de Salud: Género. [En línea] Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>

falta de medicamentos y la desconfianza que manifiestan los médicos respecto a las reclusas cuando solicitan asistencia médica”<sup>63</sup>.

Existen problemas de salud que aquejan con mayor intensidad a las mujeres, más allá de aquellos problemas que pueden sobrevenir tras un embarazo, resulta evidente que se les debe otorgar atención de salud de forma integral, cuestión que muchas veces no se cumple. Un ejemplo claro en donde se refleja esta deficiencia en el sistema de salud en cárceles es en la atención psicológica, sobre todo considerando que las mujeres “son más propensas a sufrir lesiones o intentos de suicidio en contextos de privación de libertad (...) cerca del 60% de las mujeres encarceladas han experimentado algún abuso psíquico”<sup>64</sup>.

A esta arista se le suman otras, concernientes a aspectos atinentes a sexualidad de las reclusas, tales como enfermedades de transmisión sexual, historial de salud reproductiva, atención necesaria tras sufrir de abuso sexual o cualquier otra forma de violencia de género, facultad de acceder a métodos anticonceptivos.

Es por lo anterior, que se discute el desarrollo de políticas públicas de salud desde una perspectiva de género en los recintos penitenciarios. En donde se tengan en cuenta para su desarrollo las características físicas, psicológicas y sociales de este grupo. Así potenciar su bienestar sin dejar de tener en consideración el rol de madre que la sociedad le ha impuesto y que muchas veces se ve conculcado en los recintos penitenciarios y en los mismos centros de salud a los que se les traslada para ser atendidas.

### **3.2.2 Derecho a educación sexual**

Uno de los problemas que acongoja a la sociedad hoy en día, es que la sexualidad sigue siendo tratada por los sectores más conservadores como un tema “tabú”. La desinformación en esta materia ha traído consigo consecuencias sobre todo en la población más joven, las cuales se pueden visualizar en las cifras de embarazo adolescente, enfermedades de transmisión sexual o abortos autoinducidos.

---

<sup>63</sup> GENDARMERÍA DE CHILE. 2015. Guía ¿Cómo incorporar el enfoque de género en los programas e iniciativas de Gendarmería? pp.26.

<sup>64</sup> Ibid. pp. 26.

Resulta necesario que se tenga acceso a información y que se incentive que la educación en esta materia llegue a todas y a todos, para que, de esta forma se pueda garantizar que las decisiones que las mujeres tomen en torno a su sexualidad sean estando debidamente informadas, de forma libre y con pleno consentimiento.

Este derecho urge en las cárceles, teniendo en cuenta que las mujeres que se encuentran reclusas en estos centros vienen de un contexto de pobreza y exclusión, en donde la información es escasa, por no decir nula.

### **3.2.3 Visitas íntimas**

El derecho a las visitas íntimas de las internas es considerado como un derecho sexual. El consejo de Derechos Humanos de la ONU, el año 2007 ya establecía que las visitas conyugales es un derecho inherente a todas las personas privadas de libertad, ya sean hombres o mujeres, agregando que estas se deben llevar a cabo independiente del sexo de la pareja, incluyendo a las parejas pertenecientes a la comunidad LGTBI+<sup>65</sup>.

El acceso a este derecho debe ser igualitario. Además, debe garantizar condiciones de seguridad, dignidad, higiene y privacidad para las personas privadas de libertad y sus parejas, sin discriminación alguna, contando con los espacios apropiados para que estas visitas se lleven a cabo.

Sin embargo, si bien este derecho ha sido incentivado por tratados internacionales, muchas veces la realidad penitenciaria de los países, en su mayoría los tercermundistas, no permiten el pleno goce de este derecho al no contar con los espacios adecuados para ello. Así lo recalca la profesora Carmen Antony quien critica a las cárceles latinoamericanas, ya que son pocas las que permiten ejercer este derecho, y cuando dan esta posibilidad es deficiente debido a que no se encuentra implementado de forma adecuada, dejando entrever formas de discriminación con respecto al desarrollo de las visitas conyugales de los hombres privados de libertad, pues las visitas íntimas en los centros penitenciarios femeninos muchas veces “son objeto de fiscalizaciones y exigencias que los hombres reclusos no sufren, como el uso forzoso de anticonceptivos o la obligación de estar casada o mantener un vínculo de pareja

---

<sup>65</sup> GENDARMERÍA DE CHILE. Op., Cit. p.16.



estable con el visitante”<sup>66</sup>. Cuestiones que solo dejan entrever, una vez más, la discriminación hacia la mujer. Estas visitas se deberían llevar a cabo independiente del vínculo formal que estas tengan, teniendo derecho a elegir como y con quien ejercer libremente su sexualidad.

### **3.2.4 Autodeterminación reproductiva**

El derecho de autodeterminación reproductiva se entiende como el derecho básico de decidir libremente sin ningún tipo de coerción sobre la posibilidad de procrear o no, a la vez de planificar familia. Este derecho se encuentra respaldado por el derecho a la integridad tanto física como psicológica, derecho a la libertad, derecho a planificar libremente familia. El derecho a la integridad física a su vez tiene relación con el derecho a la dignidad, seguridad personal y libertad, pues es el derecho de la mujer a decidir sobre aspectos que debido a sus características inciden y tiene consecuencias sobre su propio cuerpo y a la vez sobre su libertad personal, expresando libremente su sexualidad y no sufriendo violencia ni ningún tipo de coerción o práctica dañina.

La autodeterminación reproductiva también engloba un rol preventivo, el cual consiste en entregar toda la información necesaria y útil sobre los distintos métodos de protección para prevenir el embarazo. Como también el decidir si usar o no la anticoncepción de emergencia, teniendo relaciones sexuales seguras.

Este derecho también contempla el de formar familia, enfatizando en que la mujer debe decidir libremente querer o no tener hijos, el número y la oportunidad, contemplando la posibilidad de acceder a tratamientos en caso de infertilidad, cuestión que no es considerada en los recintos carcelarios.

Por último, una arista importante de este derecho que se desarrollará en extenso más adelante es la de participar en el cuidado y la crianza de los hijos, ejerciendo la maternidad de forma responsable, el cual en la realidad carcelaria se ve muchas veces limitado.

---

<sup>66</sup> ANTONY GARCÍA, C. Op. Cit. pp. 81.

### 3.3 Derechos reproductivos y maternidad

#### 3.3.1 Derechos reproductivos

En los párrafos anteriores se desarrollan los derechos sexuales que consideramos más atinentes al tema.

Aparejado a esta categoría de derechos, están los derechos reproductivos. Los derechos reproductivos son de difícil definición, en las convenciones internacionales se describen elementos de estos derechos o modos de proteger los mismos y en algunas declaraciones los mencionan expresamente. Lo que sí existe, es acuerdo sobre la importancia de la salud reproductiva, que es uno de los principios esenciales de los derechos reproductivos<sup>67</sup>. Se debe entender que los derechos reproductivos y maternos, siempre van ligados a la materialización de otra clase de derechos, como el derecho a la salud, a la integridad física y psíquica, y a la autodeterminación de las personas.

No hay una definición precisa de esta categoría de derechos. Las definiciones que se desarrollan por la doctrina internacional se desprenden de convenciones y conferencias, como la Conferencia del Cairo y la Declaración de Beijing de 1995. En estas, se hacen descripciones o elementos que componen los derechos reproductivos, en base a esto, la medicina los define como aquellos derechos que “...permiten a las personas tomar decisiones libres y sin discriminaciones sobre la posibilidad de procrear, de regular la fecundidad y de disponer de la información y medios para ello. También implica el derecho de tener acceso a servicios de salud reproductiva que garanticen una maternidad segura, la prevención de embarazos no deseados y la prevención y tratamiento de dolencias del aparato reproductor como el cáncer de útero, mamas y próstata”<sup>68</sup>.

Estos derechos se apoyan en dos principios que se consideran fundamentales: la autodeterminación reproductiva y la atención de salud de esta. Dentro de este grupo de

---

<sup>67</sup> IGAREDA, N. 2010. De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado. Tesis doctoral para acceder al grado de Doctor en Derecho Público. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de ciencia política y derecho público. pp. 162.

<sup>68</sup> PÉREZ D'GREGORIO, R., 2014. Derechos sexuales y reproductivos. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, vol. 74, no. 2, pp. 75.

derechos, algunos de los más relevantes son: (i) Derecho a decidir sobre la planificación familiar, educación y herramientas para lograrlo; (ii) Decidir libremente sobre ser madre o no; (iii) Decidir el tipo de familia que se va a formar; (iv) Acceso a métodos anticonceptivos; (v) No discriminación por embarazo o maternidad; (vi) Acceso a servicios de salud; (vii) Educación que garantice la autonomía reproductiva, entre otros.

Como se evidencia anteriormente, en el contexto carcelario todos estos derechos van vinculados a la educación y a la salud en la realidad carcelaria, que, como se ha señalado anteriormente, es deficiente.

### **3.3.2 Derecho a la maternidad**

En estricto rigor, no existe un derecho a la maternidad. Lo que existe, es una protección de la maternidad dentro de los sistemas legales, mediante disposiciones que protegen ámbitos de la maternidad, tales como, el fuero maternal, los descansos y permisos por maternidad, las técnicas de reproducción asistida, subsidios por maternidad, el derecho a alimentar a los recién nacidos, etc.

El Estado se muestra como garante del ejercicio de la maternidad mediante estas normas protectoras dirigidas a un desarrollo de la maternidad “en lo público”, desde la perspectiva de la igualdad en una actitud protectora por parte del Estado de las mujeres trabajadoras -todas las normas protectoras atienden a la protección del trabajo de la mujer que es madre- en edad fértil como grupo especialmente vulnerable<sup>69</sup>.

La autora Marrades Puig, esboza una definición del derecho a la maternidad como “El derecho de toda mujer de ser madre sin renunciar a ningún ámbito de realización personal, sin verse discriminada por ese motivo y en igualdad de condiciones con los hombres”<sup>70</sup>.

La no existencia de un derecho a la maternidad se explica por diferentes motivos, los más relevantes son:

---

<sup>69</sup> IGAREDA, N. Op. Cit., pp. 160.

<sup>70</sup> MARRADES, A. 2002. Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis Jurídico de su reconocimiento. Valencia, Universidad de Valencia. pp. 65.

- a) Por el rol social de la mujer con una “función reproductora”: históricamente no se ha considerado la maternidad como un derecho, sino como una función, un rol previamente asignado a todas las mujeres, por esto no se reconoce como tal. Es por esto mismo, que pocos se han atrevido a escribir sobre esto.
- b) La universalidad de los derechos humanos: podemos entender que “el derecho a la maternidad”, si existiera, sería un derecho de titularidad únicamente femenina. Por este motivo, no podía ser tipificado como un derecho humano, ya que estos son universales y se adecúan al principio de igualdad para todas las personas. Los derechos humanos son “característicos de todo ser humano por el hecho de serlo”. Se contraviene la vocación de universalidad de los derechos humanos al tipificar la maternidad como un derecho.
- c) Necesidad de la maternidad: se entiende que los derechos vienen a suplir necesidades, pero la maternidad no es una necesidad básica de las mujeres, la maternidad es una opción sobre la que pueden decidir las mujeres.

Los motivos para la no calificación del derecho a la maternidad son importantes. No obstante, en muchos ordenamientos se enuncia el derecho a la maternidad, así ocurre en el derecho español, pese a que ese ordenamiento se niega a afirmar la existencia de este derecho.

En nuestro país, no existe un derecho a la maternidad, únicamente existe “la protección de la maternidad”, esta se manifiesta a través de:

- a) Prohibición de desarrollar ciertos trabajos: se prohíbe a los empleadores hacer que las trabajadoras embarazadas realicen labores perjudiciales para su salud.
- b) Fuero maternal: se protege el trabajo de la mujer trabajadora embarazada, mediante una prohibición al empleador de despedirla por un periodo determinado sin una autorización judicial previa. El fuero rige desde la concepción y hasta un año después del post natal.
- c) Descansos y permisos por maternidad:

Prenatal: Descanso de seis semanas previo al nacimiento del bebé.

Postnatal: Descanso de doce semanas posteriores al nacimiento.

Existen posibilidades de extender estos descansos y permisos si el hijo/a tiene una enfermedad, o la madre posterior al postnatal tiene una enfermedad.

- d) Subsidios: es el pago de las rentas o remuneraciones que recibía por remuneración.
- e) Derecho a alimentar al hijo: es un derecho que se otorga a las madres trabajadoras, que podrán hacer uso de una hora diaria de su horario de trabajo para alimentarlos.

Como se evidencia, la protección de la maternidad en Chile se reduce a la protección de las mujeres trabajadoras, difícilmente entran en esta categoría las madres privadas de libertad. Desde esta perspectiva, las mujeres privadas de libertad gozan de los derechos que le otorga la protección a la maternidad de forma reducida, ya que se trata de protección en la esfera pública -laboral- y no todas las mujeres privadas de libertad pueden optar a puestos de trabajo en el contexto de reclusión.

Hay que destacar, que la mayoría de las mujeres madres de hijos menores de dos años o mujeres embarazadas están en el programa “Creciendo contigo” de Gendarmería, este programa intenta insertar a las mujeres en puestos de trabajo.

### **3.4 Derechos de los niños recién nacidos**

De acuerdo con la definición del derecho a la maternidad de Marrades Puig esbozada anteriormente, el derecho a ser madre no termina en el nacimiento, ya que estipula que es el derecho a no ser discriminada en las esferas de la vida por el hecho de ser madre.

La maternidad no se agota en el nacimiento, persiste en el tiempo y genera una serie de deberes y obligaciones. Aquí, la madre y el hijo pasan a formar una especie de “diada”, ya que los derechos de los hijos e hijas pasan a depender automáticamente de las madres o padres.

Los NNA, gozan de una serie de derechos, garantizados a través de convenciones internacionales y por los propios ordenamientos nacionales. El interés superior del niño es

un principio rector cuando se trata de niños recién nacidos, por lo tanto, se desarrollan normas que garantizan derechos a la díada madre-hijo(a).

El más atingente al tema que importa a este análisis es el derecho al amamantamiento. Existe en nuestro país una ley que protege la lactancia materna y el amamantamiento, la promulgación de esta ley en nuestro país tuvo como fines principales: (i) Reconocer el valor de la maternidad y el derecho de la lactancia como un derecho de los niños y las niñas recién nacidos; (ii) Consagrar el derecho de niños y niñas al acceso de leche humana, y como contraparte, el derecho de las madres a amamantar de modo libre a sus hijas e hijos; y, (iii) Garantizar el amamantamiento libre, el ejercicio de la lactancia y sancionar las discriminaciones que cause privación, perturbación o amenaza de estos derechos<sup>71</sup>. Los dos últimos objetivos de esta ley son los que habilitan el derecho a las madres privadas de libertad a tener a sus hijos e hijas hasta que estos cumplan dos años, para garantizar el derecho de niñas y niños a la lactancia materna.

Chile, como muchos países, ha intentado regular la relación entre los padres y madres privados de libertad con sus hijos e hijas. Esta actividad regulatoria busca preservar la dignidad de los NNA y su derecho a la relación directa y regular con sus progenitores<sup>72</sup>. Adicionalmente, que se garantice a padres y madres una ventana para cumplir con sus obligaciones y derechos, favoreciendo el apego en el contexto carcelario mediante visitas una vez a la semana, acompañados de un adulto.

Sin embargo, como casi todo en la ejecución penitenciaria la regulación de estas visitas deja mucho que desear. Pese a que GENCHI cuenta con protocolos de visitas e incluso un manual de Derechos Humanos que habla acerca de las visitas, en ellos no se hacen referencias especiales en atención a los NNA, por lo tanto, quedan expuestos en el ingreso y estadía a las mismas condiciones a las que se someten los adultos en las visitas desde los

---

<sup>71</sup>BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL SOBRE.2019. Protección de la lactancia materna y el amamantamiento. [En línea] Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/proteccion-de-la-lactancia-materna-y-el-amamantamiento#:~:text=Toda%20madre%20tiene%20el%20derecho,del%20padre%20cuando%20fuera%20posible>

<sup>72</sup> ROA, J. 2019. Chile: Niños y niñas con madres y padres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos. pp. 18.

doce años<sup>73</sup>. Muchos de ellos califican esta revisión como violenta e intimidante, para la generalidad de los NNA que realiza visitas a sus madres, resulta un proceso de larga espera, ingreso amenazante y agresivo, en donde un ambiente hostil tiñe la visita de una evidente incomodidad<sup>74</sup>. En ocasiones, las mismas madres privadas de libertad prefieren no ser visitadas, por el rechazo que provoca el registro corporal de sus hijos, necesario para ingresar<sup>75</sup>.

La privación de libertad de la madre afecta fuertemente a los hijos, teniendo un impacto negativo en el desarrollo de los NNA, los cambios en la dinámica familiar, cambios de vivienda y cambios en la economía del hogar, ya que suele tratarse de hogares monoparentales que eran sostenidos por la madre. Los mismos niños toman sobre sí responsabilidades para cumplir con las necesidades domésticas, emocionales y financieras<sup>76</sup>.

Los niños y niñas menores de dos años o los nacidos mientras la madre cumple su condena privativa de libertad o prisión preventiva, viven una situación diferente. Como se menciona anteriormente, en atención al derecho de los niños y niñas a la lactancia materna, estos viven con la madre.

El ordenamiento jurídico chileno no tiene un estatuto aplicable a las mujeres privadas de libertad que son madres o que están embarazadas. Existen normas residuales en la Ley del SENAME (N°20.033) y la Ley de protección a la lactancia materna (N°21.155), que indirectamente hablan sobre el derecho de los lactantes y las madres a permanecer juntos en atención a la protección del recién nacido por razones de la nutrición asociada a la lactancia materna. Así, el Reglamento de Establecimientos penitenciarios señala que los recintos deben contar con “espacios y condiciones adecuadas para el cuidado y tratamiento pre y postnatal,

---

<sup>73</sup> LÓPEZ, N. & ROA, J. 2016. Percepciones de Maternidad en Cárcel: un estudio descriptivo desde un enfoque de género. Tesina para optar al grado de psicólogo. Santiago, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de psicología. pp. 60.

<sup>74</sup> ROA, J.Op. Cit. pp. 37.

<sup>75</sup> BULNES, F. COLLARTE, C., FRUHLING, H., MARDONEZ, C., RAMM, A., ROBLERO, L. y CONTRERAS, C. 2016. “Construcciones Socioculturales que se generan en las comunidades intrapenitenciarias situadas en el C. D. P Santiago Sur (Ex Penitenciaria)”. Un estudio Etnográfico. *Temas De La Agenda Pública*, vol. 93, pp. 11.

<sup>76</sup> CORTÁZAR, A., FERNÁNDEZ, P., LÉNIZ, I., QUESILLE, A., VILLALOBOS, C. y VIELMA, C. 2015. Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad. *Claves de Políticas Públicas*, pp. 7.

así como para la atención de los hijos lactantes de las internas”. Como consecuencia de esto, las mujeres embarazadas privadas de libertad que tienen hijos o hijas menores de dos años, o que están embarazadas y están cumpliendo su condena o prisión preventiva, gozan de este “beneficio” que consiste en la posibilidad de vivir en la sección materno infantil de los centros penitenciarios.

El programa que coordina este derecho se llama “Creciendo juntos” y está a cargo de Gendarmería. Tiene como objetivo garantizar el ejercicio de una parentalidad positiva, intervenir en la parentalidad de las personas condenadas que reciben visitas de menores de 12 años, contribuir al desarrollo físico y psicosocial del niño o niña y fortalecer en los NNA la relación con sus madres<sup>77</sup>.

Actualmente en Chile, existen 30 secciones materno-infantil, aunque se abarcan 35 establecimientos penitenciarios, que albergan a 31 mujeres embarazadas y a 42 madres lactantes<sup>78</sup>.

Se debe hacer patente que estos niños pasan los primeros dos años de su vida privados de libertad. Al parecer de la Corte Suprema, esto resulta una transgresión al principio de personalidad de la pena, entendido como un “axioma común de que nadie puede constituirse en sucesor de una culpa ajena. Cada persona debe sufrir las consecuencias de sus propios actos”<sup>79</sup>.

Actualmente, el castigo de privación de libertad se extiende a niños y niñas recién nacidos, que de acuerdo con nuestra Constitución nacen “libres e iguales”, sin embargo, nacen privados de libertad y en una posición de desigualdad.

Están reclusos en pos de favorecer la relación de apego con quien sería su principal cuidadora, fundamental para el desarrollo en el futuro del niño o niña. El apego en esta primera etapa “determina en parte la autoconfianza, la motivación, la confianza en los demás,

---

<sup>77</sup> Documento respuesta formulada por Gendarmería de Chile a la consulta realizada a la Dirección Regional de O’Higgins vía correo electrónico el 01 de septiembre de 2020.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> RAMOS VÁZQUEZ, I., 2005. El principio de personalidad de la pena en el Derecho histórico castellano. *Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)*, no. 11, pp. 245. ISSN 1131-5571.



el desempeño académico y la capacidad de establecer relaciones significativas y estables en etapas posteriores de la vida”<sup>80</sup>.

No obstante, no se puede negar que pese a los beneficios que importa para la diada madre-hijo(a), se trata de un recién nacido que nace sin libertad, una de las garantías fundamentales del Estado moderno y que, además, se ve privado de una multiplicidad de derechos fundamentales por el hecho de vivir recluido, afectado por la deficitaria realidad carcelaria que hoy afecta a miles de mujeres a lo largo de todo el país.

#### **4. Conclusiones**

Las condiciones de vida de la población penal en general son deficientes, según lo expuesto esta realidad se agrava cuando involucra a mujeres, ya que la cárcel es un espacio discriminador. Se agrava aún más cuando las mujeres están embarazadas o cuando junto a ellas viven niños y niñas de hasta dos años. Este entramado resulta en una múltiple vulneración a los derechos fundamentales inherentes a cada una de estas personas, que forman parte de un colectivo particularmente vulnerable.

Esta situación se ha visto agravada desde el año 2005 con la promulgación de la ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. La promulgación se ha traducido en aumento de la población penal femenina, y consecuentemente en la población de niños y niñas en las cárceles, lo que se explica por el perfil criminológico de este grupo.

Las mujeres, en particular las mujeres embarazadas o que son madres, gozan según la normativa internacional de una serie de derechos sexuales y reproductivos ligados a la maternidad, la salud y el ejercicio de la sexualidad, lo que no se garantiza en nuestra deficiente ejecución penitenciaria. Resulta preocupante el poco desarrollo que se le ha otorgado a lo largo de la historia a esta clase de derechos, por lo demás, son derechos que no están garantizados en la ejecución penal.

---

<sup>80</sup> CORTÁZAR, A., FERNÁNDEZ, P., LÉNIZ, I., QUESILLE, A., VILLALOBOS, C. y VIELMA, C. Op. Cit. pp. 7.

No podemos cerrar este capítulo sin dar énfasis a la condición de los niños y niñas de hasta dos años que nacen privados de libertad como un efecto colateral de la privación de libertad de la madre, quienes desde su nacimiento están condenados al estigma social que rodea a las personas reclusas, lo que trae consecuencias en su desarrollo tanto físico como psicológico en el largo plazo.

## **CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA EN MUJERES EMBARAZADAS**

### **1. Caso Lorenza Cayuhán**

#### **1.1 Hechos**

Lorenza Cayuhán es una mujer mapuche que el año 2016 ingresó a la cárcel a cumplir una pena de cinco años por el delito de robo con fuerza mientras se encontraba embarazada. El día 13 de octubre del mismo año, con 32 semanas de gestación, comenzó a sufrir molestias y dolores, por lo que avisó a Gendarmería para que fuera revisada por una derivación a enfermería y/o revisión por un paramédico. Una vez atendida, es trasladada al Hospital de Arauco en taxi, custodiada por dos funcionarios de Gendarmería, un hombre y una mujer. Adicionalmente, el carro iba escoltado por un carro institucional en el que iban cinco funcionarios y dos motoristas de Carabineros de Chile.

En el Hospital de Arauco es diagnosticada con preeclampsia, lo que ponía en peligro la vida de la madre y de la hija, razón por la cual es trasladada al Hospital Regional de Concepción a las 18.00 hrs, en ambulancia, engrillada por el pie izquierdo a la camilla de la ambulancia. Ingresa aproximadamente a las 19.00 hrs. y es evaluada en presencia de un gendarme. Para esta ocasión, el personal médico solicitó el retiro de los grilletes, posteriormente le son repuestos cerca de las 22.00 hrs.

Al día siguiente, el 14 de octubre a las 15.00 hrs. es trasladada a la Clínica de la Mujer Sanatorio Alemán de Concepción, nuevamente con grilletes en los pies. Una vez que llega a la clínica, personal médico solicitó que los grilletes le fueran retirados porque llegaría el momento del parto que se llevó a cabo mediante una cesárea de urgencia, que sucede a las 16.00 hrs. aproximadamente. Durante el mismo, es custodiada todo el tiempo por un gendarme mujer, que se encuentra a su lado en todo momento.

Posterior al parto, es custodiada en la Unidad de Cuidados Intensivos permanentemente por dos funcionarios de GENCHI, un hombre y una mujer.

La situación de Lorenza era crítica, ya que la preeclampsia ponía en riesgo su vida y la de su hija, Sayén. Por lo mismo, la vigilancia de gendarmería era innecesaria, ya que no existía peligro de fuga o evasión del cumplimiento de la condena.

## **1.2 Recursos**

Por los hechos anteriormente descritos, se interpusieron dos recursos de amparo, uno en favor de Lorenza Cayuhán y otro en favor de Sayén Nahuelán. Por esta última, se interpuso además un recurso de protección.

### **1.2.1 Recurso de amparo en favor de Lorenza Cayuhán**

Por estos hechos, la Defensora Penal Pública Pía Campos, el 17 de octubre del mismo año interpuso recurso de amparo en favor de Lorenza Cayuhán en contra del Director Regional de GENCHI del Bío Bío, el coronel Pablo Toro Fernández. Se funda en que los hechos anteriormente descritos, a su consideración revisten el carácter de coerción ilegítima y un trato cruel e inhumano, lo que transgrede el cuerpo normativo del derecho internacional de los Derechos Humanos, incluso el Reglamento de Establecimientos penitenciarios de Chile.

Por esto, se solicita a la Corte de Apelaciones de Concepción que se restablezca el imperio del derecho y modos de asegurar la tutela de los derechos fundamentales de Lorenza. Formula una serie de solicitudes en relación con el actuar de GENCHI, por ejemplo, que se declare la ilegalidad del actuar de los mismos y que se requiera al servicio para la adopción de las medidas que resulten necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho.

En este recurso se hace parte el Instituto Nacional de Derechos Humanos y el senador Alejandro Navarro.

### **1.2.2 Recursos de amparo y de protección deducidos en favor de Sayén Nahuelán**

El senador Alejandro Navarro interpuso recurso de amparo y un recurso de protección en favor de Sayén Nahuelán Cayuhán en contra de Gendarmería de Chile y contra el Director Regional de Gendarmería de la VIII Región -Christian Alveal Gutiérrez, en ese entonces-, con fecha 19 de octubre de 2016.

El fundamento del recurso de amparo es que Lorenza pronto sería dada de alta, por lo que debe volver a cumplir su pena privativa de libertad al CDP Arauco. Lorenza solicitó a Gendarmería verbalmente que se le mantenga lo más cerca posible de su hija, que por ser prematura debe mantenerse en la Clínica de la mujer, de preferencia en el mismo recinto hospitalario. GENCHI señaló como única solución trasladar a Lorenza a cumplir condena de forma temporal en el CDP El Manzano, pudiendo ser trasladada dos veces al día para amamantar a Sayén.

A su vez, el recurso de amparo fue interpuesto a fin de que Sayén pueda “contar con el contacto físico, cuidados y amamantamiento de su madre Lorenza Cayuhán, de manera permanente”, se solicita que la misma permanezca por el tiempo que sea necesario en el mismo recinto de salud en el que Sayén reciba atención médica, imputando este tiempo a la pena. Adicionalmente, se solicita que la vigilancia y medidas de seguridad se ajusten a todo lo dispuesto en el ordenamiento internacional.

El mismo día que el senador interpuso el amparo, interpuso en favor de Sayén un recurso de protección contra los mismos recurridos, fundado en los mismos hechos y solicitudes que constan en el recurso de amparo, solicitando una orden de no innovar para que se concedan las pretensiones del recurso, que son las mismas que se hacen en el recurso de amparo.

### **1.2.3 Primera instancia ante la Corte de Apelaciones de Concepción**

El recurso de amparo preventivo deducido en favor de Lorenza Cayuhán (330-2016) es acumulado con el recurso de amparo deducido en favor de Sayén (336-2016), por lo que son fallados en conjunto (330-2016).

El amparo de Lorenza es rechazado. El argumento esgrimido para rechazar el recurso es que no existe ningún hecho constitutivo de privación ilegal de libertad personal o amenaza a la libertad, ya que la Corte considera que no se ve afectada la seguridad individual de la amparada -conforme al artículo 21 de la Constitución Política de la República que establece la procedencia del recurso de amparo-. El fallo se fundamenta por la Corte en una “pérdida de oportunidad”, ya que se considera que al momento de fallar no existía la afectación que

se denunciaba, que estriba principalmente al trato coercitivo e indigno que se efectúa mediante la utilización de grilletes.

En cuanto al amparo deducido en favor de Sayén, este también es rechazado, ya que se considera que no se permite adquirir una convicción acerca de algún hecho que constituya realmente una privación, perturbación o amenaza al derecho de la libertad y la seguridad individual.

En el fallo, hay una prevención del ministro Manuel Muñoz Astudillo, que pese a concurrir al rechazo del recurso, agrega argumentos que dan cuenta del reconocimiento de los hechos que dan cuenta que la amparada fue sometida a tratos que afectan la dignidad y la salud de esta, por el abuso de las medidas de seguridad, esto es, el uso de grilletes en un parto.

Considera que las medidas de seguridad adoptadas por Gendarmería de Chile no guardan proporción con el hecho que debió soportar Lorenza, ya que estaba en un estado de embarazo peligroso para la vida de la madre y de la niña debido a la preeclampsia, al punto que debió ser tratada quirúrgicamente.

El temor a la fuga no era plausible, a juicio de la prevención consistió en una falta de recato que implicó un atentado en contra de la dignidad personal y salud de la Lorenza y de Sayén.

En cuanto al recurso de protección interpuesto en favor de Sayén, el mismo día de su ingreso, 19 de octubre de 2016, la Corte de Apelaciones de Concepción dicta una Orden de No Innovar en la que se dispuso que GENCHI debería permitir “el contacto físico, cuidados y amamantamiento de la menor Sayén Ignacia Nahuelán Cayuhán de parte de su madre doña Lorenza Cayuhán Llebul, día y noche, en el establecimiento hospitalario en que se encuentre la menor, durante el término de tres meses, sin perjuicio del cual, con informes médicos fundados, se pueda extender dicho plazo”.

El recurso es fallado el 14 de febrero de 2017 y es rechazado. Para la Corte, el recurso carece de oportunidad, ya que la madre y la hija están dadas de alta médica. El debate en el recurso es si la madre debe ser trasladada al CDP de Arauco o al centro solicitado por Lorenza, el Centro de Educación y Trabajo de Cañete y Punta de Parra, ya que los recurrentes

estiman que se pone en peligro la vida o la salud de la recién nacida, en caso de que Gendarmería tome represalias en contra de Lorenza. Resuelve que es incompetente para gestionar esta solicitud<sup>81</sup>.

El fallo cuenta con una prevención de la Ministra Matilde Esquerré Pavón. A su juicio, el hecho de devolver a Lorenza Cayuhán al CDP Arauco afecta todas las garantías constitucionales e internacionales garantizadas a través de diversos instrumentos ratificados por Chile. Adicionalmente, considera que ubicarla nuevamente en su CDP de origen es una revictimización innecesaria<sup>82</sup>.

#### **1.2.4 Segunda instancia ante la Corte Suprema**

El fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción en lo relativo a los recursos de amparo deducidos en favor de Lorenza y Sayén (acumulado en el rol 330-2016), es apelado por la Defensoría Penal Pública y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, sólo en lo relativo a la parte decisoria del recurso de amparo de Lorenza.

La Corte Suprema es tajante y considera que el obrar por parte de Gendarmería de Chile contraviene toda la normativa nacional e internacional a la que Chile está obligado en el tratamiento de las personas privadas de libertad.

Sostiene que el Estado chileno en cuanto a la situación de las personas privadas de libertad tiene un “mandato legal, supralegal y constitucional respecto a la dignidad humana como principio básico rector de la relación entre Gendarmería de Chile y los internos sujetos a su protección”<sup>83</sup>, sobre todo respecto de las mujeres privadas de libertad que se encuentren embarazadas o al cuidado de NNA.

Se pronuncia extensamente acerca de las medidas de seguridad utilizadas y cómo se constata la contravención a todo el aparato internacional en la materia y sobre la violencia

---

<sup>81</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Alejandro Navarro Brain en representación de N.N. contra Gendarmería de Chile. Sentencia de 14 de febrero de 2017. Rol 20145-2016. Considerando 9°.

<sup>82</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Op. cit. Considerando 13°.

<sup>83</sup> Corte Suprema. Lorenza Beatriz Cayuhán Llebul contra Gendarmería de Chile. Sentencia de 1 de diciembre de 2016, rol 92795-2016. Considerando 9°.

institucional que se manifiesta en el caso, sobre perspectiva de género y sobre la especial condición de vulnerabilidad de Lorenza por ser mujer e indígena.

Por esto, se revoca la sentencia apelada y se ordena que:

- 1) Que la custodia y medidas de seguridad que se adopten por Gendarmería durante los traslados se ajustarán a la normativa internacional.
- 2) Que durante los traslados la custodia será ejercida por personal femenino de GENCHI.
- 3) Que GENCHI deberá revisar y adecuar los protocolos de actuación en materia de traslados a hospitales conforme a la normativa internacional suscrita por Chile.
- 4) Adicionalmente, se ordena a GENCHI a remitir copia a la Corte de Apelaciones de Concepción del sumario administrativo que dé cuenta de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a lo ordenado.

La sentencia del recurso de protección interpuesto en favor de Sayén, también es apelado ante la Corte Suprema.

La sentencia apelada es confirmada por la Corte Suprema, reproduciéndose con excepción de los considerandos 3° y 9°, que son eliminados. La Corte estima que no existe al momento de fallar ninguna “perturbación, privación o amenaza” de los derechos de Sayén, quien ha permanecido con su madre desde la dictación de la Orden de no innovar dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción.

### **1.2.5 Aspectos relevantes atinentes al fallo de la Corte Suprema**

#### a) Violencia institucional

En el considerando séptimo se pronuncian sobre el obrar de GENCHI y lo califica como comportamiento que contraviene toda la normativa internacional y nacional en la materia. En particular, menciona el Reglamento de establecimientos penitenciarios, que en sus artículos 1, 2 y 6 -desarrollados en el capítulo II- establecen garantías a las personas



privadas de libertad en cuanto al trato que debe tener la administración respecto de los reclusos. Posteriormente se desarrolla la normativa internacional relevante en la materia, destacando los Tratados Internacionales de derechos humanos que establecen el deber de los Estados de respetar la dignidad que le es inherente a todo ser humano. Además, considera que la ejecución penitenciaria se rige por un marco legal general supra legal y constitucional, en donde el principio rector es la dignidad humana<sup>84</sup>.

Hablamos de violencia institucional cuando esta es perpetrada por agentes del Estado, en donde sus acciones u omisiones causan perturbación al ejercicio de los Derechos Humanos. Para desarrollar la idea de violencia institucional ejercida contra Lorenza Cayuhán, la Corte Suprema hace referencia a las Reglas de Bangkok, en específico a los artículos 47, 48 y 49.

Los artículos 47 y 48 establecen:

“Regla 47: 1. Se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor. 2. Otros instrumentos de coerción física sólo podrán ser utilizados cuando la ley los autorice y en los siguientes casos: a) como medida de precaución contra la evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en el momento en que el recluso comparezca ante una autoridad judicial o administrativa[...].”

“Regla 48: Cuando la utilización de instrumentos de coerción física esté autorizada de conformidad con el párrafo 2 de la regla 47 habrán de aplicarse los siguientes principios:

2. No se utilizarán instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior [...].”

La Corte Suprema, mediante estas reglas, estima que el uso de grilletes en Lorenza Cayuhán no era procedente, idea que es reforzada por la Regla 24 de las Reglas de Bangkok y compartida también por la Regla 47 de las Reglas Mandela. Además, la Corte Suprema

---

<sup>84</sup> Corte Suprema. Op. Cit. Considerando 9°.

estima que el uso de grilletos resulta degradante, al considerarlo innecesario, por no existir justificación para su uso.

En estos considerandos, la Corte Suprema concluye que el actuar de GENCHI si bien se ajusta a su instructivo interno, contraviene toda normativa internacional en la materia. Además califica el trato que se le dio a Lorenza como degradante<sup>85</sup>.

b) Violencia de género

La Corte Suprema se refiere al actuar de GENCHI en el caso de Lorenza Cayuhán como un acto de violencia de género. La violencia de género, a diferencia de la violencia institucional, es aquella contra la mujer por razones de género. En este punto la Corte Suprema cita el artículo 2 de la Convención Belem do Pará, el cual establece que se entenderá como violencia de género aquella que sea perpetrada o tolerada por el Estado. En este sentido, estima que el Estado incumplió con su obligación de proteger a Lorenza, teniendo en cuenta su condición de mujer, embarazada e indígena<sup>86</sup>.

La Corte estima que Lorenza debió haber tenido un trato diferenciado mediante discriminación positiva. A este respecto menciona la Recomendación N°25 del Comité de la CEDAW, la cual expresa que “en ciertas circunstancias será necesario que haya un trato idéntico de mujeres y hombres para equilibrar diferencias...”. Adicionalmente, cita el principio II de las Reglas Mandela, el cual advierte que las medidas que se destinen a proteger exclusivamente a la mujer no serán consideradas discriminatorias con respecto al resto de la población penitenciaria masculina<sup>87</sup>.

c) Interseccionalidad de la discriminación

La vulnerabilidad se ve reflejada en aspectos personales de todas las personas. En este caso particular, Lorenza Cayuhán, pertenece a múltiples grupos considerados como vulnerables por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

---

<sup>85</sup> Corte Suprema. Op. cit. Considerando 11°.

<sup>86</sup> Ibid. Considerando 13°.

<sup>87</sup> Ibid. Considerando 14°.

La Corte Suprema hace especial énfasis a la pertenencia de Lorenza Cayuhán a la comunidad mapuche y considera que el excesivo despliegue de medidas de seguridad durante sus traslados tiene explicación en su origen étnico, cuestión que resulta discriminatoria por la confluencia de factores entrecruzados de discriminación “pues ésta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche”<sup>88</sup>.

## **2. Caso Tonka Roblero**

### **2.1 Hechos**

Tonka Elida Roblero Tolic, cumplía pena privativa de libertad en el Centro de Detención Penitenciario ubicado en la ciudad de Quillota, el saldo de la pena de cinco años y un día de presidio mayor en grado máximo a la que le condenó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio -por sentencia definitiva de única instancia dictada con fecha 3 de enero de 2015 como autora de un delito de robo con violencia- tenía como fecha de término el 19 de diciembre del año 2020. Al momento de interponer el recurso de Amparo, Tonka Roblero se encontraba en su vigésima semana de embarazo gemelar monocorial, el cual fue calificado por el personal médico del recinto penitenciario como un embarazo de alto riesgo, por el cual tenía que ser atendida fuera del recinto penitenciario una vez a la semana.

Producto a la pandemia COVID-19 que aqueja a Chile y al mundo entero, la salud pública en Chile entró en crisis, colapsando en diversas localidades del país. Debido a que Tonka Robledo se encontraba en un estado de embarazo calificado como riesgoso y teniendo antecedentes de asma, es ubicada dentro de la llamada “población de riesgo”, por lo que se solicitó en los antecedentes RIT N° 1970-2014 del Juzgado de Garantía de San Antonio la interrupción de la pena privativa de libertad, que actualmente cumplía, por la pena de libertad vigilada con control telemático. Cabe señalar que la defensa no requirió la aplicación de la ley N°18.216 para tales efectos, sino sólo hace referencia a ella como forma de indicar los modos que contempla el artículo 33.

---

<sup>88</sup> Corte Suprema. Op.cit. Considerando 16°.

La audiencia es llevada a cabo el día 30 de marzo del 2020, sin embargo, es rechazada la petición por el juez. El juez decide no hacer lugar a la petición fundamentando que a su juicio no existía en nuestro derecho positivo norma alguna que lo facultará para ello, no obstante manifestar públicamente en la referida audiencia que lamentaba no poder acceder a lo pedido.

Un día después del fallo de primera instancia, el día 31 de marzo del 2020, se interpone un recurso de amparo a favor de Tonka Roblero y en contra del Juez de Garantía de San Antonio, Don Omar Zubieta Rojas, considerando que dicho fallo no se ajustaba a derecho, privando de manera ilegal y arbitraria a la amparada de su derecho a la libertad personal y seguridad individual. En el recurso se afirma que el Juez de primera instancia se equivoca al aseverar que no existía disposición legal que lo faculte a interrumpir la pena de presidio por la pena de arresto domiciliario. Para esto, el recurrente invoca tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico conforme a lo dispone el inciso segundo del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, esgrimiendo como argumentos tanto la protección de la madre y de sus hijos por nacer, aludiendo además a la protección de la salud de la población penitenciaria, debido a que las salidas de Tonka Roblero a centros de salud para el control de su embarazo podían resultar perjudiciales a la salud de las demás internas teniendo en cuenta la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

## **2.2 Petición**

Se pide que se sustituya la pena de presidio que la amparada cumple en el CPF de Quillota por la pena de reclusión domiciliaria total, por el periodo de tiempo y con las modalidades que se determine.

## **2.3 Instancias**

### **2.3.1 Instancia ante el Juzgado de Garantía**

Con fecha 23 de marzo del 2020, Humberto Romero, abogado defensor de Tonka Robledo Tolic, presenta una solicitud al Juzgado de Garantía de San Antonio con el fin de que se cite a audiencia para que se resuelva la solicitud presentada por la defensa para interrumpir la pena privativa de libertad, reemplazándola por la pena de reclusión

domiciliaria total, teniendo en cuenta que la sentencia definitiva condenatoria puede ser modificada cuando ocurra hechos o circunstancias sobrevinientes que hagan aconsejable dicha modificación en virtud del artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales que confía la decisión de las solicitudes relativas a la ejecución de las sentencias a los Juzgados de Garantía y el artículo 473 del Código Procesal Penal, que confía la resolución del recurso de revisión en materia penal a la Excma. Corte Suprema.

En febrero del presente año, ya se había solicitado al Juzgado de Garantía de San Antonio la interrupción de dicha pena privativa de libertad por la pena de libertad vigilada con control telemático, lo cual fue rechazado por el tribunal y confirmado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones.

Dicha solicitud, se vuelve a realizar en virtud de la pandemia del COVID-19, crisis sanitaria que es un hecho público y notorio. Esta petición se realiza debido a que Tonka Roblero era considerada como “población de riesgo” debido a su embarazo de alto riesgo, circunstancia que hace aconsejable la interrupción de la pena. Además, se estima que pena privativa de libertad de Tonka Roblero no se limita únicamente a la aplicación de la ley 18.216, en atención a las disposiciones contenidas en la Convención de Belem do Pará, y las especiales circunstancias de salud pública que enfrenta el país ya que su permanencia en el recinto penal compromete incluso la salud de las demás internas y funcionarias de gendarmería.

Finalmente, el Juez de garantía del Juzgado de Garantía de San Antonio rechaza dicha solicitud, al no existir, a su parecer, norma jurídica que permita acceder a la interrupción de la pena privativa de libertad por arresto domiciliario<sup>89</sup>.

### **2.3.2 Recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso**

Se interpone el día 30 de marzo del 2020 recurso de amparo ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, solicitando la interrupción de la pena privativa de libertad,

---

<sup>89</sup> Juzgado de Garantía de San Antonio. Nelson Eladio Fuentes Quiroga con Tonka Elida Roblero Tolic. Rol 1970-204. Resolución de fecha 30 de marzo de 2020. Acta de audiencia para revisión de sentencias y penas.

debido a que el fallo dictado por el Juzgado de Garantía de San Antonio no se ajustaba a derecho.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso acoge el recurso de amparo interpuesto en favor de Tonka Elida Roblero Tolic, en contra de la resolución de fecha 30 de marzo de 2020 que no dio lugar a la solicitud formulada por la defensa de la amparada, por lo que se decreta la suspensión de la pena privativa de libertad reemplazándola por la pena de reclusión domiciliaria total, teniendo como excepción justificada la interrupción del arresto sólo para los casos de necesidad de control del embarazo y mantención del estado de salud de la reclusa<sup>90</sup>.

### **2.3.3 Aspectos relevantes del fallo**

En la actuación ante el Juez de Garantía de San Antonio, el juez explícitamente reconoce la necesidad de interrumpir la pena privativa de libertad, sustituyéndola por una pena menos gravosa. Sin embargo, se abstiene de concederla por considerar que no existe fundamento normativo que habilite dicha petición.

En este caso, la ley resulta ser obstáculo a la hora de implementar las medidas que favorezcan el bienestar y garanticen el efectivo ejercicio de los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad. El mismo juez dice en la audiencia de revisión de solicitud realizada por el defensor público en favor de Tonka Roblero, que lamenta no poder acceder a la misma, por no existir norma que lo autorice<sup>91</sup>. En este punto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso es disidente respecto a la respuesta del juez de garantía, lo cual se expresa en el fallo del recurso de Amparo interpuesto a favor de Tonka Roblero.

La Corte de Apelaciones en su fallo, inicia diciendo que la situación debe ser evaluada desde una perspectiva de género, ya que se trata de una mujer privada de libertad embarazada, respecto de la cual el Estado ha adoptado obligaciones para protegerla de toda clase de

---

<sup>90</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso. Roblero con Juzgado de Garantía de San Antonio. Sentencia de fecha 7 de abril de 2020. Rol 256-2020. Considerando 5°.

<sup>91</sup> Juzgado de Garantía de San Antonio. Op. cit. Acta de audiencia para revisión de sentencias y penas.

violencia, y se hace especial énfasis sobre la violencia proveniente de los agentes del Estado<sup>92</sup>.

Lo más relevante del pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, es que en su considerando quinto reconoce que existe un ordenamiento jurídico aplicable a estas situaciones, el cual proviene de tratados internacionales que son ratificados por Chile y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, dejando en evidencia el error en el razonamiento del Juez de Garantía<sup>93</sup>.

El fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso considera que esto debe ser evaluado desde una perspectiva de género, considerando toda la normativa internacional relacionada al tema, tales como las Convención Belem do Pará, Reglas de Bangkok, Reglas de Tokio y la CEDAW. En este hacen un desarrollo en extenso sobre la normativa aplicable a las mujeres privadas de libertad y el ordenamiento jurídico específico que debe ser tomado en cuenta respecto, estableciendo respecto de ella en el considerando 4°:

“Que, atendida la normativa internacional que se ha venido colacionando, habiendo contra de obligaciones el Estado de Chile tendientes a proteger a las mujeres de todo tipo de violencia física, psíquica y sexual ejecutada por cualquier persona en su contra, pero especialmente respecto de aquellos actos perpetrados o tolerados por el Estado o sus agentes, donde quiera que éstos ocurran, no cabe sino examinar el caso concreto, a la luz de las disposiciones aludidas.”<sup>94</sup>

A la luz de las disposiciones extensamente desarrolladas por este trabajo en el apartado sobre “Normativa internacional aplicable a las mujeres privadas de libertad”, se acoge el recurso de amparo. La corte considera que esta normativa reviste tal importancia, que debe ser derechamente aplicada en este caso, es de tal entidad que obliga a la corte a adoptar de manera urgente las medidas necesarias. El modo de cumplir con estas

---

<sup>92</sup> Ibid. Considerando 1°.

<sup>93</sup> Ibid. Considerando 5°.

<sup>94</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso. Op. cit. Considerando 4°.

disposiciones es mediante la interrupción de la pena y el cumplimiento de su saldo mediante una pena sustitutiva<sup>95</sup>.

Al respecto, es relevante mencionar que su solicitud el defensor menciona la ley N° 18.216 sobre penas sustitutivas no para solicitar la aplicación de una pena sustitutiva, sino para indicar un modo alternativo que dé cumplimiento al saldo de la pena.

### **3. Conclusiones**

Los casos desarrollados dan cuenta de las falencias de la ejecución de la pena en mujeres que son madres o que están embarazadas, dan cuenta de la necesidad de que exista una ley de ejecución con perspectiva de género que atienda estos casos particulares y, en general, a las necesidades de las mujeres, garantizando de modo efectivo el ejercicio de los derechos humanos de los que goza cada reclusa.

La exposición de los hechos da cuenta de la realidad que viven las mujeres privadas de libertad y los NNA que viven con ellas. Hasta el 2019, 112 NNA se encontraban viviendo en los CPF a lo largo de nuestro país<sup>96</sup>, hasta septiembre del año 2020, eran 73 niños. Es un número no menor, lo que deja ver la urgente necesidad de regular la ejecución de la pena mediante una ley.

En primer lugar, con respecto a los fallos analizados, podemos destacar primeramente el rol garante de los Tribunales respecto a la protección de las personas privadas de libertad, rol que pertenece al Estado. En suma, el Estado tiene el deber de desplegar los medios necesarios, materiales o inmateriales, para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de este grupo especialmente vulnerable.

Los Tribunales Superiores de Justicia mediante la jurisprudencia en la materia han tomado un rol dominante a la hora de corregir los errores cometidos por la administración del Estado y sus órganos, en particular, de las actuaciones de GENCHI.

---

<sup>95</sup> Ibid. Considerando 5°.

<sup>96</sup> Documento respuesta formulada por Gendarmería de Chile a la consulta realizada a la Dirección Regional de O'Higgins vía correo electrónico el 01 de septiembre de 2020.



El rol garante que toman los Tribunales Superiores de Justicia es primordial en un sistema penal. Si comparamos el rol del poder judicial en la ejecución de la pena a nivel comparado (regionalmente), podemos ver que en estos sistemas existen tribunales de ejecución de la pena que velan por resguardar los derechos de las mujeres privadas de libertad, evitando abusos por parte de los funcionarios que están a cargo de su custodia, así como también de verificar que el trato dentro de los recintos penitenciarios se ajuste a los márgenes de legalidad<sup>97</sup>. En Chile, es una deuda pendiente que debiese ser parte de una ley de ejecución.

Han existido iniciativas para legislar acerca de la existencia de un juez de ejecución. En la década del 2000, la profesora María Inés Horvitz desarrolló un anteproyecto de ley que incluía la existencia de un juez de ejecución. El proyecto trata sobre deberes y derechos de las personas privadas de libertad, una ley de ejecución. Posteriormente, en el año 2016 la Cámara de Diputados solicitó al Presidente de la República que instruya al Ministerio de Justicia a elaborar un proyecto de ley que introdujera los tribunales de ejecución al sistema penal. Hasta la actualidad, estas iniciativas no han avanzado, este año ingresó un nuevo proyecto de ley que pretende modificar el DL N°321 para incorporar la intervención del juez de garantía en la ejecución penitenciaria, pero en vista a que este intervenga en la concesión de la libertad condicional.

Mediante el ejercicio jurisdiccional, los Tribunales de Justicia tienen un rol garante respecto de las personas privadas de libertad, sin embargo, sus atribuciones son limitadas al poder intervenir en la protección de los derechos de los reclusos únicamente en la medida que estos casos sean llevados ante los Tribunales Superiores de Justicia.

A pesar de que han existido intentos de dar al Poder Judicial un rol activo en la protección de garantías de las personas privadas de libertad, ninguno de estos proyectos, ni mociones han llegado a término. Esta situación, pone en evidencia la desprotección en la que se encuentran los reclusos, ya que los órganos administrativos encargados de la ejecución de la pena no tienen ninguna clase de control. La desprotección se acrecienta cuando se afecta

---

<sup>97</sup> KÜNSEMÜLLER, C. Op. cit. pp.121.

directamente a grupos vulnerables como las mujeres embarazadas o madres privadas de libertad.

A modo de conclusión, resulta necesario destacar la relevancia que cobra en ambos fallos la normativa internacional en temas de género, en ausencia de una ley de ejecución que proteja a las mujeres privadas de libertad. La Corte se pronuncia fallando con perspectiva de género y creando un reconocimiento jurisprudencial a la normativa internacional. Dichos tratados, son reconocidos por el ordenamiento jurídico chileno en virtud del inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República, si bien se ha discutido el rango que los tratados internacionales tienen dentro del ordenamiento jurídico nacional esto no ha impedido la recepción jurisdiccional del DIDH por parte de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>98</sup>. Durante el periodo postdictadura, existió un incremento en la ratificación por parte de Chile de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y desde el año 2005 se ha mostrado una tendencia jurisprudencial que les otorga preeminencia sobre la Constitución.

---

<sup>98</sup> NASH, C. y NÚÑEZ, C., 2017. Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile. *Estudios Constitucionales*, vol. 15, no. 1, pp. 19. ISSN 07185200. DOI 10.4067/S0718-52002017000100002.

## **CAPÍTULO V: PROYECTO DE LEY SAYÉN**

### **1. Antecedentes**

Con fecha 4 de enero de año 2017, ingresa el presente proyecto de ley a través de la moción de los Senadores Alejandro Navarro y Jaime Quintana, el cual tiene como finalidad la modificación del Código Procesal Penal en materia procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años. En esta instancia la idea de legislar en esta materia contó con el apoyo de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

Esta iniciativa nace tras el caso de Lorenza Cayuhán Llebul, comunera mapuche que se encontraba embarazada mientras cumplía la pena de 5 años y 61 días por el delito de robo con intimidación en la CDP de Arauco y cuya sentencia se analizó en el capítulo anterior. A raíz del trato indigno y las vejaciones injustas sufridas por parte de GENCHI a su persona durante el día del parto de su hija, nace el presente proyecto de ley. Tiene la finalidad de proteger a aquellas mujeres embarazadas y a las que ya son madres, además de a sus hijos e hijas y que son condenados a una pena privativa de libertad.

Cabe destacar que, en el documento que presenta este proyecto hace hincapié en que la situación tortuosa que sufrió Lorenza y el traumático nacimiento de su hija Sayén no constituyen un caso aislado<sup>99</sup> y que refleja la realidad que día a día viven miles de mujeres que se encuentran privadas de libertad embarazadas y que tienen que vivir todo el proceso biológico que significa el embarazo, el parto y los primeros años de vida de su hijo o hija privados de libertad, o también ya siendo madres tienen que vivir tras las rejas con su hijo o hija. El caso de Lorenza trajo consigo la necesidad de legislar el tema, al visibilizar el trato indigno e inhumano recibido durante el proceso de embarazo y parto, además de dejar en evidencia los procedimientos irregulares llevados a cabo por GENCHI y la falta de criterio de los mismos funcionarios.

---

<sup>99</sup> REPÚBLICA DE CHILE. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N° 11.703-07, que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años. pp.3.

Por otro lado, el informe realizado por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía en sus intervenciones se refleja que las mujeres constituyen el 8% de la población penal y que el 88,5% de éstas son madres y en su gran mayoría jefas de hogar. Además, consignó que más de 40.000 niños tienen a su padre o madre privados de libertad, viéndose gravemente afectados sus derechos<sup>100</sup>, cifras alarmantes que sólo dejan en reflejo la urgencia que requiere dicho proyecto.

En una primera instancia, el proyecto fue presentado por el Senador Alejandro Navarro y Jaime Quintana, posteriormente por acuerdo de la Sala en Sesión de 2 de febrero de 2019 se acordó que el proyecto fuese enviado a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y eximir del trámite de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Para el análisis de la iniciativa legal, además de los miembros de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía asistieron invitados y expertos en el tema, con el fin de entregar diferentes puntos de vista en relación con la iniciativa legal. En este punto cabe destacar la participación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Ministerio de Desarrollo Social, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Corporación Humanas, ONG En marcha, Gendarmería de Chile, ONG LEASUR, Comisión de Infancia y Derechos Humanos de la Asociación Nacional de Magistrados de Chile, Fiscalía Nacional, Biblioteca del Congreso Nacional, Fundación Constituyente XXI, Plataforma Chile Mejor sin TLC, Movimiento Asamblea Constituyente, Partido Progresista de Chile, Fundación Chile Mejor, Arista Social SPA, Centro Democracia y Comunidad, Fundación Jaime Guzmán, Paula.cl, Diario el Mercurio, Senador Navarro, Senador Moreira, Senador Latorre y Senador Kast.

Por último, a la fecha, el proyecto de ley no ha tenido avances desde el 24 de septiembre del año 2019, encontrándose aún en el primer trámite constitucional en la Cámara de Senadores.

---

<sup>100</sup> República de Chile. Congreso Nacional. Op. cit. pp. 1.

## 1.1 Concepción dogmática sobre las cárceles

Uno de los pilares del problema que tienen hoy en día las cárceles en Chile, y la mayoría de Latinoamérica, es que estas son desarrolladas en base a una sociedad adulto centrista y desde una visión androcéntrica.

El adulto centrismo en la sociedad es entendido como “una relación de poder asimétrica entre las personas adultas y los niños, niñas y adolescentes. En las sociedades contemporáneas, existe una matriz sociocultural adulto céntrica que toma como punto de referencia la posición del adulto, en función de lo que debe hacerse y lo que es considerado valioso en la sociedad: madurez, responsabilidad, integración al consumo, a la producción, reproducción de la familia y participación política en las instancias institucionales”<sup>101</sup>.

Por otro lado, la UNICEF define el adulto centrismo como “cualquier comportamiento, acción o lenguaje que limita o pone en duda las capacidades de los adolescentes, por el solo hecho de tener menos años de vida”<sup>102</sup>, es decir, esta concepción adulto centrista expone a los niños y niñas a una situación desigual de poder debido a la edad.

El adulto centrismo se refleja en la cosmovisión de la misma cárcel. Está hecha y pensada para hombres, por lo tanto, no atiende a las necesidades particulares de grupos diferentes, como son las mujeres y los niños en especial, que tienen necesidades particulares además de formar parte del segmento vulnerable de la población.

En América Latina, en general, las cárceles no cuentan con las instalaciones adecuadas, personal calificado, ni programas para que los NNA puedan residir en estos recintos. Por los mismos motivos, los NNA no deberían residir en centros penitenciarios ya que resulta atentatorio en contra de su libertad, bienestar y todas las garantías de las que gozan en un medio libre. Es por esto que se hace necesario que se exploren alternativas diversas a la privación de libertad de la madre, teniendo siempre en consideración como principio rector el interés superior del niño.

---

<sup>101</sup> DUARTE, C., 2009. ¿Juventud o juventudes? Acerca de cómo mirar y remirar a las juventudes de nuestro continente. [en línea], pp. 67.

<sup>102</sup> UNICEF. 2013. Superando el adulto centrismo. Santiago, UNICEF. pp. 18.

Por otra parte, el androcentrismo es una visión del mundo en donde se sitúa al hombre -cómo género masculino- como el centro de todas las cosas. El informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, cita un estudio realizado por UNICEF y la Defensoría General de la Nación Argentina en donde señala que “la cárcel está construida con una concepción androcéntrica; es decir, el sistema penitenciario -sus normas, prácticas, roles y representaciones- se han elaborado por hombres y para hombres. Por ello, no existe una política criminal diferenciada para las mujeres privadas de libertad con el aliciente de que se encubren sus problemas, conflictos y necesidades detrás de una pretendida igualdad”<sup>103</sup>. Resulta necesario pensar la cárcel desde una perspectiva de género, adecuarla a las necesidades que tienen las mujeres privadas de libertad, que son diferenciadas a las que tienen los hombres, en donde se garanticen los derechos de las mujeres privadas de libertad, otorgándoles la debida protección.

Esta concepción adulto centrista y androcentrista traen consigo efectos colaterales a los NNA, sobre todo en las mujeres privadas de libertad, quienes la mayoría de las veces son el soporte de la familia, su encarcelamiento provoca el desmoronamiento del entorno familiar, provocando que no puedan cumplir con el rol de madre que se les ha impuesto.

Por lo demás, tiene una directa repercusión en los NNA, hijos de las mujeres privadas de libertad, extendiendo el castigo impuesto a la madre a los hijos e hijas de ellas. El impacto que trae consigo la privación de la libertad de la madre a los hijos e hijas es inevitable debido a la inseparable relación madre-hijo. Estos daños se ven reflejados en distintos aspectos, así lo establece la Organización Quaker United Nations Office, que señala en el informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y ciudadanía “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”<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> República de Chile. Congreso Nacional. Op. cit. pp.9.

<sup>104</sup> Quaker United Nations Office. 2012. Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. pp. 55.

## 1.2 Principio de personalidad de la pena

Como se dijo anteriormente, uno de los efectos colaterales de la privación de libertad de una mujer, es la privación de niños y niñas menores de dos años que son hijos o hijas de las reclusas. Recluir a niños y niñas es derechamente ilegal, ya que contraviene todo nuestro ordenamiento jurídico nacional e internacional. De hecho, la norma que autoriza que niños y niñas vivan en cárceles está en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, norma de carácter infralegal, instrumento que no está habilitado para privar a las personas de sus garantías fundamentales. La reclusión de los niños y niñas resulta una extensión del principio de personalidad de la pena.

La pena consiste en “(...) una irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso (...)”<sup>105</sup>. La irrogación de este mal solo puede ser aplicada a quién ha incurrido en el comportamiento defectuoso, este es el principio de personalidad de la pena, que fue recogido como herencia del derecho romano clásico que disponía en el Fuero Real “que el crimen cometido por un padre o la pena sufrida por él no podía infligir deshonra a ningún hijo”<sup>106</sup>.

Una buena definición de este principio, de acuerdo con la herencia del derecho romano clásico, es la que establece la Constitución Española de 1812 que dispone:

“Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que mereció”<sup>107</sup>.

Por lo tanto, el principio de personalidad de la pena establece un límite claro en la aplicación. Resulta muy relevante en la ejecución de la pena de las madres privadas de libertad, ya que aquí es donde se da un caso en el que otra persona distinta de la persona condenada -los niños y niñas de cero a dos años-, sufre la privación de libertad. Esta situación es una clara vulneración al principio de personalidad de la pena.

---

<sup>105</sup> Ramos I. Op. cit. pp.245.

<sup>106</sup> Ibid. pp. 245.

<sup>107</sup> Ramos I. Op. cit. pp.246.

### 1.3 Impacto de la privación de libertad de madres y padres en NNA

En Chile, la privación de libertad de hombres y mujeres trae como efecto colateral un promedio de -como se consigna en el proyecto de ley- más de 40.000 NNA que tienen a uno o ambos de sus padres reclusos en Centros Penitenciarios, generalmente se trata de la madre<sup>108</sup>.

Al ingreso en los Centros penales, alrededor del 90% de las mujeres afirman ser madres y la mayoría de ellas declaran sostener la jefatura del hogar, por lo que a consecuencia de la privación niños, niñas y adolescentes sufren consecuencias del sistema penal “son las víctimas invisibles del delito y del sistema penal. No han hecho nada malo y, sin embargo, sufren el estigma de la criminalidad. Sus derechos de crianza se ven afectados tanto por la acción delictiva de uno de sus progenitores como por la respuesta del Estado en nombre de la justicia.”<sup>109</sup>.

Es poca la información que se maneja de este segmento específico de la población. Al respecto Claudia Stella afirma que “los hijos e hijas de hombres y mujeres presos son una “población olvidada”, no solo por las instituciones educativas sino también por el medio académico y la sociedad en general. Es escaso el conocimiento sobre quiénes son, dónde están y cómo son atendidos, pero fundamentalmente nada se sabe sobre lo que necesitan y cuáles son sus dificultades”<sup>110</sup>. Este segmento de la población ha sido históricamente invisibilizado, esto se evidencia en la nula recepción del interés superior del niño y la niña como principio rector en la ejecución penitenciaria.

La privación de libertad de las madres, y en un menor porcentaje, de padres, genera un alto impacto negativo en la vida de los NNA de carácter emocional. Adicionalmente, la estigmatización pasa a ser una determinante en sus vidas. Al respecto, el informe de la organización Quaker United Nations Office ha señalado que “los efectos que el encarcelamiento parental tiene sobre los niños y niñas son muchos y muy variados. Pueden incluir cambios emocionales y de conducta, impactos sobre la salud mental y física, y riesgo

---

<sup>108</sup> República de Chile. Congreso Nacional. Op. cit. pp.1.

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> SAAVEDRA, E., LAPPADO, P., BANGO, M. y MELLO, F., 2013. Invisibles: ¿Hasta cuándo? pp.16.



de tener resultados de vida más pobres. El estigma y las actitudes de otras personas pueden jugar un papel importante en cómo afecta el encarcelamiento parental a los niños y niñas.”<sup>111</sup>.

Entre los problemas psicológicos que pueden enfrentar en esta situación, se pueden detectar cambios de conductas a corto plazo que pueden ser identificados como hiperactividad, depresión, ansiedad y mucho enojo. El estado emocional de los NNA luego de la privación de libertad de la madre es descrito como un duelo, la diferencia radica en que durante un duelo los NNA reciben el apoyo de la madre o padre si es que está presente, durante la privación de libertad es probable que los NNA queden a la deriva. En el largo plazo pueden desarrollar trastornos de la personalidad, desadaptación emocional y problemas para vincularse socialmente<sup>112</sup>. Según el mismo informe, los NNA con padres en la cárcel “tienen un mayor riesgo de desarrollar problemas de salud mental que sus semejantes, y de desarrollar conductas antisociales y de delincuencia que otros niños y niñas”<sup>113</sup>.

Por otro lado, esto genera problemas en su desarrollo al no tener figuras de autoridad, refuerzos ni incentivos en el área educativa. Por el medio en que se encuentran, muchos NNA son arrojados a la delincuencia e ingresan al medio de las drogas y el alcohol<sup>114</sup>.

Tratándose de los niños y niñas que viven con sus madres en reclusión, los efectos son más perjudiciales aún. Desde su nacimiento se ven privados de libertad y de acceso a todo lo que el sistema puede ofrecer para los niños y niñas en el medio libre. Suelen tener dificultades en su nutrición como consecuencia de la nutrición de las propias madres y se ven sometidos a las condiciones carcelarias que afectan a toda la población penal femenina<sup>115</sup>. En el largo plazo, pesan sobre ellos el mismo estigma social que pesa sobre los NNA que tienen a sus madres o padres privados de libertad.

Todo en sus vidas se ve afectado; el acceso a la educación, a la salud, a la seguridad económica, a recibir atención y los cuidados necesarios de un NNA. Son niños vulnerados en todas las esferas de sus vidas, todo esto atenta en contra de nuestro ordenamiento

---

<sup>111</sup> Quaker United Nations Office. Op. cit. pp.55.

<sup>112</sup> Quaker United Nations Office. Op. cit. pp.55.

<sup>113</sup> Ibid. pp.54.

<sup>114</sup> Ibid. pp.55.

<sup>115</sup> República de Chile. Congreso Nacional. Op. Cit. pp. 3.

constitucional y el ordenamiento internacional al que se ha obligado nuestro país mediante la ratificación de instrumentos internacionales. Estos niños están en una clara desventaja que los pone en una situación de desigualdad que los afecta por el resto de sus vidas.

Es por estos motivos que el interés superior del niño y la niña debe ser tomado en cuenta a la hora de legislar sobre las madres privadas de libertad, porque los niños también sufren de modo directo las consecuencias de las penas privativas de libertad. Los NNA deben ser una preocupación de toda la comunidad jurídica.

## **2. El proyecto**

El proyecto de ley presentado consiste en la modificación del Código Procesal Penal, estableciendo la suspensión de la ejecución de la sentencia penal y la improcedencia de la prisión preventiva respecto de las mujeres embarazadas y de aquellas que tengan hijos o hijas menores de tres años respectivamente.

### **2.1 Experiencia a nivel comparado**

Se insiste que, como punto de partida se debe tener presente como principio rector el interés superior del niño, es decir, todas las actuaciones que realice el Estado que involucre directa o indirectamente a los niños y niñas, debe resguardar siempre el interés superior del niño. De esta manera, la privación de libertad de la madre y el niño o niña son consideradas la “última ratio”, dando siempre prioridad a medidas alternativas a la privación de libertad, esto debido al impacto negativo que tiene en los NNA.

El interés superior del niño debe ser considerado en todas las etapas del proceso penal, así lo establece el proyecto de ley, señalando que se debe considerar dicho interés “no sólo al momento de la separación madre/hijo producto del encarcelamiento de ésta en la ejecución de la pena, sino que implica también considerarlo al momento de la investigación, al decretar medidas cautelares, la determinación de la pena, y el cumplimiento efectivo de esta”<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> República de Chile. Congreso Nacional. Op. cit. pp.9.

A través de un informe realizado por la UNICEF y Centro de Estudios Comparada de la Universidad Diego Portales, se han analizado distintas políticas legislativas que se presentan en distintos países, estas consisten en 4 modalidades diferentes para la aplicación de la pena a mujeres madres y embarazadas, de las cuales sólo:

- i. Unidades materno-infantiles
- ii. Residencias familiares
- iii. Arresto domiciliario
- iv. Políticas de retraso de pena

El modelo actualmente vigente en Chile son las Unidades materno-infantiles analizadas anteriormente, en donde se le permite a madre privada de libertad vivir con sus hijo o hija hasta que cumpla los 2 años en unidades materno-infantiles, habilitadas especialmente para estos casos.

El modelo de políticas de retraso de la pena consiste en aplazar el cumplimiento de la pena para mujeres embarazadas o con hijos pequeños. En el caso del proyecto de ley se propone una alternativa similar, pues se sostiene que hay que optar por la suspensión de la pena y por la improcedencia de la prisión preventiva a mujeres embarazadas y con hijos e hijas menores de 3 años<sup>117</sup>, agregando que la suspensión de la pena no estaría sujeta a los requisitos de la ley N° 18.216 y entendiendo que todas las mujeres que opten a esta suspensión se encuentran en la misma situación, sin impedimentos. En el proyecto de ley se opta por este modelo, se otorga una solución desde la perspectiva de género y teniendo en consideración el interés superior del niño.

Al suspender la pena privativa de libertad no habría necesidad de las unidades materno-infantiles, por lo que no habría niños y niñas que pasaran sus primeros años de vida en la cárcel junto a su madre privadas de libertad, optando por la libertad de los niños en

---

<sup>117</sup> República de Chile. Congreso Nacional. Op. cit. pp.10.

compañía de sus madres los primeros años de vida y evitando la trascendencia de la pena privativa de libertad a los niños y niñas.

## 2.2 Modificación

La modificación presentada en el proyecto de ley se refiere en primer lugar a una modificación en el artículo que regula la improcedencia de la prisión preventiva. En segundo lugar, se agrega un nuevo artículo que permite suspender la ejecución de la sentencia penal cuando se tratare de una mujer embarazada o madre de un hijo o hija menor a tres años. Regula diversas circunstancias, por ejemplo, cuando se tratare de una mujer embarazada al momento de recibir una sentencia condenatoria o el caso de la mujer que queda embarazada durante el cumplimiento de una sentencia condenatoria. A la vez, también se refiere a circunstancias especiales que se pueden presentar caso a caso.

En primer lugar, el proyecto propone modificar el artículo 141, con el fin de agregar el estar embarazada o tener un hijo o hija menor de tres años como nueva causal de improcedencia de la prisión preventiva, tal y como se aprecia en el siguiente cuadro:

| TEXTO LEGAL VIGENTE  | TEXTO DEL PROYECTO DE LEY APROBADO EN GENERAL POR LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA |
|--|---|
| Artículo 141. Improcedencia de la prisión preventiva. No se podrá ordenar la prisión preventiva: | Artículo 141. Improcedencia de la prisión preventiva. No se podrá ordenar la prisión preventiva:            |

|   |  |
|---|--|
| <p>a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos;</p> <p>b) Cuando se tratase de delitos de acción privada, y</p> <p>c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6º, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad.</p> <p>Podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso anterior, cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6º de este Título o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución</p> | <p>a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos;</p> <p>b) Cuando se tratase de delitos de acción privada,</p> <p>c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6º, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad, y podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso anterior, cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6º de este Título o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere</p> |
|---|--|

|   |   |
|---|---|
| <p>de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado de conformidad a los artículos 33 y 123. Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante.</p> | <p>requerido o citado de conformidad a los artículos 33 y 123. Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante.</p> <p>d) <u>Cuando la imputada se encontrare embarazada o tenga un hijo o hija menor de tres años de edad.</u></p> |
|---|---|

En segundo lugar, el proyecto agrega el artículo 468 bis al CPP, al tenor:

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

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

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

Durante todo este tiempo, la condenada se encontrará sujeta al control de la autoridad competente. En caso de dictarse nueva sentencia condenatoria por crimen o simple delito, se revocará la suspensión.

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

En síntesis, el proyecto de ley propone modificar el artículo 141 del CPP y además, agregar un nuevo artículo respecto de la suspensión de la ejecución de la sentencia penal.

### **3. Críticas**

El proyecto de ley se encuentra en el primer trámite constitucional desde el año 2017. Se envió un oficio a la Corte Suprema para que esta mostrara sus apreciaciones en torno al proyecto, a lo que el máximo tribunal respondió de buen modo, celebrando la iniciativa, pero con una serie de críticas que terminan por reformular el articulado consultado.

Las principales críticas giran en torno al rol de género perpetuado a través de la norma y sobre los posibles problemas que se generan post suspensión de la pena o situaciones particulares que hagan la norma de difícil aplicación.

A continuación, desarrollamos las que nos parecieron más importantes.

#### **3.1 Rol de género**

La maternidad es un constructo social que nace en base a las dinámicas de subordinación del patriarcado. Este, mediante discursos normativos, establece una identidad femenina ligada a la maternidad, estableciendo un rol y mandato que dirige el modo de vivir de las mujeres, lo que se traduce en los estereotipos de género, que se entiende como “las categorías de identidad asignadas por la cultura”<sup>118</sup>. Se trata de “generalizaciones preconcebidas sobre los atributos o características de la gente en diferentes grupos sociales” construidas en base a variables y elementos sociales, pero que tiene su origen como constructo cultural en un hecho biológico, el sexo femenino.

---

<sup>118</sup> CONTRERAS, P. 2018. Maternidad encarcelada: análisis feminista de las consecuencias personales, familiares y sociales en mujeres privadas de libertad. Revista temas sociológicos, no.22. pp. 22.

A las mujeres históricamente se les ha impuesto por la sociedad estereotipos de género que afectan el autoconcepto e irradian a todos los aspectos de la vida<sup>119</sup>.

El estereotipo de la maternidad pesa sobre las mujeres como una “institución propia e inherente a las mujeres”<sup>120</sup> e impone una serie de tareas y responsabilidades, sentimientos y una forma de ser y relacionarse respecto a los otros por el hecho de ser madres. Cuando las mujeres carecen de estas características, se genera el concepto de “mala madre” o “mala mujer”<sup>121</sup>, que no es otra cosa que un elemento de control social. Cuando las expectativas que son asignadas a este rol materno no son cumplidas, nace la condena social que genera discriminación, expresado en descalificaciones, etiquetas y prejuicios de la sociedad en general.

Las mujeres madres privadas de libertad -como hemos descrito anteriormente- suelen ser las cuidadoras de sus hijos, además de ser el sostén del hogar. Esta situación genera en las mujeres culpa por dejar a sus hijos “abandonados”, miedo, frustraciones, depresión, baja autoestima e inseguridad.

El ingreso a la cárcel se traduce en una condena penal y una condena social, debido al estigma social que se genera en torno al incumplimiento de la función socialmente asignada, el rol materno. De aquí nace la noción de que la cárcel es un espacio aún más discriminador para las mujeres, ya que las necesidades de las mujeres -como el ejercicio de la maternidad y el sostener un hogar- son desatendidas.

El proyecto de ley pretende introducir la perspectiva de género -para garantizar el ejercicio de la maternidad- y el interés superior del niño para resolver este problema particular que se da en la ejecución penitenciaria de las mujeres que son madres. De este modo, se estaría cumpliendo con los estándares internacionales en la materia que intentan equilibrar las desigualdades que afectan específicamente a mujeres madres privadas de

---

<sup>119</sup>PILAR COLÁS BRAVO, P.V.M., 2007. La interiorización de los estereotipos de género en jóvenes y adolescentes. *Revista de Investigación Educativa [en línea]*, vol. 25, no. 1, pp. 38. ISSN 1989-9106.

<sup>120</sup> MONCÓ, B. 2009. Maternidad ritualizada: un análisis desde la antropología de género. *Revista de Antropología Iberoamericana* vol. 4, no. 3, pp. 359. ISSN 1695-9752.

<sup>121</sup> *Ibid.* pp. 359.



libertad y proteger el interés superior de los niños y niñas, su derecho a la lactancia materna y a la familia.

Las medidas propuestas en el proyecto tienen la intención de proteger a mujeres y NNA, ya que se ven como una díada. A este respecto, la Corte Suprema es de la opinión que lo que debe primar es el interés superior del niño. En la aplicación del proyecto tal como es presentado, es posible que se den situaciones en las que la suspensión de la pena resulte “irrelevante o incluso inútil en relación con el interés del menor [...] pueden existir casos en que justamente aquello que más convenga al menor sea quedar bajo el cuidado personal de su padre, algún otro miembro de la familia o, en casos especialmente graves, su internación en un centro de lactantes e infantes del SENAME”<sup>122</sup>. En estos casos, la aplicación de las normas que dispone el proyecto de ley resultaría contraria a sus fines, por lo que en una contraposición de aspectos importantes de considerar en la ley como son la situación de la madre privada de libertad y el principio de interés superior de los niños y niñas, debe primar este último, de este modo no se frustrarían los fines de la ley en sí misma.

La Corte es de la opinión que la aplicación irrestricta de esta norma -que, en los términos que está dispuesta, es totalmente obligatoria al juez al momento de decidir sobre la libertad de una mujer que es madre- significaría una perpetuación del estereotipo de género de la maternidad, dificultando el ejercicio de la corresponsabilidad parental, esto porque el proyecto asume automáticamente que la madre es la cuidadora de los NNA, situación que se da en la generalidad de los casos, pero que puede tener excepciones. Es por esto que, se sugiere disminuir la rigidez del sistema que se propone, no estableciendo la suspensión de la pena como un deber incondicionado de los jueces, si no como una potestad discrecional que atiende a la situación de cada caso<sup>123</sup>. De este modo, se cumpliría totalmente con los fines de la ley y esta no sería una perpetuación de los roles de género, paradójico en un proyecto que pretende introducir la perspectiva de género en la ejecución penitenciaria.

---

<sup>122</sup> CORTE SUPREMA, Primer informe con ocasión de la discusión del Proyecto de Ley que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años (2-2017). Biblioteca del Congreso Nacional. pp. 7.

<sup>123</sup> Primer Informe de la Corte Suprema. Op. cit. pp. 17.

### **3.2 ¿Qué sucede después de la suspensión de la pena? La reinserción y el estado del NNA**

La Corte Suprema hace una crítica respecto de la situación de las madres luego de la suspensión de la pena por tres años y la situación en la que queda la mujer y el niño o niña posterior al reingreso de la mujer a la cárcel. Para explicar los efectos de esta situación, alude a la reinserción social.

La reinserción social en sus inicios nació como un objetivo de la pena, ubicada por la dogmática penal dentro de la teoría de prevención especial. Su definición, es problemática, primeramente, porque en Chile no se hace una definición legal de la misma y porque en la doctrina no hay un concepto universal del mismo, de hecho, se usan múltiples términos para referirse a la misma.

Pese a no existir una definición legal en nuestro país, existe en el reglamento atisbos a la reinserción. Primeramente, en el artículo 1° del Reglamento de Establecimientos penitenciarios hace referencia a que la actividad penitenciaria tendrá como uno de sus fines la “acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas”. Esta acción educativa, según el artículo 92 del mismo cuerpo normativo, se dirige a “remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva”. A partir de estas normas, podemos entender que la reinserción social es un principio importante en la ejecución penitenciaria. Adicionalmente, diversos tratados ratificados por Chile en materia de derechos humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todos estos instrumentos normativos plantean la reinserción social como una directriz en la ejecución penitenciaria.

En base a los instrumentos señalados y a las políticas públicas desarrollados por nuestro país para cumplir con estos fines, podemos entender la reinserción social como un proceso que tiene por objetivo la integración de las personas condenadas a la sociedad<sup>124</sup>.

En nuestro caso, la Corte Suprema habla de la reinserción social de las mujeres que se vieron favorecidas con la suspensión de la pena por tener un hijo o una hija menor de tres años. El proyecto en los términos en que fue presentado, supone que, una vez cumplidos los tres años de la madre junto a su hijo o hija viviendo en libertad, termina la suspensión de la pena y la mujer debe reingresar a la cárcel para continuar con el cumplimiento de su pena, esto. Luego de vivir tres años inserta en la sociedad como un ciudadano común, por lo que se entiende que la mujer probablemente está resocializada y reinserta en la sociedad. La aplicación de la norma tal como dispone el proyecto, resulta en una completa distorsión del fin de la reinserción, lo que atenta en contra de un modelo de ejecución penitenciaria conforme a los Derechos Humanos. Al respecto, la Corte señala que:

“Resulta contra intuitivo o incluso violento privar de libertad a una mujer que, tras haber visto suspendida su condena, demuestra haberse reinsertado adecuadamente en sociedad y haberse hecho cargo del cuidado del niño o niña y su desarrollo integral”<sup>125</sup>.

Para resolver esta distorsión del proyecto de ley, la Corte sugiere que esta situación sea evaluada por un juez especializado que decida qué hacer en atención al interés superior del niño y a las consideraciones de cada caso pudiendo “ampliar el plazo de suspensión o, inclusive, sustituir o conmutar su condena”<sup>126</sup>. Varios autores chilenos han propuesto soluciones similares, una de ellas es el otorgamiento de una pena sustitutiva si se cumple con los requisitos que la ley establece para su procedencia.

---

<sup>124</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile. 2017. Política Pública de reinserción social. pp. 6.

<sup>125</sup> Primer Informe de la Corte Suprema. Op. cit. pp. 17.

<sup>126</sup> Ibid. pp. 18.

### 3.3 Problemas que se desprenden de las disposiciones propuestas

Adicionalmente, el proyecto en las condiciones en las que se presenta deja abiertas muchas cuestiones elementales. La Corte estima que la suspensión de la condena deja a la mujer a un régimen de control innominado que no se desarrolla, no hace referencia a un reglamento, ni a sus consecuencias, ni a su naturaleza jurídica. Es por esto, que el máximo tribunal hace una lista de puntos mínimos que el proyecto no cubre, y que debiese desarrollar:

- 1) Determinar si el mecanismo de suspensión de la pena “interrumpe o suspende la prescripción de la pena”<sup>127</sup>.
- 2) Determinar los mecanismos de revocación de la suspensión en caso de que se cometa un nuevo delito, o de no cumplir con el régimen de control del mecanismo<sup>128</sup>.
- 3) Determinar el rol que jugará la evaluación de cuidado del niño o la niña en la reinserción de la condenada, para sobreponer su interés superior de los niños o niñas<sup>129</sup>.
- 4) Determinar los mecanismos de control y a cargo de quién estará el mismo
- 5) Determinar qué sucede si la mujer queda embarazada nuevamente y de qué modo se procederá <sup>130</sup>.
- 6) Determinar cómo se aplicarán las normas de abono, suponiendo de todos modos que el mecanismo mediante el cual está en libertad no tiene el carácter de cumplimiento de pena<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Ibid. pp. 18.

<sup>128</sup> Ibid. pp. 18.

<sup>129</sup> Ibid. pp. 19.

<sup>130</sup> Ibid. pp. 19.

<sup>131</sup> Ibid. pp. 19.

Estos puntos, evidencian que el proyecto para ser llevado a cabo requiere de una regulación exhaustiva que cubra estos puntos calificados por el máximo tribunal como “elementales”.

### **3.4 Otros aspectos relevantes para tomar en cuenta en la regulación de esta situación según la Corte Suprema**

Pese a que la Ley Sayén viene a regular una situación degradante, que vulnera los derechos de las mujeres madres privadas de libertad y de los niños y niñas que consecuentemente se ven privados de una multiplicidad de derechos, es un proyecto insuficiente. Aparejado a este proyecto, debiesen considerarse cuestiones relacionadas que requieren de una reforma para no burlar el fin que persigue la ley, que es introducir someramente la perspectiva de género en esta área de ejecución penitenciaria y el interés superior del niño.

En atención a estos fines, algunos puntos que deben ser considerados en la tramitación del proyecto según la Corte Suprema:

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

- 1) La inexistencia de una regla o principio según el cual la lactancia o el cuidado personal de un niño puedan servir de fundamentación o argumento para la concesión de alguno de los beneficios o derechos penitenciarios que prevé la ley, como son la libertad condicional, la rebaja de condena, el sistema de salidas, o la pena mixta.
- 2) La inexistencia de una reglamentación que permita facilitar la relación directa y regular de madres y padres privados de libertad, con sus hijos menores, durante toda su niñez.

- 3) La inexistencia de regímenes y principios que plasman la importancia de la maternidad o paternidad para efectos de acceder prioritariamente a las plazas de trabajo, educación y capacitación en contextos de encierro.
- 4) La inexistencia de un sistema de ejecución penitenciario moderno, que cuente con jueces de ejecución con competencias claras, con cobertura jurisdiccional adecuada, y criterios interseccionales que permitan compatibilizar el resguardo del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la legalidad y juridicidad en el cumplimiento de las penas, y la reinserción social de los condenados”<sup>132</sup>.

Estas propuestas, más que introducir la perspectiva de género en esta área de ejecución, en general pretenden introducir el interés superior del niño y la niña como un elemento a ser tomado en cuenta en la ejecución penitenciaria. De este modo, se disminuirían los efectos colaterales que tiene el cumplimiento de la condena de un padre o una madre sobre los NNA.

Así, las sugerencias de la Corte pretenden que la ley contemple normas y reglamentos que permitan el ejercicio de la relación directa y regular con los NNA como derecho de los padres, que tiene como correlativo deber el derecho de alimentos, y en general a suplir todas las necesidades de los NNA. Para esto el punto tres es que contempla la importancia de darles prioridad a estos grupos para acceder a capacitaciones y a trabajos.

Por último, se debe destacar la importancia del punto número 4, en que la Corte sugiere la existencia de un sistema de ejecución penal que cuente con jueces de ejecución que permitan dar resguardo a todas las garantías de las personas privadas de libertad y sus hijos e hijas. Aquí, lo que hace el máximo tribunal, es reiterar la necesidad histórica de una ley de ejecución que dé garantías a las personas privadas de libertad. Agrega que, en diversos oficios se ha reiterado la necesidad de contar con una judicatura especializada en la ejecución penitenciaria. Un proyecto de esta naturaleza implicaría una sobrecarga en los Tribunales de

---

<sup>132</sup> Primer Informe de la Corte Suprema. Op. cit. pp. 19.

Garantía, porque es vital que el resguardo de los derechos de los NNA sea supervigilado por una judicatura.

#### **4. Conclusiones**

A nuestro parecer, el Proyecto de Ley viene a solucionar uno de los tantos problemas que se dan en la ejecución de la pena. En particular, un problema muy importante porque involucra a dos grupos especialmente vulnerables de la sociedad, los NNA y las mujeres.

En general, las personas privadas de libertad se ven involucradas en múltiples problemas y se ven expuestas a vulneraciones en sus derechos. Todo esto, se solucionaría mediante una ley de ejecución que sea continente de todas las garantías que tienen las personas privadas de libertad y que se adecúe a todos los estándares internacionales en la materia. El hecho de estar cumpliendo una pena privativa de libertad, no se traduce en una permisión al sistema carcelario para no dar cumplimiento a las garantías que tiene cada persona.

El problema que nos convoca en este trabajo es solo una parte de lo que ocurre en la ejecución penitenciaria. Parece preocupante que el tema se haya puesto en la palestra pública solo con el caso de Sayén. Antes de Sayén, situaciones como estas ya existían. Hoy siguen ocurriendo -a las mujeres embarazadas reclusas o a las mujeres que viven reclusas con sus hijos- situaciones debido a las deficiencias presentes en la ejecución penitenciaria. Es la opinión pública y el revuelo mediático que generó la noticia lo que impulsó a presentar un proyecto como este.

El tema es tan importante y urgente de regular, que incluso tiene normativa internacional especializada, la cual ha dado por años directrices de cómo abordar un tema especialmente delicado, ya que se involucra a NNA, sujetos de especial protección para el DIDH.

Por otro lado, podríamos decir que el proyecto es insuficiente. Esto se entiende porque el proyecto está en primer trámite constitucional y hasta el momento no ha avanzado, por lo tanto, no ha habido discusión sobre el tema. Sin embargo, nos parece importante destacar que hay puntos adicionales que deben ser discutidos para ampliar la esfera de protección y, para así darle un mayor desarrollo al proyecto, contemplando las críticas y sugerencias que hace

la Corte Suprema y tomando en cuenta los estándares internacionales mínimos en la materia, que no son satisfechos en el proyecto.

Por último, es importante destacar la ponderación de principios que subyacen a la ley. El proyecto originalmente expresa que quiere compatibilizar la perspectiva de género con el interés superior de los niños y niñas. Sin embargo, creemos al igual que la Corte Suprema, que se le debe dar preponderancia al interés superior de los niños y niñas, ya que en ocasiones estos intereses pueden resultar incompatibles, es por esto que consideramos que la recomendación del máximo tribunal que sugiere que la decisión de suspender la pena de la mujer que es madre debe estar sometida al juez que pueda decidir caso a caso, teniendo como principio rector el interés superior de los NNA.



## **VI. CONCLUSIONES**

Lo expuesto a lo largo de este análisis deja en evidencia las deficiencias de nuestro sistema de ejecución penal. En Chile, el sistema carcelario está colapsado, hoy en día existe en los Centros Penitenciarios hacinamiento, condiciones de insalubridad, escaso acceso a salud, educación y puestos de trabajo. El sistema de ejecución penitenciaria es deficiente y vulnera a las personas privadas de libertad.

Se entiende que las personas reclusas en centros penitenciarios del único derecho del que son privadas es el de la libertad ambulatoria, es decir, de la libertad a la movilidad por el país. En la práctica, debido a las condiciones que presenta el sistema carcelario, cumplir una pena privativa de libertad se traduce en la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de los reclusos y reclusas, derechos que debieran ser garantizados por el Estado de Chile en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución que dispone:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

En este artículo, nuestra Constitución reconoce como límite al actuar del Estado los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, con esto se refiere a los derechos inherentes a cada ser humano, los derechos humanos. Adicionalmente, establece el deber del Estado de “respetar y promover” los derechos humanos que son garantizados mediante instrumentos internacionales que han sido ratificados por Chile. En la materia podemos contar con toda la normativa internacional que fue expuesta en el apartado tercero de este análisis.

Pese a que la jurisprudencia desde el año 2005 le ha dado un valor supraconstitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los derechos que emanan de estos instrumentos, no han sido plasmados a nivel legal. En particular, en materia de ejecución

penitenciaria no existe una ley que regule el sistema penitenciario y que sea continente de todas las garantías que establecen los tratados internacionales de derechos humanos en la materia, que han sido ampliamente ratificados por Chile.

Las deficiencias normativas en materia de ejecución penitenciaria, evidenciadas en este análisis, dan cuenta de una dispersión normativa del sistema penitenciario, que encuentra su más detallada regulación en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, instrumento infra legal. Estas deficiencias podrían ser subsanadas mediante una ley de ejecución penal unificada que sea continente de las garantías de las personas privadas de libertad.

Las mujeres y los NNA de acuerdo con lo desarrollado en este análisis y en vista a la calificación que les da el DIDH, son grupos especialmente vulnerables de la sociedad, por lo tanto, el Estado tiene una posición de garante reforzada respecto de estos grupos. Si añadimos la condición de privados de libertad, la posición de garante del Estado se ve aún más reforzada, ya que son más susceptibles a sufrir violaciones a sus derechos fundamentales. Las mujeres se ven en desventaja al momento de enfrentar la realidad penitenciaria, la inmersión en este sistema agrava las desigualdades levantadas históricamente entre hombres y mujeres. Esto sucede debido a la visión androcentrista de las cárceles, que en su génesis se construyó únicamente para los hombres.

La inmersión de los niños y niñas de hasta dos años en el sistema carcelario, resulta aún peor. De acuerdo con el artículo primero de nuestra Constitución “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Los niños y niñas cuyas madres están privadas de libertad, nacen sin que el Estado garantice su derecho a la libertad y con una evidente desigualdad respecto a sus pares en el medio libre, ya que se ven constreñidos por todas las limitaciones a las que se ve sometida la población carcelaria. Esto se explica debido a que nuestra sociedad es extremadamente adulto centrista, por lo que suele ignorar los efectos sobre los niños al momento de legislar sobre la privación de libertad de los adultos, que trae obviamente efectos colaterales sobre los hijos e hijas de madres y padres privados de libertad.

El sistema penitenciario, desatiende y se desentiende de todas las necesidades de los niños y niñas que viven privados de libertad junto a sus madres, esto se ve reflejado en

nuestro ordenamiento jurídico, ya que no existe ninguna norma que reconozca las garantías de las que son titulares los NNA en virtud de todos los tratados internacionales y declaraciones que obligan a los Estados a la protección irrestricta de los derechos de los NNA. Actualmente, existe en el Congreso un proyecto de ley que busca establecer un Sistema de Garantías de los derechos de la niñez (Boletín 10315-18), que nace de iniciativa presidencial en el último gobierno de Michelle Bachelet.

Es por estos motivos que, se hace necesario que la perspectiva de género sea incluida en la ejecución penitenciaria. Como dijimos anteriormente, resulta necesario que exista una ley de ejecución penal, diferenciada, la que atienda las necesidades especiales de mujeres privadas de libertad y que se ajuste a la normativa internacional vigente atinente a la materia. En esta consideración, deben ser incluidos los niños y niñas, en atención al rol que históricamente se le ha impuesto a la mujer ligada a la maternidad, tanto es así que en los estudios sobre realidad carcelaria se considera a las mujeres privadas de libertad junto a sus hijos como una especie de diada, inescindible la una de la otra. Por lo mismo, no puede ignorarse a los niños en la legislación de la ejecución penitenciaria, ya que, ya sea de forma colateral o de modo directo, se ven afectados por la privación de libertad de las madres.

Actualmente, no hay ningún proyecto que aborde la ejecución penitenciaria de modo unificado, lo único que existe es un proyecto de ley que pretende modificar el Decreto Ley N°321(Boletín N°12213-07), que pretende introducir la figura del juez de ejecución en el sistema de ejecución, como un modo de supervigilar el efectivo respecto a las garantías de las personas privadas de libertad, sin embargo, se trata de un proyecto insuficiente.

La situación antes descrita, es grave y únicamente fue puesta en la palestra pública con el Caso de Lorenza Cayuhán, comunera mapuche víctima de tratos vejatorios durante su parto, el cual fue desarrollado en el capítulo IV. Es necesario destacar que, lo sucedido con Lorenza Cayuhán y su hija Sayén, no es un caso aislado, existiendo tratos vejatorios hacia la población penitenciaria general. Sin embargo, los problemas suscitados respecto al grupo de estudio de este análisis requieren mayor urgencia al tratarse de un sector especialmente vulnerable.

El Proyecto de Ley Sayén fue presentado por los senadores Alejandro Navarro y Jaime Quintana, quienes denominaron el proyecto “Ley Sayén” por el nombre de la hija recién nacida de Lorenza Cayuhán, Sayén Nahuelán Cayuhán. La moción, viene a solucionar la urgencia del asunto, introduciendo la perspectiva de género y el interés superior del niño en el sistema penitenciario. No obstante, da solución a una parte del problema que vive esta parte de la población. Si bien se trata de una excelente iniciativa, es un proyecto que resulta insuficiente y confuso.

En primer lugar, es insuficiente porque, de llevarse a cabo, deja lagunas que en la práctica harían la ejecución del proyecto una frustración de los fines que presenta el mismo. Por lo mismo, creemos que el proyecto debe ser desarrollado y discutido en mayor profundidad, contemplando especialmente los estándares y recomendaciones internacionales en la materia, que no son recogidas en su totalidad por el proyecto.

En segundo lugar, el proyecto es presentado originalmente como un modo de introducir la perspectiva de género y el interés superior de los niños y niñas en la ejecución penitenciaria. Sin embargo, todo el ordenamiento internacional atinente a la materia, las recomendaciones y los comités hacen énfasis que en estas situaciones debe primar sobre toda consideración el interés superior de los niños y niñas.

Es claro que el Estado de Chile tiene hasta el día de hoy una deuda pendiente con las personas privadas de libertad, en particular con las mujeres embarazadas y madres que viven privadas de libertad con sus hijos o hijas, sobre todo teniendo en cuenta el contexto social en el que vivimos actualmente.

En Chile, desde el 2018 el feminismo ha tenido un desarrollo exponencial que ha incidido en la concientización de la necesidad que todo sea abordado desde una perspectiva de género. Actualmente, Chile está sufriendo cambios estructurales que vienen aparejados al proceso constituyente. No podemos olvidar que, frente a cualquier cambio estructural de nuestra sociedad, debemos incluir a las personas privadas de libertad, no podemos olvidar ante los cambios estructurales que está teniendo Chile en el 2020 a las mujeres privadas de libertad “No estamos todas, faltan las presas”.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANTONY GARCÍA, C., 2007. Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. Nueva sociedad, no. 208, pp. 73–85. ISSN 0251-3552. [En línea] Disponible en: <http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/artpma/mujeres%20delincuentes.pdf> [Consulta: 29 de agosto 2020]
- ANTONY, C. y GARCÍA, A., 2014. El desastre humanitario. Revista de Derecho Penal y Criminología, No. 4, pp. 26-32. [En línea] Disponible en: <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#WW/vid/513935722> [Consulta: 29 de agosto 2020]
- ARANGO, M., FERNÁNDEZ, M. FRIES, L. y LACRAMPETTE, N. 2013. Derechos sexuales y reproductivos. En: Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica. ISBN 9789561908338. Pp. 211-250. [En línea] Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142497/Derechos-humanos-y-mujeres.pdf?sequence=1> [Consulta: 07 de septiembre 2020]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL SOBRE. 2019. Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad. Derecho internacional y legislación extranjera. pp. 1-21. [En línea] Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27623/1/BCN2019\\_\\_\\_Analisis\\_pley\\_privacion\\_de\\_libertad\\_de\\_mujeres\\_embarazadas.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27623/1/BCN2019___Analisis_pley_privacion_de_libertad_de_mujeres_embarazadas.pdf). [Consulta: 14 de noviembre 2020]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL SOBRE.2019. Protección de la lactancia materna y el amamantamiento. [En línea] Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/proteccion-de-la-lactancia-materna-y-el-amamantamiento#:~:text= Toda%20madre%20tiene%20el%20derecho,del%20padre%20cuando%20fuera%20posible> [Consulta: 15 de septiembre 2020]
- BULNES, F., COLLARTE, C., FRUHLING, H., MARDONEZ, C., RAMM, A., ROBLERO, L. y CONTRERAS. 2016. “Construcciones Socioculturales que se generan en las comunidades intrapenitenciarias situadas en el C. D. P Santiago Sur (Ex Penitenciaría)”. Un estudio Etnográfico. Temas De La Agenda Pública, vol. 93,

- pp. 2-19. [En línea] Disponible en: [http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/3686/a117237\\_Gallegos\\_C\\_Construcciones\\_socioculturales\\_que\\_se\\_generan\\_2016\\_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unab.cl/xmlui/bitstream/handle/ria/3686/a117237_Gallegos_C_Construcciones_socioculturales_que_se_generan_2016_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [Consulta: 18 de septiembre 2020]
- CÁRDENAS, A. 2011. “Mujeres Y Cárcel: Diagnóstico De Las Necesidades De Grupos Vulnerables En Prisión”. pp. 25-65. [En línea] Disponible en: <http://www.icso.cl/wp-content/uploads/2011/03/Proyecto-Grupos-Vulnerables-CPF-GIZ-MINJU-ICSO-versión-final-para-página-web-Diciembre-2011.pdf>. [Consulta: 04 de septiembre 2020]
  - CARNEVALI R, R. y MALDONADO F, F., 2013. El Tratamiento Penitenciario En Chile: Especial Atención a Problemas De Constitucionalidad. *Ius et Praxis*, vol. 19, no. 2, pp. 384-418. ISSN 0718-0012. DOI 10.4067/s0718-00122013000200012. [En línea] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art12.pdf> [Consulta: 03 de noviembre 2020]
  - CASTELLETI, C. 2011. Mujeres presas en Chile: abandonadas, castigadas y sin derechos. *Revista 93*, S/N no.20. pp.20-48. [En línea] Disponible en: [http://www.dpp.cl/resources/descargas/revista93/2019-16-10/talion\\_N20.pdf](http://www.dpp.cl/resources/descargas/revista93/2019-16-10/talion_N20.pdf) [Consulta: 04 de noviembre 2020]
  - CEDAW. 2012. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1º a 19 de octubre de 2012). CEDAW/C/CHL/CO/5-6. pp. 1-13. [En línea] Disponible en: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2016/12/CEDAW-Chile-2012-ESP.pdf> [Consulta: 25 de septiembre 2020]
  - CEDAW. 2014. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, adoptadas por el Comité en su 1574 (21 de febrero de 2018). CEDAW/C/SR.1574 y CEDAW/C/SR.1575.
  - CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2019. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2019. Universidad de Chile,

Facultad de Derecho. pp. 400-460. [En línea] Disponible en: [http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2019/10\\_Las\\_personas\\_privadas\\_de\\_libertad\\_y\\_el\\_acceso\\_a\\_prestaciones\\_de\\_salud\\_en\\_las\\_c%C3%A1rceles\\_chilenas.pdf](http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2019/10_Las_personas_privadas_de_libertad_y_el_acceso_a_prestaciones_de_salud_en_las_c%C3%A1rceles_chilenas.pdf) [Consulta: 01 de noviembre 2020]

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2014. Informe Sobre La situación de los Derechos Humanos de las mujeres privadas de la libertad en centros de reclusión del Distrito Federal. Ciudad de México. pp. 19–24. [En línea] Disponible en: <http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/03/informe-2014-vol4.pdf> [Consulta: 27 de septiembre 2020]
- CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO, 2016. Nueva Constitución Y Derechos Sexuales Y Reproductivos. pp. 1-12. [En línea] Disponible en: <http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2016/08/Booklet-NC-DDSSRR.pdf> [Consulta: 07 de septiembre 2020]
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2011. Comité de los Derechos del Niño, Informe y recomendaciones del día de debate general sobre los hijos de padres encarcelados, 30 de septiembre de 2011. pp. 1-8. [En línea] Disponible en: <http://nnapes.org/docs/COMITE-DE-LOS-DERECHOSDELNINO30deseptiembre-2011.pdf> [Consulta en línea 28 de septiembre de 2020]
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2013. Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que se tenga en cuenta su interés superior como consideración primordial, CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. pp. 3-22. [En línea] Disponible en: [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990\\_d\\_CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf) [Consulta en línea 28 de septiembre de 2020]
- CONTRERAS, P. 2018. Maternidad encarcelada: análisis feminista de las consecuencias personales, familiares y sociales en mujeres privadas de libertad. Revista temas sociológicos, no.22. pp. 209–232. [En línea] Disponible en:

<http://ediciones.ucsh.cl/ojs/index.php/TSUCSH/article/view/1683/1546> [Consulta en línea 18 de noviembre de 2020]

- CORTÁZAR, A., FERNÁNDEZ, P., LÉNIZ, I., QUESILLE, A., VILLALOBOS, C. y VIELMA, C., 2015. Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad. Claves de Políticas Públicas, pp. 1–10. [En línea] Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=117002&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION> [Consulta: 15 de septiembre 2020]
- CORTE SUPREMA, Primer informe con ocasión de la discusión del Proyecto de Ley que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años (2-2017). Biblioteca del Congreso Nacional. pp. 1-24. [En línea] Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11587&prmBoletin=11073-07> [Consulta: 15 de noviembre 2020]
- DUARTE, C., 2009. ¿Juventud o juventudes? Acerca de cómo mirar y remirar a las juventudes de nuestro continente. Revista Última Década. pp. 1–19. [En línea] Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-22362000000200004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362000000200004) [Consulta: 17 noviembre 2020]
- DURAN, M. 2020. Derecho penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena. Revista de derecho Concepción. Vol. 88, no. 247 pp. 117-247. ISSN 0718-591X. DOI 10.29393/rd247-4mddp10004. [En línea] Disponible en: [https://revistas.udec.cl/index.php/revista\\_de\\_derecho/article/view/2226/2585](https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/2226/2585) [Consulta: 29 de septiembre 2020]
- Documento respuesta formulada por Gendarmería de Chile a la consulta realizada a la Dirección Regional de O'Higgins vía correo electrónico el 01 de septiembre de 2020.



- ESCOBAR, D. 2018. Análisis del derecho a la salud de mujeres privadas de libertad. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 10-64. [En línea] Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/159428/An%C3%A1lisis-del-derecho-a-la-salud-de-mujeres-privadas-de-libertad.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consulta: 03 de septiembre 2020]
- GARCÍA, C. 1999. Diccionario de Ciencias Penales. Madrid, Edisofer.
- GENDARMERÍA DE CHILE. 2015. Guía ¿Cómo incorporar el enfoque de género en los programas e iniciativas de Gendarmería? pp.5-39. [En línea] Disponible en: <http://inclusionyequidad.org/home/wpcontent/uploads/2018/05/3.GUIAGENDARMERIA.pdf> [Consulta: 06 de septiembre 2020]
- G, P.T., WEIDENSLAUFER, C. y H, J.P.C., 2019. Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad Derecho internacional y legislación extranjera. [En línea] Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27623/1/BCN2019\\_\\_\\_Analisis\\_pley\\_privacion\\_de\\_libertad\\_de\\_mujeres\\_embarazadas.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27623/1/BCN2019___Analisis_pley_privacion_de_libertad_de_mujeres_embarazadas.pdf) [Consulta: 03 de noviembre 2020]
- HORVITZ. M. 2018. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? Política criminal. Vol.13, no.26, pp.904-951. [En línea] Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S071833992018000200904&lng=p&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071833992018000200904&lng=p&nrm=iso) [Consulta: 28 de septiembre 2020]
- HUMERES GUAJARDO, N., 2017. Perspectivas Sobre La Potestad Reglamentaria Y La Nulidad De Las Normas Administrativas. Revista de derecho (Concepción), vol. 85, no. 242, pp. 71–103. ISSN 0718-591X. DOI 10.4067/s0718-591x2017000200071. [En línea] Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718591X2017000200071&lng=en&nrm=iso&tlng=es](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718591X2017000200071&lng=en&nrm=iso&tlng=es) [Consulta: 07 de noviembre 2020]

- IGAREDA, N. 2010. De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado. Tesis doctoral para acceder al grado de Doctor en Derecho Público. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de ciencia política y derecho público. [En línea] Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/48648/nig1de1.pdf?sequence=1> [Consulta: 12 de septiembre 2020]
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2014. Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. pp. 9-193. S.l.: s.n. ISBN 978-956-9025-47-1. [En línea] Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudiogeneral?sequence=4>. [Consulta: 2 de septiembre de 2018]
- KÜNSEMÜLLER, C. 2005. La judicialización de la ejecución penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 26. no. 1. pp.113-123. [En línea] Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/568/536> [Consulta: 29 de noviembre 2020]
- LOBOS SEPÚLVEDA, NATALIA; MENA TOBAR, PAZ; PAVEZ PEDRAZA, N., 2009. Madres Privadas de Libertad. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, vol. No 14, pp. 11–34. [En línea] Disponible en: [http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/revista\\_unicrim\\_n14.pdf](http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/revista_unicrim_n14.pdf). [Consulta: 29 de septiembre 2020]
- LÓPEZ, N. & ROA, J. 2016. Percepciones de Maternidad en Cárcel: un estudio descriptivo desde un enfoque de género. Tesina para optar al grado de psicólogo. Santiago, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Facultad de Ciencias Sociales, Escuela de psicología. [En línea] Disponible en: <http://bibliotecadigital.academia.cl/handle/123456789/3728> [Consulta: 17 de septiembre 2020]

- MAPELLI, B. 2014. Capítulo 1. Concepto y ámbito del Derecho penitenciario. Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada, Colección Documento de Trabajo n°17, EURO social: Madrid. pp. 23-66. [En línea] Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/01d8a118d566a949045857080adbcbff.pdf> [Consulta: 29 de septiembre de 2020]
- MARRADES, A. 2002. Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis Jurídico de su reconocimiento. Valencia, Universidad de Valencia. pp. 65.
- MATUS, J. 2009. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. pp. 415-422.
- MEZA-LOPEHANDÍA, P.M., 2017. La protección a la mujer embarazada privada de libertad. Estándares internacionales. [En línea] Disponible en: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25217/2/Proteccion%20de%20la%20mujer%20embarazada%20DDII.pdf> [Consulta: 01 agosto 2020]
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile. 2017. Política Pública de reinserción social. pp. 6. [En línea] Disponible en: [http://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas\\_P%C3%BAblicas\\_Reinserci%C3%B3n\\_Social\\_2ed2017.pdf](http://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2018/02/Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_Reinserci%C3%B3n_Social_2ed2017.pdf) [Consulta en línea 27 de noviembre de 2020]
- MORAGA KLENNER, C. 2010. Tratado de Derecho Administrativo: La Actividad Formal de la Administración del Estado. Tomo VII, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 57.
- MONCÓ, B. 2009. Maternidad ritualizada: un análisis desde la antropología de género. Revista de Antropología Iberoamericana vol. 4, no. 3, pp. 357–384. ISSN 1695-9752. [En línea] Disponible en:

<https://www.redalyc.org/pdf/623/62312914005.pdf> [Consulta: 27 de noviembre 2020]

- NASH, C. y NÚÑEZ, C., 2017. Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile. *Estudios Constitucionales*, vol. 15, no. 1, pp. 15–54. ISSN 07185200. DOI 10.4067/S0718-52002017000100002. [En línea] Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art02.pdf> [Consulta: 28 de noviembre de 2020]
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2006. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Documentos básicos, suplemento de la 45° edición, octubre 2006. [En línea] Disponible en: [https://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf) [consulta: 2 de septiembre de 2020]
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. 2015. Temas de Salud: Género. [en línea] Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>
- PÉREZ D'GREGORIO, R., 2014. Derechos sexuales y reproductivos. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, vol. 73-77, no. 2, pp. 75. ISSN 00487732. DOI 10.20318/economia.2016.2827. [En línea] Disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S0048-77322014000200001&script=sci\\_arttext](http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S0048-77322014000200001&script=sci_arttext) [Consulta: 12 de septiembre 2020]
- PICA FLORES, R., 2013. Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol.20, no.1, pp. 183-228. ISBN 0718001220050. [En línea] Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532013000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000100008)
- PILAR COLÁS BRAVO, P.V.M., 2007. La interiorización de los estereotipos de género en jóvenes y adolescentes. *Revista de Investigación Educativa*, vol. 25, no. 1, pp. 35–58. ISSN 1989-9106. [En línea] Disponible en:

[http://revistas.um.es/rie/article/view/96421/92631%5Cnhttp://www.researchgate.net/publication/41570423\\_La\\_interiorizacin\\_de\\_los\\_estereotipos\\_de\\_gnero\\_en\\_jvenes\\_y\\_adolescentes/file/79e415142259ad5e09.pdf](http://revistas.um.es/rie/article/view/96421/92631%5Cnhttp://www.researchgate.net/publication/41570423_La_interiorizacin_de_los_estereotipos_de_gnero_en_jvenes_y_adolescentes/file/79e415142259ad5e09.pdf). [Consulta: 28 de noviembre 2020]

- PRADEL, J. 2005. Approche comparée du Droit pénitentiaire, en *Revue de Pénitenciarie e de Droit Pénal*, no. 1, pp.10-33. [Consulta: 29 de septiembre 2020]
- Quaker United Nations Office. 2012. Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. pp. 55-62. [En línea] Disponible en: [https://www.quono.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL\\_Collateral%20Convicts\\_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf](https://www.quono.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Collateral%20Convicts_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf) [Consulta: 22 de noviembre 2020]
- RAMOS VÁZQUEZ, I., 2005. El principio de personalidad de la pena en el Derecho histórico castellano. *Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)*, no. 11, pp. 245–278. ISSN 1131-5571. [En línea] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1173081>. [Consulta: 15 de septiembre 2020]
- REPÚBLICA DE CHILE. Congreso Nacional. Proyecto de ley Boletín N°11.703-07, que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años. pp. 1-15. [En línea] Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11587&prmBoletin=11073-07> [Consulta: 15 de septiembre 2020]
- ROA, J., 2019. Chile: Niños y niñas con madres y padres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos. no. January 2018, pp. 5–42. [En línea] Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/335207750\\_Chile\\_Ninos\\_y\\_ninas\\_con\\_madres\\_y\\_padres\\_encarcelados\\_por\\_delitos\\_de\\_drogas\\_menores\\_no\\_violentos](https://www.researchgate.net/publication/335207750_Chile_Ninos_y_ninas_con_madres_y_padres_encarcelados_por_delitos_de_drogas_menores_no_violentos) [Consulta: 16 de septiembre 2020]

- ROXIN, C. 1993. Determinación judicial de la pena. Buenos Aires, Editores del Puerto. 115-130.
- ROXIN, C. 1997. Derecho penal. Parte general. Madrid, Editorial Civitas. pp. 30-50
- SAAVEDRA, E., LAPPADO, P., BANGO, M. y MELLO, F., 2013. Invisibles: ¿Hasta cuándo?. pp. 15-76. [En línea] Disponible en: [http://www.lasociedadcivil.org/wpcontent/uploads/2014/12/Invisibles\\_hasta\\_cuando.pdf](http://www.lasociedadcivil.org/wpcontent/uploads/2014/12/Invisibles_hasta_cuando.pdf) [Consulta: 25 de noviembre 2020]
- SANHUEZA, G. y BRANDER, F., 2019. Las mujeres privadas de libertad en Chile y su necesidad de intervención. Revista de Ciencias Sociales, Universidad de la República, Vol. 32. No. 45, pp. 119-145. [En línea] Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/322721972\\_Las\\_mujeres\\_privadas\\_de\\_libertad\\_en\\_Chile\\_y\\_sus\\_necesidades\\_de\\_intervencion](https://www.researchgate.net/publication/322721972_Las_mujeres_privadas_de_libertad_en_Chile_y_sus_necesidades_de_intervencion) [Consulta: 01 de septiembre 2020]
- SANHUEZA, G. y CANDÍA, J. 2019. Acceso a la atención sanitaria en cárceles chilenas: una mirada desde los internos. Revista Española de Sanidad Penitenciaria, vol. 21. Pp. 5-11. [En línea] Disponible en: [http://scielo.isciii.es/pdf/sanipe/v21n1/es\\_1575-0620-sanipe-21-01-5.pdf](http://scielo.isciii.es/pdf/sanipe/v21n1/es_1575-0620-sanipe-21-01-5.pdf) [Consulta: 01 de septiembre 2020]
- SANHUEZA, G., BRANDER, F. y REISER, L. 2019. Encarcelamiento femenino en Chile. Calidad de vida penitenciaria y necesidades de intervención. Revista de Ciencias Sociales, vol. 32. No. 45. Pp. 119-145. [En línea] Disponible en: [http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S079755382019000200119&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S079755382019000200119&script=sci_abstract&tlng=es) [Consulta: 28 de septiembre 2020]
- TRONCOSO, S. 2016. Derecho Internacional de los Derechos Humanos de las mujeres y su recepción por los tribunales superiores de justicia. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 8-111. [En línea] Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140378/Derecho-internacional-de->

los-derechos-humanos-de-las-mujeres.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Consulta: 28 de agosto 2020]

- ULISES, J. y INOCO, C., 2001. Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los grupos en situación vulnerable. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 193-207. [En línea] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/94/11.pdf> [Consulta: 25 de agosto 2020]
- UNICEF. 2013. Superando el adulto centrismo. Santiago, UNICEF. pp. 14-37. [En línea] Disponible en: <https://www.imageneseducativas.com/wp-content/uploads/2019/02/Superando-el-Adultocentrismo.pdf> [Consulta: 20 de noviembre 2020]
- VALDÉS ECHENIQUE, T. 2013. La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género. Anuario de Derechos Humanos, no. 9, pp. 171-181. ISSN 0718-2058. DOI 10.5354/0718-2058.2013.27042. [En línea] Disponible en: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27042/28640> [Consulta: 25 de septiembre 2020]
- WOMEN’S LINK WORLDWIDE. 2013. Guía para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres ante el sistema interamericano. pp. 10-88. [en línea] Disponible en: <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3041/guia-para-proteger-los-derechos-sexuales-ante-el-sistema-interamericano.pdf> [Consulta: 07 de septiembre 2020]

## Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de Concepción. Alejandro Navarro Brain en representación de N.N. contra Gendarmería de Chile. Sentencia de 14 de febrero de 2017. Rol 20145-2016.

- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Roblero con Juzgado de Garantía de San Antonio. Sentencia de fecha 7 de abril de 2020. Rol 256-2020.
- Corte Suprema. Lorenza Beatriz Cayuhán Llebul contra Gendarmería de Chile. Sentencia de 1 de diciembre de 2016, rol 92795-2016.
- Juzgado de Garantía de San Antonio. Nelson Eladio Fuentes Quiroga con Tonka Elida Roblero Tolic. Rol 1970-204. Resolución de fecha 30 de marzo de 2020. Acta de audiencia para revisión de sentencias y penas.
- Tribunal Constitucional. Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que establece normas y concede un aumento de remuneraciones para el personal no docente de establecimientos educacionales que indica. Resolución de 16 de julio de 199, Rol N°239.



## ANEXO

**ANEXO 1:** Documento respuesta formulada por Gendarmería de Chile a la consulta realizada a la Dirección Regional de O'Higgins, contestada con fecha 1 de septiembre de 2020.

| Región             | Unidad                | Embarazadas | Lactantes | Embarazadas con hijos lactantes | Total |
|--------------------|-----------------------|-------------|-----------|---------------------------------|-------|
| ARICA Y PARINACOTA | C.P. DE ARICA         |             | 3         |                                 | 3     |
| ARICA Y PARINACOTA | CET ARICA             |             |           |                                 |       |
| TARAPACA           | C.C.P. DE IQUIQUE     | 4           | 18        |                                 | 22    |
| ANTOFAGASTA        | C.D.P. DE TOCOPILLA   |             | 1         |                                 | 1     |
| ANTOFAGASTA        | C.P.F. DE ANTOFAGASTA |             | 2         |                                 | 2     |
| ATACAMA            | C.C.P. DE COPIAPO     | 1           |           |                                 | 1     |
| ATACAMA            | C.D.P. DE VALLENAR    |             |           |                                 |       |
| COQUIMBO           | C.P. LA SERENA        |             |           |                                 |       |
| VALPARAISO         | CDP QUILLOTA          | 5           | 2         |                                 | 7     |
| VALPARAISO         | C.P. DE VALPARAISO    |             |           |                                 |       |
| METROPOLITANA      | C.D.P. DE SAN MIGUEL  | 14          | 4         |                                 | 18    |
| METROPOLITANA      | CET TALITAKUM         |             |           |                                 |       |

|               |                       |   |   |  |   |
|---------------|-----------------------|---|---|--|---|
| METROPOLITANA | C.P.F. DE SANTIAGO    | 1 | 5 |  | 6 |
| OHIGGINS      | C.P. RANCAGUA         | 2 | 2 |  | 4 |
| MAULE         | CET DE TALCA          |   |   |  |   |
| MAULE         | CCP DE CAUQUENES      |   | 1 |  | 1 |
| MAULE         | C.P.F. DE TALCA       |   | 2 |  | 2 |
| ÑUBLE         | C.C.P. DE CHILLAN     |   |   |  |   |
| BIOBIO        | C.D.P. DE LOS ANGELES |   |   |  |   |
| BIOBIO        | C.D.P ARAUCO          |   |   |  |   |
| BIOBIO        | CET DE CONCEPCION     | 1 | 1 |  | 2 |
| BIOBIO        | C.P. DE CONCEPCION    | 2 |   |  | 2 |
| ARAUCANIA     | C.D.P. DE ANGOL       |   |   |  |   |
| ARAUCANIA     | C.D.P. DE VILLARRICA  |   | 1 |  | 1 |
| ARAUCANIA     | C.P.F. DE TEMUCO      |   |   |  |   |
| LOS RIOS      | C.P. DE VALDIVIA      |   |   |  |   |
| LOS RIOS      | CET DE VALDIVIA       |   |   |  |   |

|              |                      |           |           |  |           |
|--------------|----------------------|-----------|-----------|--|-----------|
| LOS LAGOS    | C.C.P. DE OSORNO     |           |           |  |           |
| LOS LAGOS    | C.P. DE PUERTO MONTT |           |           |  |           |
| AYSEN        | CCP COYHAIQUE        | 1         |           |  | 1         |
| MAGALLANES   | CP PUNTA ARENAS      |           |           |  |           |
| <b>TOTAL</b> |                      | <b>31</b> | <b>42</b> |  | <b>73</b> |