



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**PROTECCIÓN JURÍDICA ANTE LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y
REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD EN CHILE**

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

FRANCISCA IGNACIA LIZAMA ARIAS
PROFESOR GUÍA: Dr. JUAN SEBASTIÁN VERA SÁNCHEZ

Santiago, Chile

2023

A mis padres: Paulina y Nelson.

Gracias por todo. Sin ustedes nunca lo hubiera logrado.

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO PRIMERO: Mujeres y cárcel	7
a. Penas y medidas privativas de libertad: ¿mera afectación a la libertad ambulatoria?	7
i. Medida cautelar de prisión preventiva ¿vulneración del principio de presunción de inocencia?	9
b. La doble condena	11
i. Concepto social de mujer: la “buena mujer”	11
ii. Condena judicial y social.....	13
c. Perfil de las mujeres privadas de libertad en Chile.....	14
d. Protección internacional de las mujeres privadas de libertad	15
i. Reglas de Tokio	15
ii. 100 Reglas de Brasilia	16
iii. Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	18
iv. Reglas de Bangkok	19
CAPÍTULO SEGUNDO: Derechos sexuales y reproductivos.....	21
a. Noción de derechos sexuales y reproductivos	21
i. Derechos sexuales	21
ii. Derechos reproductivos	24
b. Intereses protegidos mediante el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos	26
c. Consagración y protección de los derechos sexuales y reproductivos.....	29
i. Normativa nacional	29
ii. Normativa internacional	30
CAPÍTULO TERCERO: Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad	32
a. Visita conyugal: ¿Beneficio o derecho?.....	32
i. Aspectos preliminares	32
ii. Regulación nacional	33
iii. Realidad en las cárceles de mujeres	35
b. Acceso a productos higiénicos y de aseo personal	37
c. Condiciones carcelarias en Chile	38
d. Jurisprudencia	40
i. Caso Lorenza Cayuhan y Sayén Nahuelán Cayuhan	40

a) Hechos del caso.....	40
b) Recurso de amparo.....	41
c) Sentencia de primera instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción.....	42
d) Sentencia de segunda instancia dictada por la Corte Suprema	43
e) Ley Sayén.....	46
ii. Caso “D”.....	48
e. Posible solución jurídica para casos en que se vean afectados los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad en Chile ¿Qué vías judiciales se pueden invocar?49	
CONCLUSIONES.....	52
BIBLIOGRAFÍA.....	54

RESUMEN

En la presente memoria se analizará la afectación de los derechos sexuales y reproductivos a un grupo humano determinado, como lo son las mujeres privadas de libertad. En primer lugar, se analizará el entorno carcelario en el que se desenvuelve este grupo, y las dificultades y desigualdades que sufren en el mismo, además de la normativa internacional que protege, de manera especial, sus derechos. En segundo lugar, se revisarán las nociones o conceptos de derechos sexuales y reproductivos, y los intereses que pueden ser considerados como reconocidos y protegidos por estos derechos. Finalmente, se observarán ciertas situaciones que vulneran los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad en Chile, algunos casos de jurisprudencia en que se vieron vulnerados estos derechos y la posible solución jurídica a la afectación o vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad en Chile.

INTRODUCCIÓN

De manera histórica, las personas privadas de libertad han formado parte de un grupo humano invisibilizado y “demonizado”. Se puede observar que la sociedad en general considera que quienes están en la cárcel son personas que tienen “menos derechos” y que, por ende, merecen menos que el resto de la población considerando la comisión de delitos y la respectiva sanción judicial que les fue impuesta. Sin embargo, la realidad es que este corresponde a uno de los grupos que necesita especial atención por parte del Estado, ya que conforma un grupo especialmente vulnerable. Por esta razón es que existen diversos instrumentos internacionales que se dedican especialmente a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, estableciendo las obligaciones que tienen los Estados con estas para lograr enmarcarse en un estado de derecho que respeta los derechos humanos de todas las personas del respectivo país.

En Chile, las mujeres privadas de libertad corresponden a cerca del 8,4% del total de la población penal¹ del país. Por ende, al representar solo a un pequeño segmento de quienes se encuentran tras las rejas, se agrava su invisibilidad y exclusión, lo cual es observable tanto dentro como fuera del sistema carcelario. Esto último en el sentido de que este grupo específico de mujeres privadas de libertad, sufren, además de su condena judicial, una condena social por verse imposibilitadas de seguir ejerciendo el supuesto e impuesto “rol de mujer” en sus respectivos entornos familiares y sociales. Es a esto que se le llama la “doble condena” de las mujeres privadas de libertad.

Por otro lado, se puede observar que el análisis y estudio de los derechos sexuales y reproductivos es relativamente reciente en el tiempo, aún más cuando hablamos de estos derechos aplicados a la población femenina. Es por esto que resulta de gran importancia el estudio y análisis de la posible afectación de estos “nuevos” derechos en el ámbito carcelario femenino quienes, por ejemplo, no tienen acceso gratuito a toallas higiénicas, ni a artículos de aseo personal, los cuales deben ser proporcionados por personas externas (familiares de las internas) o por alguna ONG o fundación. Además, en el tiempo se han evidenciado casos de graves afectaciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad, como lo fue el de Lorenza Cayuhán, el cual será abordado de latamente en el último capítulo del presente trabajo.

¹ Centro de Estudios Justicia y Sociedad (2021).

CAPÍTULO PRIMERO: Mujeres y cárcel

a. Penas y medidas privativas de libertad: ¿mera afectación a la libertad ambulatoria?

El art. 19 N°7 de nuestra actual Constitución Política de la República, consagra el derecho a la libertad personal y seguridad individual. En específico, el literal b) consagra que “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. Esto se traduce en que solo se puede privar de su libertad a una persona, cuando la ley así lo permita (principio de legalidad de las penas), es decir, mediante una sentencia en caso de corresponder a una pena o en la forma de una medida cautelar (prisión preventiva). Este derecho constitucionalmente consagrado cobra vital importancia al referirnos a las personas privadas de libertad, debido a que dicha sanción o medida deberá estar debidamente fundamentada para que esta no recaiga en la ilegalidad de la misma.

El concepto de libertad personal es uno relativamente amplio, que contiene al de libertad ambulatoria, entendiendo esta última como la libertad de desplazamiento que poseen los individuos dentro de un mismo territorio. Lorca indica que “la libertad de desplazamiento o libertad ambulatoria es una dimensión especialmente relevante de la libertad personal, ante todo porque la decisión de dónde estar o dónde poner el propio cuerpo aparece como una condición esencial para el ejercicio de nuestra autonomía”². Esto quiere decir que la libertad ambulatoria, como parte de la libertad personal, es esencial para el ejercicio de nuestros derechos. La oportunidad de decidir de manera libre donde estamos físicamente nos otorga la posibilidad de realizar las actividades que nos permiten el ejercicio de diversas libertades, tales como: realizar alguna actividad económica, trabajar, atender nuestra salud, estudiar, comprar, etc., todo esto realizado libremente. De esta manera, la libertad ambulatoria es y debe ser considerada como esencial para el desarrollo de la vida en sociedad de manera libre.

Para remarcar lo anteriormente mencionado, y citando nuevamente a Lorca, esta señala que: “Desde el punto de vista de los conceptos de libertad personal y seguridad individual, cobra sentido que el artículo 19, número 7, dedique la mayoría de sus reglas a proteger la libertad ambulatoria en la medida que la posibilidad de decidir libremente donde poner el propio cuerpo es una condición esencial para el ejercicio del abanico de facultades que nos permiten diseñar y realizar nuestro plan de vida. Nuestro cuerpo y el lugar donde nos encontramos es el espacio material donde podemos desenvolver nuestra personalidad con todos sus atributos intelectuales, físicos y normativos. Como corolario de lo anterior,

² LORCA (2020). p. 75.

es también el espacio privilegiado en el que la arbitrariedad y el abuso de poder pueden llegar a expresarse”³.

En Chile, de manera histórica, el 4 de septiembre de 2022, las personas privadas de libertad que no estén condenadas a pena aflictiva (superiores a tres años de presidio), tendrán la posibilidad de ejercer su derecho a sufragio en el proceso de aprobación o rechazo del Proyecto de Nueva Constitución emanada del proceso constituyente. Anterior a este plebiscito, debido a la inexistencia de un mecanismo que lograra llevar urnas a los recintos carcelarios, quienes se encontraban privados de libertad, a pesar de tener vigente su derecho a sufragio, no tenían la posibilidad de ejercerlo. Incluso, personas podían verse privadas de su derecho a sufragio, sin la necesidad de estar condenadas, como es el caso de quienes cumplen la medida cautelar de prisión preventiva. Sobre esto último, Marshall y Rochow hacen presente en uno de sus trabajos, que el INDH incluso ha indicado que “la suspensión del derecho a sufragio que establece el artículo 16 N°2 de la Constitución resulta contraria a la presunción de inocencia, pues implica establecer una sanción sin que se haya probado la responsabilidad penal de una persona”⁴. Cabe recordar que norma aludida es la que suspende el derecho a sufragio “por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o por delito que la ley califique como conducta terrorista”. Es decir, que no existe aún ningún tipo de condena ni sentencia en contra de la persona.

Sin querer ahondar demasiado en este punto, es importante hacer presente el impacto que puede tener privar a la población penal de su derecho a sufragio, solo por el hecho de estar privados de libertad. El INDH ha expresado que “dado que la participación social y política constituye un pilar elemental para la configuración de un Estado democrático, (...) el derecho a sufragio resulta esencial para su desarrollo y consolidación”⁵. En ese mismo contexto, el ente además argumenta que “el derecho a sufragio puede entenderse como una manera de ejercer la libertad de expresión en un proceso electoral”⁶. Incluso en el mismo trabajo de Marshall y Rochow ya citado, en el que se da cuenta de la sentencia Rol N°87743-16 de la Corte Suprema, se alude a que la Corte expresa que el derecho a sufragio constituye un derecho ciudadano cuyo ejercicio debe asegurar el estado, y que las restricciones que estuvieran estipuladas no pueden extenderse más allá de lo que señala la misma ley.

De acuerdo a Mandeep K. Dhami⁷, imposibilitar el sufragio de las y los presos es una amenaza para la democracia, mientras que su inclusión no solo la fortalece, sino que además contribuye a la rehabilitación y reinserción social de quienes se encuentran tras las rejas. Esto último puede apreciarse

³ LORCA (2020). p. 75.

⁴ MARSHALL y ROCHOW (2018). pp. 235-236.

⁵ *Ibidem*. p. 237.

⁶ *Ibidem*. p. 238.

⁷ DHAMI (2009). p. 122.

al analizar que, alguien preso se sentirá menos excluido de la sociedad al verse posibilitado de participar en un proceso y ejercer un derecho tan básico como lo son los plebiscitos. La prohibición, a las personas privadas de libertad, de ejercer su derecho a sufragio produce una exclusión social aún mayor en su contra, provocando, por ende, los efectos contrarios a los que deberían tender el fin de las penas o medidas privativas de libertad, que es la reinserción.

En virtud de lo expresado, es que parece a lo menos evidente que las medidas y penas privativas de libertad no solo afectan la libertad ambulatoria o de desplazamiento de quien es sujeto a esta, sino que es una situación que interrumpe totalmente la vida normal de una persona, al punto de afectar un derecho tan fundamental como lo es el derecho a sufragio. Y no solo esto. La privación de la libertad ambulatoria produce efectos irreparables en la vida de la persona en el sentido de ocasionar una interrupción significativa, por ejemplo, en las relaciones familiares e interpersonales de quien está en la cárcel. La separación familiar además causa efectos no solo en la persona privada de su libertad, sino que también en la familia que se ve enfrentada a la ausencia de uno de sus integrantes. Estos efectos pueden ser especialmente intensos y gravosos en los niños y niñas que se ven privados de la presencia de uno de sus progenitores en momentos de su vida en que aquello es esencial para su correcto desarrollo.

i. Medida cautelar de prisión preventiva ¿vulneración del principio de presunción de inocencia?

La presunción de inocencia es uno de los principio rectores de nuestro derecho procesal penal. Conforme a este, el sujeto imputado o acusado debe ser considerado y tratado como inocente mientras que no exista una sentencia firme que dictamine o estipule lo contrario (art. 4, CPP). Dei Vecchi⁸ hace alusión específicamente a dos de las numerosas reglas⁹ que pueden conformar o componer la presunción de inocencia: (i) regla de tratamiento y (ii) regla de juicio. La regla de juicio del principio de presunción de inocencia alude a que corresponde al Ministerio Público, como organismo estatal persecutor, el deber de probar la culpabilidad del imputado o acusado en el proceso penal en curso. Es decir, en el Ministerio Público recae lo que conocemos como la carga de la prueba. Por tanto, si no se logra probar la hipótesis de culpabilidad alegada por el estado, la persona acusada no puede ser condenada (estándar de convicción más allá de toda duda razonable). No es la defensa la que debe probar activamente la inocencia del acusado, puesto que el defensor, por ejemplo, en vista de la debilidad de las pruebas del Ministerio Público, podría optar por “no hacer nada”. Es decir, no existe la necesidad de tener una teoría del caso para presentar ante el tribunal.

⁸ DEI VECCHI (2013). p. 193.

⁹ Por ejemplo Jordi Ferrer hace referencia a tres reglas: la presunción de inocencia como regla de trato, como regla probatoria y como regla de juicio. En: FERRER (2010).

Por otro lado, la regla de tratamiento de la presunción de inocencia es la que se refiere a que se trate al imputado como inocente hasta que este no fuere condenado, y esta regla es la que podría obstaculizar la pretensión de imponer la prisión preventiva como una medida cautelar, ya que dificulta la fundamentación de que supuestamente se estaría cumpliendo con el principio de presunción de inocencia al mismo tiempo que se está imponiendo una medida cautelar privativa de libertad. Es decir, ¿cómo podemos asegurar que estamos tratando como inocente a una persona a la que al mismo tiempo estamos privando de su libertad sin existir una sentencia condenatoria en su contra?

Tal como lo señala Dei Vecchi, la cuestión sobre la procedencia del encarcelamiento como medida cautelar (prisión preventiva), es tremendamente controversial, e incluso una de las “más controvertidas a lo largo de la historia del derecho procesal penal”¹⁰. La medida cautelar de prisión preventiva en nuestro país, está regulada en los arts. 139 y siguientes de nuestro Código Procesal Penal. En específico es el art. 140 del CPP el que establece los múltiples requisitos que son necesarios para la procedencia de la prisión preventiva como medida cautelar. Conforme a la gran cantidad de requisitos que la ley impone es que la prisión preventiva debe ser utilizada solo como último recurso (*ultima ratio*), acudiendo, siempre que sea posible y jurídicamente correcto, a medidas cautelares menos intensivas y no privativas de la libertad.

Al momento de imponer la medida cautelar de prisión preventiva se debe tener en especial consideración el art. 122 del CPP, el cual establece que las medidas cautelares personales solo deben ser impuestas cuando sean absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y que esta solo durará mientras subsista la necesidad de su aplicación. La esencialidad de atender a esta y otras normas procesales al aplicar la prisión preventiva, es que, si esta es impuesta de manera errónea, nos encontraríamos ante una situación de imposición de lo que se denomina pena anticipada, cuestión totalmente prohibida por el derecho tanto nacional como internacional.

Por ende, para que la medida cautelar de prisión preventiva no vulnere el principio procesal de presunción de inocencia y no se convierta en una pena anticipada, no solo se debe atender a su correcta procedencia como medida cautelar (es decir, cumplir con los requisitos legales que el CPP impone) sino que también se debe prestar especial atención a que esta medida tenga una duración razonable y que sea susceptible de revisión de manera constante para evaluar permanentemente su procedencia. Estas últimas condiciones constituyen lo que se conoce como el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable (arts. 7.5 y 8.1 CADH).

¹⁰ DEI VECCHI (2013). p. 190.

b. La doble condena

i. Concepto social de mujer: la “buena mujer”

Si analizamos el concepto que socialmente se le ha asignado a la “mujer” a lo largo de la historia, se podría decir sin extrema dificultad, que este solo ha logrado evolucionar de manera muy leve. En pleno siglo XXI aún es muy recurrente escuchar, pública y privadamente, que la mujer como figura parte de la sociedad tiene asignados determinados roles a los que no se puede negar, ya que si esto llega a suceder se convierte en una “mala mujer”. A continuación procederé a revisar lo que se ha entendido o entiende como lo que debe ser o hacer una mujer para ser considerada socialmente como tal, y los roles que “debe” cumplir para ser catalogada como una “buena mujer”.

Primero creo importante comenzar con lo que históricamente y hoy se entiende o acepta como “mujer”. Hay quienes derechamente solo posicionan como mujeres a quienes biológica o genéticamente pueden clasificarse como tales, es decir, quienes tienen los cromosomas sexuales XX en sus genes. Entendiendo, por ende, que serían mujeres con características físicas y con órganos sexuales y reproductivos determinados. A pesar del avance histórico que de a poco han tenido las personas transgénero (es decir, quienes se identifican con un género distinto al sexo asignado biológicamente), en ser consideradas de acuerdo a su identidad de género, hoy en día aún son recurrentes los actos de discriminación hacia quienes no caen la categoría de cis-género (quienes se identifican con un género concordante al sexo asignado biológicamente al momento de nacer).

Sin perjuicio de lo anterior, en esta parte del presente trabajo se hará alusión a lo que ciertas autoras feministas han planteado acerca del hecho de ser mujer, pero, de manera más específica, con el supuesto rol que las mujeres deben cumplir en la sociedad para ser consideradas como tales. Principalmente me enfocaré la idea planteada por la autora Simone De Beauvoir, con su histórico lema “No se nace mujer: se llega a serlo”¹¹.

“No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino”¹². La autora francesa, en su insigne y citado ensayo (“El segundo sexo”), plantea, a principios de los años 50’, la idea de que la mujer como género es una construcción social, definida por la sociedad misma, y no por factores innatos con los que nacen las personas. Monique Wittig¹³ (autora enfocada especialmente en el

¹¹ DE BEAUVOIR (1949). p. 207.

¹² DE BEAUVOIR (1949). p. 207

¹³ WITTIG (1992). p. 32.

feminismo desde la visión de las lesbianas), incluso, plantea que “la mujer” es solo un mito. Esta última escritora alude a que las categorías de “hombre” y “mujer” son categorías políticas y económicas (y que, por ende, no son eternas).

“El destino que la sociedad propone tradicionalmente a las mujeres es el matrimonio. La mayor parte de las mujeres todavía hoy, están casadas, lo han estado, se disponen a estarlo o sufren por no estarlo. La soltera se define con relación al matrimonio, ya sea una mujer frustrada sublevada o incluso indiferente con respecto a esa institución”¹⁴. A pesar de que De Beauvoir hace pública esta frase hace más de 70 años, hoy sigue siendo una visión recurrente en lo que concierne a lo considerado como “correctamente femenino”. No es extraño oír, aún hoy, en la esfera privada el cuestionamiento constante hacia las mujeres solteras, sobre cuándo será el momento en que contraerán matrimonio, cuestionamiento que muy rara vez se observa que sea dirigido hacia los hombres solteros. La idea de que la mujer necesita de un hombre (marido), o de una pareja, es un pensamiento arcaico que no tiene fundamento de ser. Esta visión de la obligatoriedad de llegar a ser una “esposa” supone a la mujer como un ser secundario que debe ser protegido, mantenido, etc., pero que al mismo tiempo debe cumplir con determinados roles para ser una “buena esposa”. Por ejemplo, en general, a la sociedad no le resulta para nada extraño que un hombre exprese que no sabe cocinar. En cambio cuando una mujer realiza tal aseveración, pareciera llamar mucho más la atención.

Luego de casarse, el rol histórico de la mujer es ser madre. Y no solo tiene esta obligación social de “tener que querer ser madre” y dar vida, sino que también está obligada a la crianza de esa vida de manera prácticamente exclusiva. Es decir, se trata de una obligación que la sociedad en general no le impone a los padres (es decir, a los hombres). Un dato curioso a la luz del tema a tratar en el presente trabajo, es que, en Chile, solo en los C.P.F (Centros Penitenciarios Femeninos) existen secciones para que vivan las madres privadas de libertad con sus hijas e hijos pequeños (secciones materno-infantil). ¿Por qué las cárceles de hombres no poseen estas secciones? ¿Es el hombre el mero procreador de una vida pero no alguien a quien se le pueda adherir una obligación de crianza como se hace con las madres? ¿El hombre solo es padre por elección, mientras que la mujer es madre por obligación?

Acerca de este último punto, y para ilustrarlo de mejor forma, es que cabe recordar en caso de Gabriela Blas. Ella fue una pastora aymara que en el año 2007, mientras realizaba su trabajo de pastoreo de llamas en una zona del altiplano en la Región de Arica y Parinacota, pierde a su hijo D.E.B¹⁵ de casi 4 años de edad al momento que ella va en busca de 2 animales que se le habían extraviado. El niño es encontrado fallecido un año y medio después de los hechos. Gabriela fue condenada por su

¹⁴ DE BEAUVOIR (1949). p. 373.

¹⁵ Se utilizan las iniciales del niño para proteger su identidad en calidad de NNA.

responsabilidad penal en el hecho no una, sino que dos veces. La primera condena emanada del TOP correspondiente, la sanciona a una pena privativa de libertad de 10 años de presidio. A raíz de un recurso de nulidad fallado a su favor por la Excelentísima Corte Suprema, se anula el juicio y la sentencia, debiendo realizarse un nuevo juicio. En este nuevo proceso penal, a Gabriela se le condena a una pena aún más gravosa que la anterior: 12 años de cárcel. El problema de este caso radicó en que no se consideró su condición de mujer indígena y su cosmovisión aymara para representar y argumentar lo esencial que era para Gabriela la recuperación de las llamas, además, “si ella perdía los animales tenía que pagarlos, lo que implicaba tener que trabajar prácticamente seis meses gratis para lograr reponer la pérdida patrimonial que implicaban estos dos animales”¹⁶. Pero el punto importante en relación a lo expresado anteriormente sobre el rol de la mujer como madre, no radica precisamente en el caso mismo de Gabriela Blas Blas y su responsabilidad en el fallecimiento de su hijo D.E.B, sino que en lo aconteció paralelamente con su hija C.B.B. La niña fue dada en adopción internacional de manera unilateral mientras Blas cumplía la medida cautelar de prisión preventiva al momento en que era investigada en el proceso penal llevado en su contra¹⁷. Pero, si el padre de la niña estaba en libertad y tenía relación con ella ¿Por qué se consideró que C.B.B debía ser dada en adopción? ¿Era la madre la única posibilidad de otorgar cuidado a la niña? Finalmente, a través de una A.S.A¹⁸ (Acuerdo de Solución Amistosa) ante la Comisión IDH, el Estado de Chile reconoció su responsabilidad en los hechos y se comprometió, entre otras cosas, a que la niña C.B.B pudiera contactar a su familia biológica al cumplir los 18 años, si ella así lo deseara.

ii. Condena judicial y social

Conforme a lo expresado anteriormente sobre el rol que socialmente se les asigna a las mujeres, es que pareciera ser de suma importancia aludir a la doble condena que estas sufren por parte de la comunidad que es testigo de su condena y posterior encarcelación.

La denominación de “doble condena” hace referencia, en primer lugar, a la condena judicial a la que son sujetas las mujeres que estén privadas de su libertad por la dictación de una sentencia condenatoria firme en su contra. En el caso de Chile, y como se mencionará más adelante, la gran mayoría de las condenas a mujeres son en relación con delitos de drogas, es decir, delitos generalmente no violentos y que se asocian a la necesidad económica a la que se ven enfrentadas muchas mujeres, que además en muchos de los casos son madres solteras.

¹⁶ CHÁVEZ (2018). p. 214.

¹⁷ CHÁVEZ (2018). p. 212.

¹⁸ CIDH (2018).

Por otro lado, la segunda parte de esta doble condena la sufren las mujeres en su propio entorno o comunidad. Debido a que, al entrar a la cárcel, estarían dejando de lado los roles que deben cumplir no solo en el hogar, sino que también en la sociedad. Que una mujer vaya a la cárcel significa que en general se alejará de sus hijos, dejará de hacerse cargo del hogar y los posibles quehaceres domésticos, etc. La mujer privada de libertad deja de lado esos roles que se le asignan, convirtiéndola en una mala mujer. Y el punto importante aquí es que no se le considera “mala” por haber cometido un delito y haber sido condenada por el mismo, sino que “mala” porque aquel actuar provocó que dejara de lado y abandonara esos roles históricamente asignados a una “buena mujer”.

c. Perfil de las mujeres privadas de libertad en Chile

En Chile, el número de mujeres que se encuentran privadas de libertad es cercano al de las 3.000 personas, las cuales representan cerca de un 7% del total de la población penal de nuestro país¹⁹. De las mujeres encarceladas por estar cumpliendo sus respectivas condenas impuestas por una sentencia firme, un 53% la cumple por delitos relacionados con las drogas²⁰. Esto nos convierte en el segundo país de América del Sur con el mayor porcentaje de mujeres privadas de libertad, siendo superados solo por Guyana Francesa, país que cuenta con un 9,9% de población penal femenina²¹.

Las mujeres que se encuentran privadas de su libertad en nuestro país podemos dividir las en dos grupos principales e importantes. Por un lado, se encuentran quienes están en la cárcel cumpliendo una condena privativa de libertad que ha sido impuesta por una sentencia emana del tribunal correspondiente, mientras que el segundo grupo que podemos identificar serían las mujeres que se encuentran privadas de libertad en forma de imputadas, es decir, que se encuentran dando cumplimiento a una medida cautelar de prisión preventiva. El porcentaje de mujeres que se encuentran privadas de libertad por estar condenadas en nuestro país es del 57%²², mientras que el segundo grupo, el de quienes cumplen con la medida cautelar de prisión preventiva, lo conforma un 43%²³ del total de mujeres que se encuentran privadas de libertad. En contraposición a estos datos, los hombres privados de libertad que se encuentran dando cumplimiento a una medida cautelar, lo conforma un 31%²⁴. De esta información podemos claramente identificar una diferencia importante en la encarcelación entre hombres y mujeres en lo referido a la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar. Más adelante en el presente trabajo explicaremos por qué esta situación afectaría o vulneraría las Reglas de Tokio.

¹⁹ RED DE ACCIÓN CARCELARIA (2021). p. 1.

²⁰ CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021). p. 1.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*. Pág. 2.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

Con el fin de poder presentar un perfil más o menos amplio de cómo se conforma la población penal femenina en nuestro país, es de vital importancia hacer alusión a las mujeres extranjeras privadas de libertad en Chile. Las mujeres migrantes en las cárceles chilenas son aproximadamente 573, las cuales en su mayoría lo están en calidad de imputadas (cumpliendo prisión preventiva)²⁵. En relación con este específico grupo de privadas de libertad, se debe tener en consideración que estas se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad, no solo por estar en la cárcel, sino que también por tratarse de mujeres extranjeras. A pesar de que la gran mayoría provienen de países como Bolivia, Perú y Colombia, (todos países Latinoamericanos) existe, de todas formas, una importante barrera cultural, e incluso posiblemente lingüística (en caso de tratarse mujeres migrantes indígenas), que finalmente afectan de manera negativa el acceso a la información y, por ende, el acceso a la justicia al que optan estas mujeres en Chile.

Además, al estar encarceladas en un país diferente al suyo de origen, no poseen las redes familiares que las ayuden por ejemplo con la entrega de elementos de aseo personal, productos higiénicos, ropa, además de, muchas veces, no contar con la posibilidad de recibir visitas puesto que sus familias no se encuentran arraigadas en Chile, dificultando y disminuyendo de esta forma sus posibilidades de reinserción social y laboral ante su eventual salida de las cárceles.

d. Protección internacional de las mujeres privadas de libertad

i. Reglas de Tokio

Las Reglas de Tokio, o también llamadas Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, es un conjunto de principios o normas adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/110, el 14 de diciembre de 1990. El objetivo principal de este conjunto de principios básicos internacionales es la promoción de las medidas no privativas de libertad en los procesos penales, además de las medidas sustitutivas a la prisión como sanción penal.

En suma a lo anterior, estas reglas tienen como objetivo el fomento del tratamiento y reinserción de quien es condenado por delinquir, para así fomentar el “sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”²⁶. El desarrollo de este objetivo se realizaría por ejemplo desde la promoción de la educación de la persona sancionada, o incluso también la promoción del fortalecimiento de su vínculo familiar para

²⁵ Boletín estadístico GENCHI, Octubre 2019.

²⁶ Reglas de Tokio. 1.2.

fortificar su posibilidad de reinserción tanto social como laboral y así disminuir las posibilidades de que la persona vuelva a delinquir (Regla 10.1).

Todos los objetivos mencionados se pueden traducir en el objetivo general de las Reglas de Tokio de asegurar la cárcel exclusivamente como último recurso, debiendo, siempre que sea posible, recurrirse a medidas cautelares (Regla 6. La prisión preventiva como último recurso) o penas, no privativas de libertad, como primera opción.

Si bien estas reglas no aplican exclusivamente a mujeres privadas de libertad sino que a la población penal de manera genérica, estas corresponden a principios básicos que aportan a la correcta utilización de la privación de libertad ya sea como pena o como medida cautelar. Promoviendo, de esta forma, el fortalecimiento de los vínculos familiares, la reinserción social y laboral, la descongestión de los recintos penitenciarios, etc.

Como ya se mencionaba anteriormente en el apartado acerca del perfil que se puede observar en la población penal femenina en Chile, la comparación en la proporción de mujeres privadas de libertad por estar dando cumplimiento a una medida cautelar de prisión preventiva (43%)²⁷ en comparación con la misma proporción pero tratándose de los hombres (31%)²⁸, es preocupantemente desigual. La primera cuestión extraíble de la observación de estos datos es la notable diferencia entre la aplicación (correcta o no) de la prisión preventiva entre hombres y mujeres. Ya que, por ejemplo, teniendo en consideración que podríamos decir que las mujeres, al parecer, delinquen menos (representan tan solo un 7% de la población penal general) ¿por qué se les aplica la medida cautelar más gravosa de nuestro sistema procesal penal, más que a los imputados hombres? Por otro lado, entonces, podemos observar que esta aplicación sustancial de la prisión preventiva como medida cautelar, evidentemente produciría una vulneración o mala aplicación de los principios contenidos en las Reglas de Tokio, debido a que no se estaría respetando, en específico, la Regla 6 acerca de la utilización de la prisión preventiva como último recurso, regla que estipula que se debe tener preferencia por la utilización de medidas cautelares menos gravosas y no privativas de la libertad.

ii. 100 Reglas de Brasilia

También conocidas como “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”. Estas fueron aprobadas en Brasilia “durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada del 4 al 6 de marzo de 2008”²⁹. La importancia, para este trabajo, de este

²⁷ CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021). p. 2.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ ALONSO (2021). p. 21.

instrumento internacional, radica en que se reconoce a las personas privadas de libertad y a las mujeres como personas en especial situación de vulnerabilidad. Por una parte, por la privación de libertad y, por otra, en base al género, estableciendo estas condiciones como puntos de inflexión a la hora de reflexionar sobre el real acceso a la justicia al que pueden o logran acceder los distintos grupos humanos que componen nuestra sociedad, esto ya que la existencia del sistema de justicia tiene prácticamente nula importancia si es que no se logra asegurar un efectivo acceso a este para todas y todos, pero más aún para quienes se encuentran con más obstáculos para hacer efectivo este acceso.

En la sección 2ª del Capítulo 1º, se describen los beneficiarios de las Reglas de Brasilia, es decir, a quienes corresponde aplicarlas, en virtud de la situación de vulnerabilidad de la persona. En esa sección se procede a describir diferentes situaciones en las que se considerará como condición de vulnerabilidad. El texto expresa que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”³⁰. Este instrumento, al reconocer el género y la privación de libertad como causas de vulnerabilidad, lo que pretende es poner énfasis en que los Estados deben tomar en consideración a quienes pertenecen a estos grupos, para que así exista un ejercicio pleno de sus derechos conforme a las recomendaciones que las mismas Reglas otorgan.

Conforme a esto, en el mismo apartado se explica, entre otras cosas, qué se entenderá por “discriminación contra la mujer” y “privación de libertad”. El primero de estos conceptos se entenderá como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”³¹. Las reglas establecen que deberán impulsarse las medidas necesarias para la eliminación de la discriminación contra la mujer en lo respectivo al acceso al sistema de justicia, ya que esta sería la forma de tutelar de correctamente sus derechos para que así exista una igualdad de condiciones entre hombres y mujeres en el acceso a la justicia.

³⁰ 100 Reglas de Brasilia. Capítulo 1º, Sección 2ª, n°1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. Reglas (3) y (4).

³¹ 100 Reglas de Brasilia. Capítulo 1º, Sección 2ª, n°8.- Género. Regla (18)

El concepto de privación de libertad debe entenderse como “la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo”³². La razón de las Reglas de Brasilia para considerar la privación de libertad como una condición de vulnerabilidad, radica en que esta situación obstaculiza un efectivo acceso al sistema de justicia en lo que respecta a los demás derechos que las personas privadas de libertad pueden ejercer.

Es esencial, además, comprender que las condiciones de vulnerabilidad se verán agravadas de manera importante cuando concurren en una misma persona o grupo de personas, más de una de las causales de vulnerabilidad establecidas en las 100 Reglas de Brasilia. Pero especialmente, para lo concerniente a este trabajo, la especial vulnerabilidad a que están sujetas las mujeres privadas de libertad por concurrir en aquel grupo dos condiciones: género y privación de libertad.

iii. *Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*

Este instrumento internacional fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, en su resolución 34/180. Esta convención, tal como se reproduce en su preámbulo, se origina a partir de la consideración de que, a pesar de que los pactos internacionales deben garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de todos sus derechos, de todas formas es observable que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones, las cuales violan el principio de igualdad de derechos y de respeto a la dignidad humana, lo cual resulta en la afectación del efectivo ejercicio de diversos derechos.

Si bien la CEDAW no hace alusión expresa, en su articulado, a los derechos de las mujeres privadas de libertad, si se han realizado, en los Comités de seguimiento, consideraciones a los Estados partes de que las mujeres privadas de libertad pueden estar sufriendo mayores clases de discriminación por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. En específico, en una de las Observaciones finales³³, el Comité señala³⁴ su preocupación por el hecho de que los Estados no presten la atención necesaria hacia las necesidades específicas de las mujeres que están en la cárcel planteando, por ejemplo, el peligro de sufrir abusos sexuales u otro tipo de violencia cuando existe una presencia de guardias del sexo masculino. Específicamente se hace mención a las mujeres aborígenes y afrodescendientes, y como se ha observado un encarcelamiento desproporcionado de este grupo humano, en el cual concurren

³² 100 Reglas de Brasilia. Capítulo 1º, Sección 2ª, n°10.- Privación de libertad. Regla (23).

³³ Observaciones finales del Comité para la eliminación de la Discriminación contra las Mujeres sobre Canadá, CEDAW/C/CA/7 (2008).

³⁴ Observaciones finales del Comité para la eliminación de la Discriminación contra las Mujeres sobre Canadá, CEDAW/C/CA/7 (2008). Párr. 33 y 34.

diversos factores de vulnerabilidad como lo son: el género, la privación de libertad y la pertenencia a un pueblo indígena. Además el Comité indica “su preocupación por el trato recibido por las adolescentes en los centros de detención de menores, ya que a menudo están recluidas en centros mixtos donde están expuestas a la violencia por parte de detenidos adolescentes o guardias varones”³⁵.

Es por esto que, a pesar de que la Convención (CEDAW) misma no expresa en sus artículos una referencia directa a la protección especial de la que deben ser parte las mujeres privadas de libertad, con el paso del tiempo ha sido posible observar un aumento en la preocupación sobre las condiciones en las que viven estas, recomendando medidas a los diversos Estados parte. Esto a través de las distintas Observaciones que emanan de los informes de los Comités realizados para la reflexión sobre la efectividad y evolución de estos instrumentos internacionales.

iv. Reglas de Bangkok

Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes, o Reglas de Bangkok, fueron aprobadas mediante la resolución A/RES/65/229 con fecha 21 de diciembre de 2010, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este instrumento trata específicamente la realidad y los derechos de las mujeres privadas de libertad, para que de esta manera los Estados parte presten especial atención a las necesidades de este grupo humano que posee necesidades diferentes a, por ejemplo, los hombres privados de libertad. Todo esto teniendo en consideración que los sistemas penitenciarios del mundo en general son creados por y para hombres, muchas veces sin tener en consideración las necesidades de la población penal femenina. Además, estas reglas por primera vez tratan la realidad de los niños y niñas que conviven con sus madres en la cárcel.

Este importante instrumento se estructura en cuatro secciones: (I) Reglas de aplicación general [Reglas 1 a 39]: aplican a todas las mujeres privadas de libertad, (II) Reglas aplicables a las categorías especiales [Reglas 40 a 56]: se subdividen entre las categorías de reclusas condenadas y reclusas en prisión preventiva o en espera de juicio, (III) Medidas no privativas de libertad [Reglas 57 a 66] y (IV) Investigación, planificación, evaluación y sensibilización pública [Reglas 67 a 70].

Debido a la importancia de las Reglas de Bangkok para este trabajo, por tratarse del instrumento internacional que trata exclusivamente los derechos de las mujeres privadas de libertad, es que procederé a explicar ciertos puntos esenciales que este conjunto de principios estipula en su contenido.

³⁵ *Ibidem*.

El lugar de reclusión es tratado en la Regla 4, en la cual se establece la importancia de que el recinto penitenciario o de reclusión, esté cercano al hogar de la mujer, para que esta no pierda ni vea afectado de manera negativa su vínculo familiar y social, el cual es un factor esencial para la correcta reinserción de quien sale de prisión.

Las Reglas 5 a 18 hacen alusión a la higiene personal y a los servicios de atención de salud. A propósito de la higiene personal, se estipula expresamente que “los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en periodo de lactancia o menstruación”³⁶. Mientras que, a propósito de los servicios de atención de salud, se hace referencia, entre otras cosas, a que debe existir una atención de salud orientada expresamente a la mujer, es decir, los Estados deben atender a las necesidades de salud que especialmente tienen las mujeres, no puede tratarse de una misma atención de salud carcelaria o penitenciaria común o genérica, puesto que hombres y mujeres tienen necesidades distintas, y, por ende, los funcionarios deben estar instruidos para otorgar aquella atención especializada.

Desde la Regla 57 se expresa que resulta esencial la adopción de medidas no privativas de libertad como primera opción al momento de imponer una condena o en la forma de una medida cautelar. Esto, ya que el impacto de la privación de libertad en las mujeres, especialmente si son madres, es muy gravoso. El encarcelamiento, como ya se ha repetido a lo largo de este trabajo, afectaría negativamente los vínculos familiares y sociales, y, por ende, dificultaría su futura reinserción social y laboral.

³⁶ Reglas de Bangkok. Regla 5.

CAPÍTULO SEGUNDO: Derechos sexuales y reproductivos

a. *Noción de derechos sexuales y reproductivos*

i. Derechos sexuales

El origen de la consagración de los conceptos de derechos sexuales y reproductivos se enmarca en la realización de la Conferencia Internacional de la Población y el Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo en 1994³⁷. De acuerdo a las autoras brasileñas Sonia Corrêa y María Betânia Ávila³⁸, el término “derechos sexuales” resultaba, en ese tiempo, bastante radical para ser considerado en el texto final que se pretendía redactar, por ende, los movimientos sociales (que buscaban que se comenzaran a consagrar estos derechos) optaron por negociar la no inclusión del término “derechos sexuales” a cambio de la incorporación al texto del concepto “derechos reproductivos”. Esta fue la introducción inicial de los derechos sexuales, los cuales a pesar de no ser reconocidos explícitamente por las Naciones Unidas, pudieron comenzar a tomar lugar en las discusiones que se producían en materia normativa de Derechos Humanos en la comunidad internacional.

Durante la realización de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 por parte de las Naciones Unidas (ONU Mujeres), se procedió a la confección de un texto que terminaría siendo muy relevante para el futuro de la discusión internacional acerca de los derechos de las mujeres en el mundo, y por ende, aportando de manera significativa a la igualdad de género. Este documento corresponde a la “Declaración y Plataforma de Acción de Beijing” (adoptada de forma unánime por 189 países³⁹). Esta declaración en su Capítulo III hace referencia a “12 esferas de especial preocupación”: A. La mujer y la pobreza; B. Educación y capacitación de la mujer; C. La mujer y la salud; D. La violencia contra la mujer; E. La mujer y los conflictos armados; F. La mujer y la economía; G. La mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones; H. Mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer; I. Los derechos humanos de la mujer; J. La mujer y los medios de difusión; K. La mujer y el medio ambiente; L. La niña.

Dentro de los 12 puntos de preocupación establecidos por la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, el que resulta de vital importancia para el presente trabajo es el contenido en la letra C: La mujer y la salud. Lo anterior, debido a que en esta sección del documento se alude, entre otras cosas, a que los derechos humanos de las mujeres incluyen la salud sexual y salud reproductiva, siendo esta una de las primeras introducciones de los elementos que componen los derechos sexuales.

³⁷ De esta Conferencia emana el Programa de Acción de El Cairo (1994).

³⁸ CORRÊA y ÁVILA (2003). Pág. 21.

³⁹ <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

El párrafo 96 de la Declaración, establece lo siguiente: “96. Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”⁴⁰. Este texto da inicio al (aún) incipiente desarrollo de los derechos o intereses protegidos y contenidos en el concepto de “derechos sexuales”, haciendo alusión por ejemplo a la salud sexual. A mi parecer, el eje central y más importante a los que se alude es que corresponde nada menos que a un derecho humano de la mujer el hecho de ejercer de manera libre su sexualidad, sin verse expuesta a coerción, discriminación o violencia.

Esta cuestión resulta de suma importancia si, por ejemplo, analizamos el comportamiento social que tradicionalmente se observa hacia las mujeres que ejercen su sexualidad de manera libre versus hacia los hombres que realizan el mismo comportamiento. La mujer como ser sexual es comúnmente tratada de manera diferente a lo que se considera socialmente como una “buena mujer”⁴¹. No parece ser extraño escuchar o haber escuchado alguna vez un comentario denigratorio en contra de una mujer que ejerce su sexualidad de manera libre, por ejemplo, asociando esta libertad al ejercicio de la prostitución, mientras que si un hombre aparenta la misma conducta, las reacciones que esto provoca son las contrarias, es decir, ya no se comenta denotativamente a la persona, sino que incluso podríamos decir que se alude a una grandeza de aquel sujeto masculino por su activo y libre comportamiento sexual.

La mujer ¿es realmente libre de ejercer su sexualidad? ¿Cuáles son las consecuencias sociales si lo hace? A pesar de que se puede observar una cierta promoción de los derechos sexuales como una forma de ejercer la libertad, como ya se mencionó anteriormente, las consecuencias de ejercer estas libertades sexuales para las mujeres en el mundo no son las mismas que para los hombres. De Beauvoir expresa que “la civilización patriarcal ha destinado la mujer a la castidad; se reconoce más o menos abiertamente el derecho del hombre a satisfacer sus deseos sexuales, en tanto que la mujer está confinada en el matrimonio: para ella, el acto carnal, si no está santificado por el código, por el sacramento, es una falta, una caída, una derrota, una flaqueza; tiene que defender su virtud, su honor; si “cede”, si “cae”, provoca el desprecio; en cambio, la misma censura que se dirige contra su vencedor

⁴⁰ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995). Pág. 66.

⁴¹ Supra, págs. 10-12.

está teñida de admiración”⁴². En base a lo anterior es que creo indispensable realizar una vital distinción: la mujer como sujeto sexual versus la mujer como objeto sexual.

El primer término aludido debe entenderse como la capacidad de la mujer de poder ejercer sus libertades sexuales sin obstáculos o coacción de por medio, es decir, la mujer sujeto de derecho, y en específico, de derechos sexuales. Mientras que lo segundo hace referencia a cómo la mujer, o mejor dicho, la “figura femenina”, es objetivizada en la sociedad como un bien de consumo sexual, especialmente para el consumo del género masculino. Sobre esto último, cabe hacer presente que, por ejemplo, Patsilí Toledo indica, en uno de sus trabajos relacionados con la legislación sobre acoso sexual en Chile, que “el hostigamiento sexual siempre ha constituido una forma de excluir veladamente a las mujeres de los espacios públicos, haciendo primar su rol sexual y reforzando su adscripción al espacio doméstico (...)”⁴³. Además, agregaría a la frase citada que, para hablar del concepto de la mujer como objeto sexual, el rol sexual de esta que se hace primar, es para con otros, es decir, con el objetivo de satisfacer a otros, y no a la mujer misma.

La sociedad patriarcal en la que nos desenvolvemos, se forma prejuicios en contra de la mujer como sujeto sexual, es decir, como persona que ejerce libremente su salud y vida sexual. Como ya fue aludido, esto se observa claramente cuando se compara con la visión que se tiene del hombre como sujeto sexual. El hecho de que la mujer pueda hacerse valer como sujeto sexual dice relación con la capacidad de decidir, de consentir libremente y de ser dueña de su propio cuerpo, entre otras cosas. Por ende, lo contrario a esto sería el concepto de la mujer como objeto sexual. Por este lado contrario se puede analizar cómo la figura de la mujer es observada como un objeto de consumo sexual masculino, vista como una cosa que puede ser usada y gozada por los hombres, en favor del placer sexual de estos, y solo estos. Al mismo tiempo, esto podemos ligarlo con lo que ha sido y realizado la industria de la pornografía, y las consecuencias que esto ha tenido en el desarrollo de la sexualidad de niños y adolescentes. Sobre esto, por ejemplo, cabe mencionar lo que se conoce como la “cultura de la violación”, y la vinculación que tiene con la objetivización de la mujer y la industria pornográfica.

La cultura de la violación puede ser entendida como una forma en la que se ha normalizado la violencia sexual en contra de la mujer, o en contra de mujeres que muestran ciertas características. Esto podría traducirse, por ejemplo, en la culpabilización de una víctima de violencia sexual cuando esta usó una falda corta u otro tipo de ropa potencialmente “provocativa” al momento de la comisión del delito. Acorde a ONU Mujeres: “La cultura de la violación se da en entornos sociales que permiten que se normalice y justifique la violencia sexual, y en estos entornos se alimenta de las persistentes

⁴² DE BEAUVOIR (1949). p. 315.

⁴³ TOLEDO (2006). p. 204.

desigualdades de género y las actitudes sobre el género y la sexualidad.”⁴⁴ A mi parecer, es evidente la contribución que ha tenido la pornografía en la normalización de agresiones sexuales, debido a que los contenidos de este tipo, muestran situaciones (ficticias la mayoría de las veces) en las que la mujer es la parte sometida y violentada en el encuentro sexual, lo cual puede llevar a niños y adolescentes a normalizar, y por ende, replicar dichas prácticas sexuales. Además, la situación empeora si a esta situación le sumamos el hecho de la casi nula educación sexual que existe en la educación básica y media, al menos en nuestro país. Por ende, se podría decir que los niños o futuros hombres se educan sexualmente de manera mayoritaria a través de la pornografía, contribuyendo de esta forma a perpetuar la cultura de la violación, y por tanto, la objetivización y sexualización de la mujer en la sociedad.

ii. Derechos reproductivos

Fue así como se logró dar comienzo a la consagración paulatina de los derechos sexuales y reproductivos, comenzando de esta forma con la mención del concepto de derechos reproductivos en el Párrafo 7.3 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, el cual expresó lo siguiente: “7.3 Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobadas por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”. De acuerdo con esto, los derechos reproductivos corresponden a derechos humanos de las mujeres, y por tanto, deben ser garantizados y protegidos como tales.

También resulta crucial mencionar el concepto de salud reproductiva, el cual se relaciona directamente con el de derechos reproductivos. De acuerdo al mismo párrafo ya citado del Programa de Acción de El Cairo “La salud reproductiva está fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las prácticas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su

⁴⁴ <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2019/11/compilation-ways-you-can-stand-against-rape-culture>

vida sexual y reproductiva”. En tanto, una definición del concepto de salud reproductiva podemos encontrarla en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, en su párrafo 94, el cual establece: “La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como un conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”.

De lo anterior se puede observar que el acceso a la información es uno de los factores más importantes para la protección y promoción de los derechos reproductivos, debido a que es la falta de información la que dificulta el correcto ejercicio de estos derechos. Así, para poder tomar decisiones libres acerca de la propia reproducción, se debe contar con la información necesaria para decidir. Si la información no se proporciona, en realidad no se podrá optar de manera libre. Entonces, por ejemplo, si yo desconozco los posibles métodos anticonceptivos a los que puedo acceder, y sus efectos, para controlar mi fertilidad, no tendré la verdadera libertad para decidir por la mejor opción que me beneficie personalmente.

Conforme a lo anterior, la importancia del acceso a la información no solo radica en poder tomar decisiones correctas en torno a la reproducción y salud reproductiva, sino que también en poder tomar decisiones que no sean riesgosas para la salud de la persona por falta de información o información errónea. Es de esta forma que el acceso a la salud, específicamente la reproductiva, se ve beneficiado o garantizado por el acceso a la información.

b. Intereses protegidos mediante el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos protegen y garantizan diversos intereses. Sobre la base del texto de López y Pérez⁴⁵, es posible subdividir estos sub-derechos en 3 grupos más generales que dentro de los mismos contienen diversas libertades y derechos: (i) Libertad para decidir sobre la sexualidad, (ii) Libertad para decidir sobre la reproducción y (iii) Derechos relacionados con la salud.

En el primer grupo de libertad para decidir sobre la sexualidad se incluyen, además de la libertad en el ejercicio de la sexualidad misma, intereses como la libertad de elegir cuándo iniciar la actividad sexual y siquiera si se desea llevar una vida sexual activa o no. Dentro de estas libertades se incorpora el hecho de escoger sin coacciones ni violencia la persona con la que se desea realizar algún tipo de actividad sexual. E igual de importante y directamente relacionado con lo anterior, es que lo ya antes mencionado debe conllevar que la actividad sexual sea totalmente consensuada y respetuosa, es decir, libre de violencia y coacción de cualquier tipo.

El punto acerca del consentimiento cobra relevancia no solo en el hecho de poder dar inicio a una relación sexual, sino que también sobre todo lo que se desea, o no, realizar al momento de la misma. Una cuestión muy importante y que a mi parecer no es muy abarcada en general, es el factor de que el consentimiento sea revocable. El hecho de haber accedido a una actividad sexual no quiere decir que no se pueda cambiar de opinión cuando ésta ya ha iniciado o está ad portas de iniciar. La gran importancia del consentimiento radica no solo en la posibilidad de ejercer correctamente nuestros derechos sexuales, sino que también debido a que si no existe consentimiento en una relación sexual, esta sería constitutiva del delito de violación. El consentimiento se podría decir que debe ser: libre, informado, concreto y reversible⁴⁶. La libertad del consentimiento, se vincula con que este debe ser una elección voluntaria y libre para todas las partes involucradas, es decir, sin ninguna obligación o coacción de por medio. La inexistencia de un “no” no supone la presencia de un “sí” o consentimiento. Que el consentimiento sea informado dice relación con el hecho de que una persona, por ejemplo bajo los efectos del alcohol o las drogas, no está facultada para poder consentir, puesto que está incapacitada de tomar decisiones racionales e informadas (lo mismo aplicaría por ejemplo cuando la persona está dormida o inconsciente). Que sea concreto, se refiere a que lo que se consiente son acciones concretas, por ejemplo: consentir un beso, no significa consentir una relación sexual. Y por último, que el consentimiento sea reversible significa que consentir una vez, no significa que este se convierta en irrevocable, es decir, la persona es libre de interrumpir o revocar el consentimiento ya otorgado, en cualquier momento del acto sexual.

⁴⁵ LÓPEZ y PÉREZ (2020).

⁴⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2021).

El segundo grupo, relacionado con la libertad en la decisión sobre la reproducción conlleva, por tanto, el ser libre para elegir si se desea o no tener hijos, el número de descendencia que se procura traer al mundo y el intervalo en que estos se planean. Estas cuestiones incluyen entonces todo lo relacionado con el acceso a métodos anticonceptivos y salud reproductiva. Estas decisiones en torno a la posible formación de una familia incluso incluyen la decisión (positiva o negativa) de emparejarse y/o contraer matrimonio⁴⁷. Además, la maternidad debe siempre estar libre de discriminación en el área laboral o de estudios, de manera que una mujer no se vea afectada o discriminada en aquellos ámbitos por su decisión de ser o no madre. Por ejemplo, en el sentido de que una mujer que está embarazada no sufra el despido por parte de su empleador por el hecho de haber decidido ser madre⁴⁸. La protección de la maternidad en el ámbito de la educación está contenida en el art. 2 de la Ley N° 20.609, el cual establece que se entenderá por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o tratados internacionales, en particular cuando se funden en motivos tales como la maternidad, entre muchos otros.

La decisión de convertirse en madre o padre es una que debe efectuarse de manera informada, libre y responsable. Las consecuencias de esta decisión radican no solo en la creación de otra persona, sino que en el compromiso de cuidar de este nuevo ser humano por casi toda su vida. Debiendo, por ende, tener en consideración toda la responsabilidad que conlleva esta importante decisión. La significación de ser responsable en la decisión de ser padre o madre (art. 5 Convención de los Derechos del Niño⁴⁹), también se vincula con el hecho de analizar la propia de capacidad (como posible progenitor) de otorgarle una vida estable y que satisfaga las necesidades del hijo o hija.

Por último, la tercera categoría vinculada con el derecho a la salud puede relacionarse con garantías tales como el acceso a educación e información en materia de sexualidad y reproducción. De esta forma, se facilita y garantiza de una mejor manera la libertad para decidir en temas sexuales y reproductivos. Esto incluye, por ejemplo, el acceso a métodos anticonceptivos. La educación y acceso a la información en materia reproductiva en nuestro país, está consagrada en el art. 1 de la Ley N° 20.418⁵⁰.

⁴⁷ Teniendo en consideración por ejemplo que una persona no necesita estar emparejada para convertirse en padre o madre, si así lo desea.

⁴⁸ Como se mencionará más adelante, esta situación la protege nuestro Código del Trabajo en sus arts. 194 y 195.

⁴⁹ Art. 5 CDN. “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño impartible, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

⁵⁰ Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad.

La relación con la información y el acceso a métodos anticonceptivos, es la posibilidad de escoger el mejor método acorde a nuestras necesidades y deseos. Para esto, por ejemplo, se debe saber que hay métodos anticonceptivos hormonales, y otros que no, algunos tienen mayor efectividad que otros, e incluso se puede elegir la hormona con la que funciona el método escogido. Además en este ámbito se debe incluir el acceso a la anticoncepción de emergencia o pastilla del día después.

También este último grupo dice relación con el acceso a salud sexual, la cual incluye por ejemplo el acceso a consultas ginecológicas y a exámenes para la detección y prevención de ETS (enfermedades de transmisión sexual). Además, para el caso de las mujeres privadas de libertad, las cuales son el objeto del presente trabajo, se debe agregar el acceso a productos de higiene personal como lo son las toallas higiénicas, de manera de que la higiene sea posible llevarla en todos los momentos del ciclo menstrual de una mujer reclusa⁵¹. La protección del embarazo y maternidad también componen este derecho a la salud, por ejemplo, en la prohibición de la violencia obstétrica y en el resguardo del proceso de parto y gestación, promoviendo la educación de la madre gestante en estos aspectos para que así pueda tomar decisiones informadas y que estas sean respetadas.

Como eslabón final de este tercer grupo de derecho a la salud, tenemos el importante derecho al aborto seguro y legal. En Chile, en virtud de la Ley N° 21.030, legalmente solo se puede acceder al aborto terapéutico en 3 causales: riesgo de vida de la madre, inviabilidad del feto o embarazo a causa de una violación⁵². A pesar de que seguimos estando muy por detrás de los países desarrollados en materia de aborto, esta ley fue un importante avance en los derechos de las personas gestantes y sus derechos sexuales y reproductivos, al igual que primero lo fue la legalización de la pastilla del día después o anticonceptivo de emergencia, el cual hoy puede ser entregado de manera gratuita en el sistema público de salud gracias al art. 5 del Decreto 49, el cual aprueba el reglamento para el ejercicio del derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad (contemplado en la Ley 20.418). Sin perjuicio de lo anterior, es imperante que progresivamente se evolucione y avance hacia una legalización sobre el aborto, sin que exista la necesidad de concurrir causales específicas para ejercer este derecho humano.

De acuerdo a Dides y Fernández⁵³ “el número de abortos que se practican las mujeres en Chile es desconocido porque está penalizado. Sin embargo, existen estimaciones de abortos clandestinos anuales que varían entre 160.000 –de acuerdo al único estudio nacional realizado en 1990- a 200.000

⁵¹ Este punto se analizará en el último capítulo.

⁵² En personas mayores de 14 años se podrá interrumpir el embarazo hasta las 12 semanas de gestación, mientras que en las menores de 14 años, hasta las 14 semanas de gestación.

⁵³ DIDES-CASTILLO y FERNÁNDEZ (2018). p. 63.

según datos de 1994. Se suman datos del año 2012 – aunque menos corroborados- que señalan que existen 60.000 abortos clandestinos y en el año 2015 esta cifra alcanzaría a 300.000”. De acuerdo a estos datos es que surge la pregunta, ¿cuál es el fin u objetivo se sanciona el aborto? Puesto que, si la razón de penalizar esta conducta es evitar su realización, esta evidentemente no se estaría cumpliendo. No porque el aborto esté tipificado como delito las mujeres dejan de realizarlos, y el problema es que esto provoca que este procedimiento se realice en un ambiente inseguro para la salud de la persona gestante, la cual incluso podría sufrir la muerte. Sin embargo, la desesperación de evitar una maternidad no deseada es mayor al miedo de los riesgos que conlleva realizarse un aborto de manera clandestina. Entonces, podríamos decir que la legalización de un aborto más libre, aportaría no solo a proteger y promover los derechos reproductivos de las personas gestantes en el sentido de poder decidir libremente si se desea o no tener hijos, sino que además se protegería la integridad de quienes decidan realizarse un aborto, debido que si este está legalizado se podría realizar de manera segura en un centro de salud, con los especialistas e implementos médicos necesarios para un aborto seguro. Es importante tener clara la relación entre el aborto y los derechos reproductivos en el sentido de que, la posibilidad de abortar debería estar protegida para poder decidir libremente si tener o no hijos, puesto que además de que esa libertad es esencial, actualmente no existen métodos anticonceptivos que tengan un 100% de eficacia.

“La penalización total del aborto constituye un grave problema de salud pública, pero fundamentalmente de derechos humanos y de justicia social, pues son las mujeres las afectadas por la legislación punitiva que constituye una forma explícita de discriminación, inequidad, violencia y tortura que la institucionalidad del Estado impone sobre ellas”⁵⁴. La penalización del aborto perpetua la desigualdad entre las personas gestantes, debido a que hoy son las personas con menos recursos las que tienen los mayores obstáculos en la obtención tanto de información sobre salud reproductiva como al acceso a métodos anticonceptivos, siendo, por ende, las personas que más requieren para el correcto ejercicio de sus derechos, la legalización del aborto, para que así este sea seguro para quien decida llevarlo a cabo.

c. Consagración y protección de los derechos sexuales y reproductivos

i. Normativa nacional

En nuestro país actualmente no podemos encontrar una consagración explícita de la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos como tales, pero sí podemos hallar ciertas alusiones a la protección de estos derechos en diversas normas o cuerpos legales, dependiendo, por supuesto, de la

⁵⁴ *Ibídem.*

interpretación que se les dé a los distintos cuerpos legales y normas que existen en nuestro país. Algunas de las cuales ejemplificaré a continuación.

En nuestra Constitución podemos encontrar normas que hacen referencia indirecta a la protección de estos derechos. Por ejemplo, el art. 19 N°1, que hace alusión a la protección del derecho a la integridad física y psíquica, que claramente puede vincularse con la protección de la salud, y por ende, también con la salud sexual y reproductiva.

Por otro lado, a pesar de que el aborto en Chile solo se circunscribe a las 3 causales establecidas en la Ley N° 21.030 que modifica el Código Sanitario, esta sí aporta al desarrollo de la protección de los derechos sexuales y reproductivos; en este caso, de las mujeres o personas gestantes en nuestro país. Esto debido a que, a pesar de la limitación que establece esta ley, como ya se mencionó anteriormente, corresponde a un gran avance en materia de promoción de los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país.

Otra consagración implícita podría considerarse la protección de la maternidad en el trabajo y en los estudios, los cuales se contienen en el Código del Trabajo (arts. 194 y siguientes) y en la Ley N° 20.609 respectivamente. Además, acerca de la protección del trabajo por razones de maternidad, podríamos incluir el art. 19 N°16 inciso tercero de nuestra Constitución, puesto que prohíbe toda discriminación en el ámbito laboral que no se base en la capacidad o idoneidad personal, prohibiendo, por tanto, la discriminación laboral por motivo de la maternidad.

Otra protección de estos derechos podemos observarla en nuestro Código Penal, en lo que sería la tipificación de todos los delitos que se relacionan con la afectación de la sexualidad o reproducción como bienes jurídicos. Estos serían, por ejemplo, los delitos de violación, abuso sexual, acoso sexual, homicidio o femicidio con violación, abortos causados por un tercero sin consentimiento de la mujer embarazada, etc.

La Ley N° 20.418 podría ser quizás la norma que más directamente trata la protección de los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país, puesto que esta fija reglas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, lo que claramente debemos considerar como un avance en el potencial reconocimiento futuro de los derechos sexuales y reproductivos en Chile.

ii. Normativa internacional

En este punto podemos observar tanto consagración explícita como implícita. Esto, debido a que podemos relacionar la libertad y el derecho a la salud con los intereses que protegen los derechos sexuales

y reproductivos. Lo anterior, en virtud de que por ejemplo la salud conlleva un bienestar físico, mental y social, el cual evidentemente debería incluir y, por ende, proteger el bienestar y la salud tanto sexual como reproductiva. Los instrumentos internacionales que podríamos decir amparan implícitamente los intereses protegidos por los derechos sexuales y reproductivos, serían algunos que tratan Derechos Humanos como lo son la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Incluso el Convenio 169 de la OIT en su art. 25.1 expresa que “los gobiernos deberán velar por que se dispongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental”⁵⁵. La última parte de la norma citada podría interpretarse que si haría alusión a los derechos objeto de este trabajo, debido a que se habla del máximo nivel de salud física (interpretación, por ende, debería ser amplia), dentro de la cual claramente deben incluirse la sexualidad y reproducción.

Por otro lado, los que consagran de manera más explícita la protección de estos derechos serían específicamente las convenciones que hacen referencia a los derechos de las mujeres, a pesar de que los derechos sexuales y reproductivos aplican a todas las personas. Estas serían por ende, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), y también la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém Do Pará. Estos dos instrumentos tratan aún de manera escueta la protección de los derechos sexuales y reproductivos, pero si hacen menciones más explícitas a la sexualidad y la reproducción, y la protección que deben tener estas esferas de la vida para las mujeres del mundo, y que así se propenda a la erradicación de la violencia de género.

⁵⁵ Subrayado propio.

CAPÍTULO TERCERO: Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad

a. *Visita conyugal: ¿Beneficio o derecho?*

i. Aspectos preliminares

De manera previa al tratamiento, un poco más extenso, de la institución de las visitas íntimas o conyugales de las personas privadas de libertad dentro de las cárceles, parece pertinente aludir a ciertas cuestiones relativas a la importancia que representa el hecho de asegurar estas instancias para quienes se encuentran en los recintos penitenciarios, ya sea por estar condenados o por estar cumpliendo una medida cautelar de prisión preventiva.

De acuerdo al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto 518), específicamente en su art. 1, se alude a la reinserción social como uno de los fines u objetivos que debe tener la administración penitenciaria ejercida por Gendarmería de Chile. Las medidas cautelares privativas de libertad son y deben ser de *ultima ratio*, por la gravedad de la misma y por los derechos que se le afectan a quienes quedan sujetos a esta medida. La idea de que la reinserción sea uno de los objetivos de la privación de libertad, implica, entre otras cosas, que los vínculos y lazos interpersonales de las personas privadas de libertad sean protegidos y no dificultados mientras dure su encierro de estas. La privación de libertad no debe suponer ni traer consigo la exclusión social y familiar de la persona, debido a que uno de los pilares fundamentales de la reinserción y resocialización luego de salir en libertad, es el mantenimiento de los núcleos sociales y familiares que apoyan a la persona que queda libre. Dichos núcleos pueden estar conformados por diferentes personas: pareja, cónyuge, hijas e hijos, madre, padre, otros familiares, amigos, compañeros de trabajo, etc. Sin embargo, uno de los vínculos más importantes es de la pareja o cónyuge, debido a que se trata de personas muy cercanas y con las que se ejerce la intimidad.

“El término “sexualidad” se refiere a una dimensión fundamental del hecho de ser un ser humano: Basada en el sexo, incluye al género, las identidades de sexo y género, la orientación sexual, el erotismo, la vinculación afectiva y el amor, y la reproducción. Se experimenta o se expresa en forma de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, actividades, prácticas, roles y relaciones. La sexualidad es el resultado de la interacción de factores biológicos, psicológicos, socioeconómicos, culturales, éticos y religiosos o espirituales. Si bien la sexualidad puede abarcar todos estos aspectos, no es necesario que se experimenten ni se expresen todos. Sin embargo, en resumen, la sexualidad se experimenta y se expresa en todo lo que somos, sentimos, pensamos y hacemos”⁵⁶.

⁵⁶ Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. (2000)

Tal como lo expresa la definición citada acerca del concepto de sexualidad, esta misma corresponde a una dimensión fundamental del ser humano, que reúne diversos factores que influyen en ella. Por ende, se podría decir que las visitas íntimas significan la posibilidad de ejercer el derecho de poder seguir manteniendo los vínculos entre la persona privada de libertad y su pareja o cónyuge. Al mismo tiempo, se debe tener en consideración que el objetivo principal o fundamental de las condenas es la reinserción y resocialización de quienes la sufren. De tal forma, uno de los aspectos principales de la reinserción (para que esta funcione) son los vínculos familiares y afectivos, por ende, las visitas íntimas o conyugales deberían ser consideradas como uno de los elementos esenciales para la mantención de vínculos afectivos tan importantes como lo son los que se mantienen entre la persona y su pareja, cónyuge o conviviente. Así, las visitas conyugales tendrían que ser observadas como una forma de reinserción o de facilitar la misma cuando la persona salga en libertad, debido a que, asegurando el acceso a las visitas íntimas, se tendería a proteger el mantenimiento de su relación sexo-afectiva con su pareja o cónyuge.

ii. Regulación nacional

Las visitas íntimas o visitas conyugales deben ser entendidas como las que reciben las personas privadas de libertad, por parte de su cónyuge, conviviente o pareja, en los centros penitenciarios en los que se encuentran las primeras, para mantener intimidad o relaciones sexuales dentro del mismo penal. Estas visitas, con carácter de “especiales” (en contraposición a las visitas ordinarias, las cuales implican la posibilidad de que las y los internos sean visitados por familiares y otras personas, al menos una vez a la semana. art. 49 Decreto 518), están contenidas en el art. 51 del Decreto 518, el cual estipula: “Los Alcaldes podrán autorizar visitas familiares e íntimas, si las condiciones del establecimiento lo permiten, a los internos que no gocen de permisos de salida y que lo hayan solicitado previamente”⁵⁷. De esta forma, además, la misma norma indica, en sus incisos siguientes, que el interno que solicite visitas íntimas deberá acreditar su relación conyugal o afectiva con la persona que desee que lo visite. Asimismo, también se establece la periodicidad de las visitas conyugales, las cuales solo podrán realizarse una vez al mes, con una duración no menor a una hora y no mayor a tres horas.

El art. 54 en su inciso 2do⁵⁸ establece que “las visitas especiales se llevarán a efecto en dependencias especialmente habilitadas”. Conforme a esto y a lo ya mencionado del art. 51, se puede observar que la posibilidad de la visita íntima, al parecer, estaría sujeta a la circunstancia de que el centro penitenciario en que la persona está cumpliendo su condena o medida cautelar cumpla con ciertas

⁵⁷ Decreto 518 - Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

⁵⁸ *Ibidem*.

condiciones que permitan la realización de dichas visitas. Esto quiere decir, por ende, que no todas las personas privadas de libertad tendrían las mismas posibilidades para recibir visitas conyugales.

Sin embargo, la regulación más extendida y rigurosa de las visitas conyugales o íntimas, se contienen en la Resolución Exenta 434 de Gendarmería de Chile, del 5 de febrero de 2007. En este instrumento se define la visita íntima como “aquella que reciben los internos(as) sujetos a la custodia de Gendarmería de Chile, ya sea por parte de su cónyuge, pareja estable o aquella con que mantenga un vínculo emocional o afectivo, por un lapso superior a seis meses, con el propósito que la pareja logre, al interior del establecimiento penitenciario, un contacto de mayor intimidad, que pueda incluir el ejercicio de la sexualidad, dentro de un espacio reservado y digno”⁵⁹.

En la Resol. Ex. 434 se establecen una serie de requisitos que deben cumplir quienes quieran solicitar visitas íntimas de sus parejas. Entre estos se encuentran: interna o interno debe ser mayor de 18 años⁶⁰, debe tener la calidad de condenada(o), contar con buena o muy buena conducta⁶¹ y ser entrevistado por un profesional para acreditar el vínculo del interno y su pareja, y para darles la posibilidad de someterse a exámenes médicos de ETS⁶². Para acreditar el vínculo con la pareja, se exige certificado de matrimonio, certificado de nacimiento de hijas o hijos, o, certificación social emitida por un profesional del área técnica de la respectiva unidad⁶³. Luego, la resolución estipula el procedimiento mediante el cual la persona privada de libertad deberá solicitar el acceso a las visitas íntimas. Además, se establece que el mínimo es que estas visitas sean 1 vez al mes, con una duración no menor a una hora y no mayor a tres, dando espacio a que se realicen una mayor cantidad de veces, ya que este está estipulado como el mínimo. Esta es una contradicción con lo dispuesto en el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios, debido a que esta normativa en su art. 51 consagra que las visitas conyugales “solo” podrán realizarse una vez al mes, estableciendo aquella periodicidad como el máximo al que se puede acceder.

Una de los ámbitos cuestionables que establece la Resol. Ex. 434 es la limitación de las visitas conyugales. El instrumento consagra la posibilidad de suspender estas por los siguientes motivos: (a) A petición de alguna de las partes, (b) Cuando el interno(a) no dé cumplimiento a las exigencias que establece la Resolución, (c) Cuando existan indicios graves que hagan temer por la seguridad del interno(a) o su pareja, y (d) Cuando el interno(a) o su pareja incurran en actuaciones que afecten la finalidad de las visitas reguladas en la Resolución. Esta posibilidad de suspensión, en conjunto con los

⁵⁹ Resolución Ex. 434. Norma 1.- Concepto de Visita Íntima.

⁶⁰ De todas formas se establecen excepciones para menores de 18 años.

⁶¹ En el bimestre anterior a la solicitud.

⁶² Enfermedades de transmisión sexual.

⁶³ Resol. Ex. 434. Norma 4.- Acreditación del vínculo.

diversos requisitos que la resolución estipula para poder acceder, puede ser analizado como una forma en que la dicha normativa deja de observar las visitas conyugales como derechos de las internas, sino que más bien pasa a transformarlas en una especie de beneficio que depende, entre otras cosas, de la buena conducta de la persona privada de libertad, y que por lo tanto, como se verá más adelante, da paso a que la prohibición de estas visitas se utilice como castigo.

De acuerdo a lo anterior, se observa que tendríamos una contradicción entre lo que estipulan el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios⁶⁴ y la Resolución Exenta 434. El primero, trata las visitas conyugales como un derecho, mientras que la segunda, con los requisitos y limitaciones que consagra, trataría estas visitas más como un beneficio al que pueden acceder solo algunas personas privadas de libertad. Esto último iría en contra de los principios de la administración penitenciaria, en el sentido de perseguir el objetivo de la reinserción social de la persona privada de libertad, lo cual, como ya se analizó, se vería obstaculizado con la prohibición o imposibilidad del acceso a las visitas conyugales, debido a que esto además de negar el acceso al ejercicio de la sexualidad como una dimensión fundamental del ser humano, también podría producir un daño en los vínculos afectivos de la persona, dificultando por ende su resocialización y reinserción al salir de la cárcel.

iii. Realidad en las cárceles de mujeres

De acuerdo a Sánchez y Piñol⁶⁵, en la población penal entrevistada en Chile para su análisis, el 55,9% aseguró no haber recibido visitas íntimas en los últimos 6 meses (porcentaje que más o menos se repite en los demás países analizados). Siendo así, menos de la mitad de la población penitenciaria es la que accedió a este tipo de visitas. Además, sobre las razones para no tener visitas íntimas, en Chile las que más se aducen son: infraestructura inadecuada del recinto penal, negación del permiso de visita o no poder costear los gastos asociados. Además, el estudio muestra datos acerca de la utilización de la prohibición de visitas como método de castigo. De los 6 países, Chile es el que declara mayor porcentaje de población penal que denuncia esta medida sancionatoria (38,3%), siendo un 56,3% mujeres. De esta forma, los autores concluyen que “si bien en Chile se observa un alto flujo de visitas de familiares a los internos, el trato dado a las visitas y los altos costos para acudir a ellas es un obstáculo de importancia para mantener los vínculos con los familiares. Por otra parte, el uso de la prohibición de visitas como medida disciplinaria, resulta grave en especial en el caso de la población femenina, por afectar no solo

⁶⁴ Decreto 518.

⁶⁵ SÁNCHEZ y PIÑOL (2015). p. 31.

su proceso de reinserción, sino, potencialmente, también al desarrollo de los hijos e hijas de dichas mujeres”⁶⁶.

Las dependencias para que las y los internos reciban visitas íntimas son de gran importancia para que se respete la privacidad y dignidad de las parejas que allí deben interactuar de manera íntima. De acuerdo con los informes del Instituto Nacional de Derechos Humanos⁶⁷, se puede observar en el primer informe que 4 de las 36 cárceles no cuentan con habitaciones para las visitas íntimas. Mientras que en el segundo informe se señala que 3 de los 44 recintos no cuentan con dependencias para visitas íntimas. Sin embargo, las observaciones en terreno delatan que son más los recintos que no disponen de estas habitaciones, y otros que si las tienen, pero las mismas no se encuentran disponibles por diferentes razones. Una deficiencia adicional acerca del acceso a las visitas íntimas en las cárceles es que, si bien existen requisitos comunes a todos los recintos penitenciarios, hay otros que deliberadamente agregan exigencias adicionales, las cuales evidentemente dificultan el ejercer las visitas íntimas como derecho de toda persona privada de libertad, convirtiendo el mismo más bien en un beneficio. Algunas de las limitaciones son, por ejemplo, que se requiere autorización del tribunal, que no se permite a personas imputadas o que se les pone más obstáculos a estas para acceder a este tipo de visitas.

En un reportaje realizado por Catalina Echeverría⁶⁸, Patricia Lagos, una mujer que ha cumplido condena en tres penales distintos, relata que jamás recibió visitas íntimas, sin embargo ella sí fue a realizar este tipo de visitas a su marido Orlando, cuando este cumplió sus condenas en diferentes centros penitenciarios. Además, la mujer entrevistada narra que en ocasiones cuando visitó a su marido en el CCP de San Antonio, la visita conyugal se llevó a cabo debajo de una mesa cubierta con un mantel largo, lo que evidentemente hace que la visita carezca de toda intimidad y dignidad, que merece cualquier ser humano. El reportaje además hace alusión a que la prohibición de la visita conyugal se utiliza como castigo, pero además esta se realiza con especial hincapié y frecuencia en la población penal femenina. Se alude a que el 2014, el 63.3% de la población penal masculina sufrió la prohibición de visitas como castigo, mientras que en la población penal femenina se llegó al 83,4% en la utilización de esta forma de sanción. Esto claramente revela una desigualdad de género en la aplicación de esta prohibición del derecho a visitas. Sin embargo, cabe remarcar que es, por decirlo menos, cuestionable la utilización de la prohibición de visitas conyugales como un castigo, puesto que estas debieran ser consideradas como un derecho y no como un beneficio. Esta situación está en contra de lo dispuesto en la Regla 58.2 de las Reglas de las Naciones Unidas del tratamiento de los reclusos, o Reglas Mandela. Esta norma

⁶⁶ SÁNCHEZ y PIÑOL (2015). p. 32.

⁶⁷ INDH (2018) e INDH (2019).

⁶⁸ ECHEVERRÍA C. (2021).

internacional establece las visitas conyugales como un derecho que debe ser igualitario tanto para reclusas como para reclusos.

Por lo tanto, se observa que la realidad de las visitas íntimas además de ser distinta a lo que debería ser normativamente, es especialmente discriminatoria para la población penal femenina. Esto debido a que, ya que se produce la contradicción entre el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y la Resol. Ex. 434 (entre la visita como derecho vs como beneficio), finalmente la aplicación de las visitas conyugales dentro de las cárceles queda a criterio de la administración penitenciaria de cada penal, por lo que no existe una igualdad entre la población penal total ni entre la femenina y masculina.

b. Acceso a productos higiénicos y de aseo personal

Lamentablemente, en la actualidad, a falta de información estatal, una de las formas de conocer la realidad en las cárceles de mujeres en Chile, es mediante la información difundida y el trabajo realizado por diferentes fundaciones u ONGs que realizan labores específicamente en ayuda de la población penal femenina. No existe demasiada información brindada por Gendarmería de Chile, además de la normativa o regulación aplicable a las internas.

Algunas de las fundaciones en Chile que enfocan su trabajo en las personas privadas de libertad son: LEASUR y Red de Acción Carcelaria. La primera es una ONG que trabaja en la visibilización de las condiciones carcelarias, además aportando en la promoción, transformación y/o creación de políticas públicas (participan asesorando los procesos legislativos), entre otras cosas. La segunda es una fundación que específicamente se enfoca en apoyar a las mujeres privadas de libertad, visibilizando su realidad carcelaria y las consecuencias que la prisión produce a ellas y a sus familias. En específico, Red de Acción Carcelaria, se ha involucrado en un grave problema relacionado con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad en Chile: el acceso a productos higiénicos (toallitas higiénicas para la menstruación).

En nuestro país, las mujeres privadas de su libertad, ya sea lo estén por motivo de una condena judicial o de la medida cautelar de prisión preventiva, lamentablemente no tienen acceso de manera gratuita ni permanente a productos higiénicos y de aseo personal. La fundación Red de Acción Carcelaria, entre sus diversos trabajos, tienen integrada la posibilidad de realizar la donación de “kits menstruales”. Con las donaciones de las y los socios de la fundación, se logran entregar kits con artículos higiénicos para las internas de centros penitenciarios que no cuentan con acceso a productos de salud menstrual, ya sea por no tener los medios económicos para costearlos, porque no tienen familiares que se los lleven a los centros penitenciarios, o simplemente porque a pesar de que en el penal cuentan con

algunos de estos productos, los mismos no alcanzan para todas las internas (Gendarmería de Chile no los entrega, pero a veces las internas comparten los insumos que sus familias les envían).

Esta situación cobra relevancia en lo relativo a la higiene y salubridad dentro de las cárceles. Esto, debido a que la falta de toallas higiénicas o tampones podrían llevar a una mujer a “sobre-utilizar” un mismo producto por mucho tiempo, por no tener la posibilidad de utilizar uno nuevo, lo que claramente pondría en riesgo la salud de la persona, por el peligro de sufrir alguna infección grave.

Otro ámbito relevante en el acceso a productos de higiene menstrual es la dignidad. Esto debido a que no debemos olvidar que las internas deben ser tratadas con la misma dignidad que cualquier otro ser humano. Y el hecho de no tener acceso a algo tan básico como lo son los artículos menstruales (que toda mujer necesita todos los meses del año), es una situación que vulnera su dignidad como persona por ejemplo en el hecho de que alguna interna deba recurrir a armar productos caseros para su higiene menstrual o derechamente a no usar, por no tener ninguno a su disposición, y manchar su ropa con sangre por el tiempo que dure su menstruación.

c. Condiciones carcelarias en Chile

Es imprescindible tener en consideración las condiciones carcelarias existentes en Chile para, de esta forma, poder analizar la realidad que viven las personas privadas de libertad y el cómo pueden verse afectados sus diferentes derechos. Además, cabe tener presente que, a pesar de que muchas cuestiones poseen cierta regulación de funcionamiento dentro de los centros penitenciarios, aquello no siempre se condice con lo que en la realidad sucede dentro de los mismos penales. El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) es una de las instituciones que realiza informes sobre las verdaderas condiciones carcelarias a las que se enfrentan las personas privadas de su libertad. Específicamente, en este trabajo me enfocaré en los informes de 2018 y 2019. El primero de los informes, se observaron 36 centros penales repartidos dentro de 10 regiones de nuestro país (regiones: I, II, III, IV, VII, X, XI, XII, XIV y XV), mientras que el informe de 2019 observó 44 cárceles de 6 regiones, diferentes a las ya visitadas para el informe anterior de 2018 (regiones: RM, V, VI, VIII, IX y XVI). Específicamente, haré referencia a condiciones carcelarias que se relacionen de alguna forma con una posible afectación los derechos sexuales y reproductivos de las personas privadas de libertad en Chile.

En el informe de 2018 sobre condiciones carcelarias en Chile⁶⁹, se hace mención, entre otras cuestiones de especial relevancia, al acceso al agua. El acceso al agua dentro de los centros de privación de libertad (ya sean centros penitenciarios o centros de detención preventiva) es una cuestión esencial en

⁶⁹ INDH (2018). pp. 95-98.

relación con los derechos humanos y específicamente al derecho a la salud de las y los internos. En el referido informe del INDH, de los 36 centros a los que se les examinó su acceso al agua y baño las 24 horas del día, solo 13 se encontraban con acceso a los mismos. Esto quiere decir que tan solo estamos hablando de cerca de un 36%, por ende, ni siquiera la mitad de los centros de privación de libertad observados por el organismo cuentan con acceso a agua potable todo el día, lo que claramente constituye una vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, en especial, en relación con su derecho a la salud, debido a que la falta de agua constituye un grave riesgo para la higiene y salubridad a la que tienen derecho a acceder los internos. En el mismo informe realizado el 2019⁷⁰, se observaron los centros con acceso a agua en horas de encierro y desencierro. En los centros analizados en este estudio (44), solo 24 establecimientos tienen acceso a agua potable de manera constante. En el mismo estudio de 2019 se alude al acceso a servicios higiénicos (baños), y en específico al problema de que en la mayoría de las cárceles los baños se encuentran al exterior de las celdas, por ende, durante las horas de encierro, las y los internos se ven obligados pedir permiso a los gendarmes para ir al baño, pero la mayoría de las veces se ven forzados a hacer sus necesidades biológicas dentro de las mismas celdas en baldes, bolsas o recipientes. En 23 de las 44 cárceles observadas, no existe acceso para todas las personas privadas de libertad a servicios higiénicos. Especialmente grave es el caso del Centro Penitenciario Rancagua, en el cual, solo el módulo de las mujeres condenadas no cuenta con acceso libre a baño durante las horas de encierro.

Respecto al acceso a agua caliente, el informe de 2018 reporta que solo 7 recintos (de los 36) cuentan con agua caliente para todos los módulos y secciones. En el de 2019, se observó que solo 4 de los 44 centros penitenciarios cumplen con la condición de acceso a agua caliente para toda la población penal del recinto en cuestión.

Otra cuestión de especial relevancia es la higiene y salubridad en las cárceles. Ambos informes hacen alusión a una deficiencia que en general se observó en este ámbito. En los estudios se hace referencia a la existencia plagas en los penales, como ratones, chinches, cucarachas y pulgas. Además, en muchas de las celdas no existe ventilación, por lo que se observaron signos de humedad en las paredes de las mismas. Otras expresiones de las malas condiciones de salubridad son: “agua esparcida, hongos, basura acumulada, suciedad, alimentos en estado en descomposición y plagas”⁷¹.

Respecto al acceso a medicamentos, la mayoría de la población penal expresa que existe una insuficiencia de medicamentos proporcionados por las enfermerías de los centros penitenciarios. Además, denuncian que no existe variedad de medicamentos para las distintas patologías que se

⁷⁰ INDH (2019). p. 104-106.

⁷¹ INDH (2019). p. 119.

presentan en la población penal. De hecho, se alude a que la única medicina que se les proporciona es el paracetamol. En el informe de 2019, se observó específicamente el ámbito de la atención ginecológica y el acceso a anticonceptivos. De los penales que el informe observó (44), 15 son unidades penales con población penal femenina. En todos “se menciona expresamente desde la enfermería del establecimiento la posibilidad de acceso a medicamentos y a atención ginecológica”⁷². Sin embargo, los testimonios de las mismas mujeres privadas de libertad dan cuenta de una falta de acceso a estos medicamentos y atenciones. Incluso, en el caso del CDP Villarrica y CPF Temuco, se menciona la grave realidad de que la atención ginecológica brindada en los centros, se realizan en presencia de un o una gendarme, lo que claramente es una grave vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, en relación a la privacidad en la atención ginecológica de las mujeres privadas de libertad.

Estos ámbitos analizados de los dos informes del INDH, revelan una deficiencia en los mismos dentro de los centros penitenciarios. Además, aparentemente la situación se agrava en el caso de los centros penitenciarios femeninos o en las secciones o módulos femeninos de las cárceles.

d. Jurisprudencia

i. Caso Lorenza Cayuhan y Sayén Nahuelán Cayuhan

a) Hechos del caso

Lorenza Cayuhán Llebul es una mujer mapuche, que en el 2016 se encontraba privada de su libertad por haber estado cumpliendo una condena de 5 años y 61 días de prisión, por el delito de robo, en el Centro de Detención Preventiva de Arauco. En octubre de 2016 Lorenza ya se encontraba llevando un embarazo bastante avanzado. Es por esa fecha que ella comienza a presentar malestares relacionados con su estado gestacional. Incluso la misma mujer denuncia que ella expresó por cerca de 15 días su malestar físico, antes de que Gendarmería procediera a llevarla al hospital⁷³. Desde el momento en que se da inicio a su traslado, en primera instancia al Hospital Regional de Concepción, se le mantiene siempre engrillada de pies y manos, a pesar de su condición de urgencia médica. En este hospital se le indica que su estado es grave, pero que en aquel establecimiento de salud no había espacio para atenderla e intervenirla quirúrgicamente con una cesárea de emergencia (no disponían de suficientes camas), por ende, se le traslada a la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán⁷⁴ (en todo momento los gendarmes que la custodian la mantienen engrillada).

⁷² INDH (2019). p. 155.

⁷³ QUIROGA (2019).

⁷⁴ De acuerdo al relato de los hechos realizado en el escrito del Recurso de Amparo constitucional presentado en favor de Lorenza Cayuhán.

Cuando Lorenza se encuentra en la Clínica, se le informa que su diagnóstico es de preeclampsia⁷⁵, la cual es de carácter grave y, por ende, debe ser sometida a una cesárea de urgencia. Cabe recalcar que desde que ella sale del Centro de Detención Preventiva de Arauco se le mantiene engrillada por parte de Gendarmería, y además es custodiada de forma permanente por un gendarme de sexo masculino que está presente en todo momento, incluso cuando la Srta. Cayuhán se cambia de su ropa a una bata clínica, cuando se le examina ginecológicamente y cuando se le realiza la cesárea de emergencia. Además, cuando Lorenza se encontraba en recuperación por la intervención quirúrgica a la que había tenido que ser sometida, seguía siendo custodiada por dos gendarmes al interior de su habitación, siendo uno de ellos de sexo masculino.

Conforme a los hechos descritos cabe recalcar que no solo se trataba de una mujer privada de libertad, sino que además de una mujer perteneciente a una comunidad mapuche, por ende Lorenza se encontraba en una situación de especial vulnerabilidad frente al acceso a la justicia; por su género, pertenencia a una comunidad indígena y privación de libertad. Condiciones de vulnerabilidad que están claramente contenidas en la sección 2ª del Capítulo 1º de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

b) Recurso de amparo

Ante los graves hechos ya descritos, la defensoría penal pública interpone una acción de amparo constitucional (art. 21, CPR), en virtud de la ocurrencia de una privación, perturbación o amenaza en el derecho a la libertad personal y seguridad individual (art. 19 n°7, CPR). Algunos de los fundamentos de derecho alegados en la acción constitucional fueron los siguientes:

Se alude a que los arts. 1 y 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, expresan que la función de Gendarmería es atender, vigilar y contribuir a la reinserción de las personas, y que deben otorgar a las personas privadas de libertad un trato digno, siendo sancionado cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad.

Acerca del DS 518, que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, se citan los arts. 1, 2, 6 y 19, que hacen referencia a que el fin primordial de la actividad penitenciaria es la atención, custodia y asistencia de quienes están privados de libertad, quienes además poseen una condición jurídica idéntica a la de los ciudadanos libres (sin contar los derechos perdidos por su privación de libertad) y

⁷⁵ “La preeclampsia es una complicación del embarazo. Es posible que, a causa de la preeclampsia, tengas presión arterial alta, niveles altos de proteína en la orina que indiquen daño renal (proteinuria) u otros signos de daño en los órganos (...) Si no se trata, la preeclampsia puede generar complicaciones graves, incluso mortales, tanto para la madre como para el bebé”. <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/preeclampsia/symptoms-causes/syc-20355745>

también que ninguno será sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes (de palabra u obra). Por último igualmente se expresa que normativamente se establece que en los CPF (Centros Penitenciarios Femeninos) existirán espacios acondicionados adecuadamente para el cuidado tratamiento pre y post natal.

Algunas de las normativas internacionales a las que se aluden en el escrito del recurso de amparo son: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, las Reglas Mandela o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para tratamientos de los reclusos, las Reglas de Bangkok y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Cabe tener en consideración que además el H. Senador Alejandro Navarro Brain presentó un recurso de amparo en favor de la hija recién nacida de Lorenza, Sayén Ignacia Nahuelán Cyuhán, debido que se pretendía separar a madre e hija luego del parto y recuperación post-operatoria, enviando solo a la primera de vuelta al centro penitenciario, a seguir dando cumplimiento a su condena.

c) Sentencia de primera instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción

La Corte de Apelaciones de Concepción expresó “**1.** - Que el recurso de amparo es una acción de rango constitucional para tutelar la libertad personal y la seguridad individual de toda persona humana, que esté o se halle amenazada de ser arrestada, detenida o presa, o que sufra, o pueda sufrir, cualquier otra privación, perturbación o amenaza de esa libertad o seguridad con infracción de lo estatuido en la Constitución y las leyes. **2.** - Que respecto del recurso de amparo rol 330-2016 deducido por la abogada Defensora Penal Pública Penitenciaria Pía Campos Campos en favor de la interna Lorenza Cayuhán Llebul, cabe decir que la presente acción perdió oportunidad⁷⁶, toda vez que no existe la afectación actual que denuncia la abogada recurrente, sobre colocación de grilletes a la amparada antes, durante y después del parto, por haber transcurrido la situación de hecho descrita en el libelo principal, aparte de no estar acreditado su fundamento, un actuar ilegal o arbitrario de Gendarmería que atente contra la libertad o seguridad personal de la madre, no debiendo olvidarse que la amparada se halla recluida en un penal a causa de una sentencia dictada por tribunal competente, sindicándola autora de una receptación y de un robo con intimidación.”⁷⁷

Por ende, el tribunal de alzada decidió rechazar tanto el recurso de amparo presentado en favor de Lorenza Cayuhán, como también el recurso presentado en favor de su hija, Sayén Nahuelán Cayuhán.

⁷⁶ Subrayado propio.

⁷⁷ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 330-2016.

Esto debido a que estimó que no existía, en aquel momento, un hecho que constituyera claramente una privación, perturbación o amenaza al derecho a la libertad personal o seguridad individual.

Sin embargo, el ministro Manuel Muñoz Astudillo, a pesar de igualmente concurrir al rechazo del recurso, tuvo presente algunos razonamientos en los que expresa que las acciones de gendarmería en contra de Lorenza, constituyen actos ilegales y desproporcionados que pueden ser catalogados de tortura, que afectaron tanto la dignidad como salud de Lorenza, expresando que ninguno de los hechos que acaecieron justifican el engrillamiento y falta de recato por parte de Gendarmería de Chile.

d) Sentencia de segunda instancia dictada por la Corte Suprema

En primer lugar, se debe tener en consideración que se apela a la sentencia solo en cuanto al caso de Lorenza Cayuhán, no es recurrida la sentencia que desestimó el recurso de amparo en favor de su hija Sayén, por ende la Corte Suprema solo se refiere a este primer recurso, y no al de la recién nacida.

La sentencia⁷⁸ indica en su considerando tercero “3º) Que, la libertad personal es entendida como la libertad física de la persona y como la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella. Por su parte, la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger ese derecho, a la libertad personal, de los abusos de poder y de las arbitrariedades”. La Corte además estima que si bien la responsabilidad administrativa de los funcionarios de Gendarmería involucrados debe ser analizada y definida mediante un sumario administrativo, aquello no excluye que el tribunal pueda adoptar las medidas necesarias para resguardar los derechos de la recurrente, en caso de que estos se encuentren en peligro o vulnerados.

El Excelentísimo tribunal expresa que, en virtud de los diversos informes y relatos de los hechos, debido a su estado de riesgo vital a raíz del diagnóstico de preeclamsia, resultaba innecesaria la presencia de gendarmes en las salas y pabellones en los que fue atendida e intervenida Lorenza, puesto que constituiría una situación de presión y hostigamiento. El actuar de los agentes estatales, por ende, se realizó en contravención de normativa tanto nacional como internacional, como de: arts. 1 y 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, los arts. 1, 2 y 6 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en relación con el art. 10 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (considerando el art. 5 de nuestra Carta Fundamental). Se señala que estas normas configurarían el marco normativo de la situación jurídica de las personas

⁷⁸ Sentencia Corte Suprema Rol N° 92795-16.

privadas de libertad en Chile, siendo la dignidad humana un principio básico de la relación entre Gendarmería y las y los internos.

Además, se hace especial hincapié en las Reglas Mandela (o reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos), en específico en las numero 47, 48 y 49, las cuales hacen referencia, entre otras cosas, a la prohibición de usar grilletes como instrumentos de coerción física, a los principios que deben seguirse en caso de que esté autorizada la utilización de algún instrumento de coerción y las técnicas de control que la administración penitenciaria debe seguir para evitar la utilización de estos instrumentos o reducir su carácter invasivo.

Se establece que “no resultaba admisible en el caso de marras el uso de grilletes en contra de la amparada, atendido que su traslado de urgencia desde la unidad penal a los distintos recintos de salud a que fue conducida, obedeció a su estado de gravidez y a la inminencia de un parto complejo desde el punto de vista médico, constituyendo el uso de grilletes una forma de represión y sujeción, y por ende, de coerción, que resultaba improcedente por la específica norma citada”⁷⁹. La norma citada hace referencia a la sección 2) de la Regla 48 de las Reglas Mandela, la cual establece “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 periodo inmediatamente posterior”.

En la sentencia además se hace mención a cómo el instructivo contenido en el Oficio N° 202/2015 de Gendarmería (sobre Servicios Hospitalarios y Salidas al Exterior), va en contra de lo establecido por las Reglas Mandela, debido a que deja a discreción de los funcionarios el uso de medidas de coerción, siendo que la normativa internacional derechamente lo prohíbe, “sin necesidad de requerimiento del médico tratante en los momentos anteriores, durante y posteriores al parto”⁸⁰.

En su considerando 14°, la Corte establece que los hechos constituyeron un acto de discriminación por la condición de mujer de Lorenza, debido a que los agentes del Estado desconocieron el género como condición de vulnerabilidad y, por ende, de la necesidad de especial protección, más aun teniendo en consideración que se trataba de una mujer perteneciente a una comunidad indígena privada de su libertad. Sobre esto último, en el considerando 15° se manifiesta que “es posible constatar indicios que permiten tener por acreditado que el maltrato recibido por la amparada también encuentra explicación en su pertenencia a una comunidad mapuche, lo que refuerza el origen discriminatorio de las actuaciones de Gendarmería”. De esta forma de alude a que, por el hecho de que Lorenza perteneciera a una comunidad indígena (mapuche), los agentes estatales tuvieron un trato más exigente o

⁷⁹ Sentencia Corte Suprema Rol N° 92795-16. p. 8.

⁸⁰ Sentencia Corte Suprema Rol N° 92795-16. p. 10.

desproporcionado que si se hubiera tratado de cualquier otra interna del centro penitenciario (considerando que su condena era por delito comunes como robo y receptación). Además, no se justifica la coerción a la que fue sometida, siendo que estaba con embarazo avanzado y en estado de urgencia médica, por lo que las posibilidades de que agrediera a un tercero o intentara escapar, eran muy escasas, o casi nulas.

Es por lo anterior que la sentencia cataloga los hechos como una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación, ya que se observó la confluencia de diversos factores o condiciones de vulnerabilidad: genero, estado de embarazo y en trabajo de parto, privación de libertad y pertenencia a una comunidad mapuche. Estos factores terminan afectando negativamente a la amparada, debido a que el estado, en lugar de brindarle especial protección, vulnera sus derechos de manera desproporcionada.

En vista de los puntos ya mencionados es que se puso en riesgo de manera innecesaria la salud de Lorenza y su hija, “todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia. Estas reglas, han advertido que la convergencia de múltiples formas de discriminación aumenta el riesgo de que algunas mujeres sean víctimas de discriminación compuesta, por lo cual la entidad recurrida, Gendarmería de Chile, **afectó la seguridad personal de la amparada**⁸¹ durante la privación de libertad que sufría con motivo del cumplimiento de penas impuestas y su dignidad como persona, en contravención a la Constitución Política y las leyes (...)”⁸². Por tanto, la Corte Suprema revoca la sentencia apelada emanada de la Corte de Apelaciones de Concepción (solo en cuanto rechazó el recurso de amparo interpuesto en favor de Lorenza Cayuhán), acogiendo, en su lugar, el recurso constitucional de amparo presentado. Al mismo tiempo, se decretaron las siguientes medidas:

- “1. La custodia de la amparada y las medidas de seguridad que adopten por Gendarmería durante los traslados de aquella a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.
- 2. Durante dichos traslados, así como durante su permanencia en dichos recintos, su custodia directa deberá ser ejercida exclusivamente por personal femenino de Gendarmería de Chile.
- 3. Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar sus protocolos de actuación en materia de traslado a hospitales externos, conforme a la normativa internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, embarazadas o con hijos lactantes, así como aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.

⁸¹ Ennegrecido propio.

⁸² Sentencia Corte Suprema Rol N° 92795-16. p. 15.

- 4. Gendarmería de Chile deberá remitir copia de los resultados del sumario administrativo que lleva adelante con motivo de estos hechos a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, dentro de un plazo no superior a 30 días, además de informar a dicho tribunal sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de los tres puntos precedentes.”

Para dar cumplimiento al fallo, Gendarmería de Chile dicta el 30 de diciembre de 2016, la Resolución Exenta N° 11354 (Salida y custodia de mujeres embarazadas), que modifica la Resolución Exenta N°10182 de 2014, sobre los procedimientos de salida y custodia de mujeres embarazadas privadas de libertad por parte de Gendarmería de Chile.

Los y las gendarmes involucrados en el caso de Lorenza fueron sometidos a un sumario administrativo para determinar su responsabilidad funcionaria en los hechos. Dicho sumario concluyó con la sanción de suspensión de funciones de los agentes estatales por tres meses. Además, se realizó un juicio a los gendarmes, los cuales fueron acusados por el Ministerio Público de vejaciones injustas en contra de Lorenza Cayuhán. El proceso penal terminó por la vía de un juicio simplificado luego de un acuerdo con Fiscalía, en el que se acordó el pago de 2 UTM a Lorenza y una reducción en el sueldo de las y los gendarmes involucrados.

e) *Ley Sayén*

El proyecto de ley de “Ley Sayén” es uno que surge a raíz, especialmente, del caso de Lorenza y su hija Sayén, cuyo nombre inspira el nombre del proyecto de ley mismo. Pero la problemática que plantea tratar de resolver el proyecto tiene antecedentes mucho más amplios que el caso mismo que impulsó su inicio. Cabe mencionar que aún se trata de un proyecto que, a pesar de ingresar hace casi 6 años, sigue en tramitación. En la actualidad⁸³, se encuentra en el Senado en su primer trámite constitucional, en específico, en el segundo informe de la comisión de Seguridad Pública.

El proyecto de ley⁸⁴ fue iniciado mediante una moción de dos Senadores (Navarro y Quintana), en el 2017⁸⁵. Entre los antecedentes del proyecto, que pasaré a explicar enseguida, se encuentra el hecho de un constante aumento de la población penal femenina desde la publicación y aplicación de la Ley 20.000, debido a que muchas mujeres comenzaron a ser condenadas y encarceladas por delitos de

⁸³ Noviembre de 2022.

⁸⁴ Boletín 11.073-07. Modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años.

⁸⁵ Concretamente, la fecha de ingreso del proyecto es el 7 enero de 2017.

microtráfico. El aumento de la población penal femenina, hizo surgir, de manera más evidente, la problemática de qué sucedía con las internas embarazadas, en periodo de lactancia o con hijos pequeños.

En el proyecto se hace alusión a la afectación en el desarrollo⁸⁶ que sufren los niños y niñas, durante sus primeros años de vida, que se ven forzados a vivir tras las rejas para poder estar con sus madres condenadas. Incluso en el texto se hace referencia que esto se trataría de una extensión de la condena, puesto que la misma termina no solo afectando los derechos de la condenada, por el delito que cometió, sino que también de sus hijos o hijas que ven alterado su desarrollo temprano por tener que estar en la cárcel con sus madres. Por esto es que el proyecto de ley plantea el deber de reflexionar acerca de medidas alternativas a la prisión (como condena o como medida cautelar) para mujeres embarazadas o con hijos pequeños.

Por lo anterior, se debe tomar en consideración que el sistema penitenciario debe estar configurado de manera diferenciada en cuanto al género de los y las internas. Los centros penitenciarios femeninos deben estar acondicionados de manera distinta a los masculinos, debido que hombres y mujeres tienen necesidades diversas. La cárcel tiene un impacto diferenciado en las mujeres en especial, como ya fue tratado al inicio de este trabajo, en la sección acerca de la doble condena que sufren las mujeres privadas de libertad, una judicial y otra social.

Lo que propone el proyecto de la Ley Sayén, es una modificación al Código Procesal Penal, que se traduce en agregar una letra d) al art. 141⁸⁷ sobre casos en que será improcedente la declaración de la medida cautelar de prisión preventiva, y agregar un nuevo artículo, el art. 468 bis⁸⁸, esta nueva norma introduciría una nueva figura procesal penal, la suspensión de la condena para el caso de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de 3 años. Esto último significaría que el cumplimiento de la pena privativa de libertad quedaría “en pausa” hasta que los hijos de la mujer cumplan 3 años de vida.

⁸⁶ Boletín 11.073-07. Pág. 2 del proyecto ingresado.

⁸⁷ “d) Cuando la imputada se encontrare embarazada o tenga un hijo o hija menor de tres años de edad.”

⁸⁸ “**Suspensión de la ejecución de la sentencia penal.** Cuando se tratare de una mujer embarazada o madre de un hijo o hija menor de tres años al momento de la sentencia condenatoria, su cumplimiento se diferirá hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad.

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

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

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

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

ii. Caso “D”

“D”⁸⁹, para proteger su identidad⁹⁰, es una joven que el 7 de abril de 2022, con 19 años, mientras se encontraba privada de su libertad en el Centro de Internación Provisoria y de Régimen Cerrado de Cholchol, comenzó a presentar síntomas graves relacionados con su embarazo. Gendarmería procede a trasladarla en uno de sus carros institucionales, engrillada de pies y manos. A los diferentes centros de salud a los que fue llevada y en los diversos procedimientos que se le practicaron, siempre la joven permaneció engrillada de pies y manos, siento esto por más de 5 horas, lo cual lamentablemente culminó en que “D” sufriera un aborto espontáneo, perdiendo, por ende, su embarazo.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) presentó un recurso de amparo en favor de la joven. El escrito prácticamente alega los mismos fundamentos de derecho que el recurso que fue presentado en favor de Lorenza. La Corte de Apelaciones de Temuco, acoge el recurso de amparo. En su considerando octavo⁹¹, el Ilustrísimo tribunal establece que existió un acto de discriminación por la condición de mujer de la joven, vulnerando, por ende, los derechos garantizados en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (o Convención Belem Do Para). El tribunal además aclara que no es impedimento para acoger el recurso, el hecho de que las circunstancias que dieron origen al recurso, ya hayan dejado de existir de manera actual o presente, debido a que la acción de amparo busca reestablecer el imperio del derecho, “lo que comprende la precisión del sentido de los derechos fundamentales, su respeto, el de las garantías que los protegen y la eventual corrección funcionaria”⁹². Las medidas ordenadas por la Corte de Apelaciones de Temuco, fueron las siguientes:

- “1. Que, las medidas de seguridad que en el futuro se adopten por Gendarmería durante los traslados de la amparada a algún recinto asistencial de salud se efectuarán dando estricto cumplimiento a lo previsto en las Reglas 47, 48 y 49 de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas.
- 2. Que, se deberá otorgar atención psiquiátrica y/o psicológica a la amparada, por la institución a cargo de esta para lo cual se oficiará a SENAME en cuanto institución a cargo del CIP CRC de Chol Chol.

⁸⁹ Iniciales T.D.Z.A.

⁹⁰ Se protege su identidad por el hecho de que, a pesar de tener 19 años y ser mayor de edad, su privación de libertad deriva de una sanción a raíz de un hecho que cometió como adolescente. Por esa razón también se encuentra cumpliendo su condena en un Centro de Internación Provisoria, y no en un centro penitenciario de adultos.

⁹¹ Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 171-2022. Pág. 31.

⁹² *Ibidem*.

- 3. Gendarmería de Chile deberá revisar y adecuar, de ser necesario, sus protocolos de actuación en materia de traslado a centros de salud externos, conforme a la normativa Internacional suscrita por Chile relativa a mujeres privadas de libertad, así como a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.
 - 4. Gendarmería de Chile deberá disponer la instrucción de investigaciones y/o sumarios internos respectivos, que permitan aclarare los hechos y definir las responsabilidades administrativas que procedan, y en particular aclarar la discordancia de criterios producidas con SENAME en relación al conocimiento del embarazo afectaba a la amparada, debiendo informar los resultados de la mismos a esta Iltma Corte en el plazo de 60 días hábiles.”
- e. Posible solución jurídica para casos en que se vean afectados los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad en Chile ¿Qué vías judiciales se pueden invocar?*

Primero cabe aclarar que, con el concepto de “solución jurídica”, más bien me refiero a la protección que, judicial o jurídicamente, se les puede otorgar a las mujeres privadas de libertad en Chile con respecto a sus derechos sexuales y reproductivos. Es decir, formas o acciones judiciales que ayuden a que estos derechos, en específico, no continúen siendo vulnerados para las mujeres que se encuentran en las cárceles de Chile.

Teniendo en consideración que las afectadas son mujeres privadas de libertad, y, además, en observancia de la jurisprudencia aludida y analizada en el presente trabajo, la vía judicial óptima para proteger a las mujeres privadas de libertad y la afectación de sus derechos sexuales y reproductivos sería el recurso o acción constitucional de amparo. Pero ¿por qué esta acción? Debemos tener en consideración que el recurso o acción de amparo resultaría la vía judicial (más rápida) que protege los derechos contenidos en el art. 19 N° 7 (protección de la libertad personal y seguridad individual), ya que, por ejemplo, para el recurso de protección, no están considerados estos derechos (art. 19 N° 7) en el catálogo de garantías susceptibles de ser protegidas por este otro recurso. También, cabe tomar en cuenta que es la acción de amparo la que, en su naturaleza, funciona como una forma de protección las personas privadas de su libertad, esto debido a las garantías constitucionales que pretende proteger. Si se trataran de proteger los derechos sexuales y reproductivos, por ejemplo con una demanda de carácter civil por responsabilidad extracontractual, primero, sería complejo probar un daño causado por la acción estatal, en especial, por la falta de normativa interna que garantice y proteja los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país, y además, sería infructuoso por la gran extensión temporal que toman este tipo de acciones.

Esta acción se encuentra consagrada en nuestra constitución en su art. 21, y específicamente sería aplicable el inciso 3ero de esta norma, debido a que no se trataría de personas privadas de su libertad de manera ilegal, sino que la ilegalidad recaería en la perturbación, amenaza o privación del derecho a la libertad personal y seguridad individual, por ende también se relaciona con el art. 19 N°7, del mismo cuerpo legal. En general, debería aludirse a la afectación de la seguridad individual por parte del Estado (Gendarmería de Chile en este caso), debido a que es este el que tiene ciertas obligaciones con las mujeres privadas de libertad, en específico en lo relacionado con la protección de su integridad física y psíquica. Así, el sujeto activo sería la mujer privada de su libertad y el sujeto pasivo Gendarmería de Chile, por la afectación (perturbación, privación o amenaza) de los derechos de libertad personal y seguridad individual, relacionando este último con el bienestar físico y psíquico.

De esta forma, la protección de la seguridad individual, significaría la protección de la integridad física y psíquica de las mujeres privadas de libertad, por lo que la protección de los derechos sexuales y reproductivos se enmarcarían dentro de la integridad física. Como ya se analizó anteriormente, estos derechos forman parte indiscutible de la salud de las mujeres, por ende deberían ser considerados como parte de la integridad física (e incluso psíquica). Un problema que podría surgir al momento de interponer este recurso, es el hecho de argumentar la ilegalidad del acto, debido a que en nuestro ordenamiento aún no existe un reconocimiento explícito de los derechos sexuales y reproductivos, por lo que deberá acudir a normativa internacional que consagre el ámbito de estos derechos que se pretenda alegar.

Además, la acción constitucional de amparo es una de tramitación relativamente rápida (contraparte debe emitir informe dentro de 24 horas de presentado el recurso), por lo que esto beneficia o facilita la posibilidad de proteger, de manera oportuna, los derechos de las mujeres privadas de libertad, debido a que se permite al tribunal a actuar y deliberar con rapidez para restablecer el imperio del derecho a través de las medidas que el órgano decidor estime necesarias.

Cabe mencionar que el proyecto de nueva constitución, que terminó siendo rechazado por parte de la ciudadanía, reconocía de manera explícita los derechos sexuales y reproductivos en su art. 61, el cual versaba: “Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción”⁹³. De haberse aprobado este proyecto de nueva constitución, se podría haber facilitado la protección de estos derechos para las mujeres privadas de libertad, debido a que reconocimiento se hubiera vuelto explícito.

⁹³ Proyecto de Nueva Constitución (2022). Art. 61.1.

Por último, es necesario aludir a que aún resulta necesario e indispensable un estudio pormenorizado y, un mayor y mejor reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país, para que de esta forma se facilite la protección de los mismos, en especial para las mujeres privadas de libertad, quienes forman parte de uno de los grupos más segregados de nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo tratado a lo largo de este trabajo, se puede observar la importancia de visibilizar al grupo de “las mujeres privadas de libertad” y sus respectivos derechos. No resulta justo que a una mujer la condenen no solo judicialmente, sino que también de manera social, por el hecho de haber cometido un delito que la llevó a estar en la cárcel. Esta situación se ve aún más agravada por la poca o nula consagración de derechos, en general, para las personas privadas de libertad, pero en específico, y en relación a lo aludido y estudiado en toda esta tesis, de los derechos sexuales y reproductivos.

Si bien el estudio de los derechos sexuales y reproductivos no tiene larga data, si es necesario comenzar a realizar avances en esta materia, con especial énfasis en las mujeres privadas de libertad, pero no de manera exclusiva a estas. A pesar de que este trabajo se enfoca, en virtud de su vulnerabilidad, en el grupo humano de las mujeres que se encuentran en la cárcel por una condena judicial o una medida cautelar, es imperante que la consagración de estos derechos también sea en beneficio de todas las mujeres, estén o no en la cárcel. Esto debido a que, en razón de lo tratado anteriormente, se observa que el recurso de amparo es prácticamente la única opción de protección judicial para los derechos sexuales de las mujeres privadas de libertad. Pero, para las mujeres que no se encuentran en la cárcel, no podría aplicarse esta acción constitucional, ya que esta se encuentra reservada para quienes están encarcelados. Además, tampoco podría aplicar, por ejemplo, el recurso de protección, debido a que este no protege los derechos consagrados en el art. 19 N° 7 de nuestra carta fundamental.

Los casos emblemáticos sobre derechos sexuales y reproductivos que fueron tratados en este trabajo, fueron llevados a la justicia por medio de acciones constitucionales de amparo. Pero al mismo tiempo, pensar que solo puede utilizarse esta herramienta procesal o jurídica, y no otra, resulta totalmente insuficiente. No porque la acción de amparo no sea un recurso fructífero, sino que, al ser esa la posibilidad, se limitan extremadamente las opciones de protección jurídica para unos derechos tan relevantes como lo son los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres privadas de libertad. Además, para los problemas planteados, como la falta de productos higiénicos y de salud menstrual, los déficit que presenta el sistema de visitas conyugales y acceso a medicina reproductiva (entre otros), no bastan con soluciones individuales, sino que requiere una nueva mirada en el sentido incluso de política pública, la cual proteja no solo a la mujer que consigue que su abogado interponga un recurso de amparo en su favor, sino que se necesitan soluciones y garantías para toda la población penal femenina que sufre la vulneración de estos derechos.

En virtud de la casi nula consagración y regulación de los derechos sexuales y reproductivos en nuestro país, resulta fundamental que nuestro legislador tome cartas en el asunto y comience a consagrar

estos, podríamos decir, “nuevos” derechos, que cada vez se hacen más necesarios de proteger. E incluso, y aún más evidente, parece ser totalmente contraproducente que hoy se presenten sectores políticos con la idea no solo de no avanzar en derecho sexuales y reproductivos, sino que con las ganas de retroceder en este ámbito tan fundamental de la vida, como lo es nuestra ley de aborto en tres causales.

BIBLIOGRAFÍA

- 100 Reglas de Brasilia. Adoptadas en Brasilia durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada del 4 al 6 de marzo del 2008.
- ALONSO, Alicia (2021). “Las Reglas de Bangkok (RDB) y su importancia para enfrentar la discriminación de las mujeres privadas de libertad”. En Antony, C. y Villegas, M. (Coord.). *Criminología Feminista*. Lom Ediciones.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2021). “Qué es el consentimiento: cómo hablar (y pensar) sobre él”. [en línea]. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2021/06/ltay-toolkit-blog-how-to-talk-and-think-about-consent/>. [consulta: 14 de marzo, 2023].
- Boletín 11.073-07. Modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años.
- Boletín estadístico GENCHI, Octubre 2019.
- CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021). “Datos en perspectiva: La condena penal y social de las mujeres privadas de libertad en Chile”. Pontificia Universidad Católica de Chile.
- CHÁVEZ SILVA, Nicolle (2018). “Nancy Yañez sobre el caso de Gabriela Blas”. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 14, págs. 211-221.
- CIDH (2018). Informe No. 138/18, Petición 687-11. Solución Amistosa G.B.B. y C.B.B. 21 de noviembre de 2018.
- COMISIÓN IDH (2017). Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 3 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>
- CORRÊA, S. y ÁVILA M. (2003). “Dereitos sexuais e reprodutivos”. En: *Pauta Global e Percursos Brasileiros Sexo & Vida: Panorama da Saúde Reprodutiva no Brasil*. Campinas, SP: Editora da UNICAMP. Págs. 17 – 78.
- DE BEAUVOIR, Simone (1949). “El segundo sexo”. 6ta edición en Chile: febrero de 2021. Uruguay, Penguin Random House Grupo Editorial.
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995). Aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Beijing, del 4 al 15 de septiembre de 1995. ONU Mujeres.
- Decreto 518. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.
- Decreto Ley 2859 que establece la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.
- DEI VECCHI, Diego. (2013), “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol.26, n.2, pp.189-217.

- DHAMI, Mandeep K. (2009). “La política de privación del sufragio a los presos: ¿Una amenaza para la democracia?”.
- DIDES-CASTILLO, C. y FERNÁNDEZ, C (2018). “Aborto en Chile: avances en derechos humanos”. *Rev. Bioética y Derecho*. N° 43. Págs. 61 – 76.
- ECHEVERRÍA, Catalina. (2021). Radiografía de la visita conyugal en Chile: un derecho que opera como beneficio y en el cual las más castigadas son las mujeres. [en línea]. El mostrador en internet. 23 de julio, 2021. <<https://www.elmostrador.cl/braga/2021/07/23/radiografia-de-la-visita-conyugal-en-chile-un-derecho-que-opera-como-beneficio-y-en-el-cual-las-mas-castigadas-son-las-mujeres/>>. [consulta 30 de noviembre, 2022].
- FERRER B., Jordi. (2010). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, 4(1). Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393>
- INDH. (2018). Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos en la privación de libertad.
- INDH. (2019). Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos en la privación de libertad.
- LÓPEZ H., Hernán y PÉREZ C., Alejandra (2020). “Derechos sexuales y reproductivos”. Academia Judicial de Chile.
- LORCA, Rocío (2020). “Libertad personal y seguridad individual. Una revisión del artículo 19 número 7 de la Constitución Política de Chile”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Núm. 32. Págs. 71-104.
- MARSHALL, Pablo y ROCHOW, Diego (2018). “El sufragio de las personas privadas de libertad. Un análisis a partir de la Sentencia Rol N° 87743-16 de la Corte Suprema y sus antecedentes”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 45 N°1. Págs. 233-254.
- Observaciones finales del Comité para la eliminación de la Discriminación contra las Mujeres sobre Canadá, CEDAW/C/CA/7. Del 7 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://undocs.org/es/CEDAW/C/CAN/7>
- ONU Mujeres (2019). “Dieciséis maneras de enfrentarte a la cultura de la violación”. Publicado el 18 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2019/11/compilation-ways-you-can-stand-against-rape-culture>
- Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. (2000). Promoción de la salud sexual. Recomendaciones para la acción. Actas de una Reunión de Consulta

convocada por OPS y OMS. Celebrada en Antigua Guatemala, Guatemala. 19 al 22 de mayo de 2000.

- Programa de Acción de El Cairo (1994). Aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, en El Cairo entre el 5 y 13 de septiembre de 1994.
- Proyecto de Nueva Constitución (2022). Presentado el 4 de julio de 2022.
- QUIROGA, Francisca. (2019). Lorenza Cayuhán a 3 años de ser obligada a parir engrillada: “Yo creo que no va a haber justicia, no hubo y no habrá”. [en línea]. El Desconcierto en internet. 20 de febrero, 2019. <<https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2019/02/20/lorenza-cayuhan-a-3-anos-de-ser-obligada-a-parir-engrillada-yo-creo-que-no-va-a-haber-justicia-no-hubo-y-no-habra.html>>. [consulta: 15 de noviembre, 2022].
- RED DE ACCIÓN CARCELARIA (2021). “Privación de libertad de mujeres en Chile: algunos aspectos relevantes”.
- Reglas de Tokio. Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 45/110 de 14 de diciembre 1990.
- Resolución Exenta N° 434 de Gendarmería de Chile. Aprueba normas mínimas para regulación de visitas íntimas de internos(as). 5 de febrero de 2007.
- SÁNCHEZ, Mauricio y PIÑOL, Diego. (2015). Condiciones de vida en los centros de privación de libertad en Chile. Análisis a partir de una encuesta aplicada en seis países de Latinoamérica.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 330-2016.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 171-2022.
- Sentencia Corte Suprema Rol N° 92795-16.
- TOLEDO, Patsilí (2006). “Ley N°20.005 sobre Acoso Sexual en Chile”. *Anuario de Derechos Humanos*. N°2. Págs. 203-208.
- WITTIG, Monique (1992). “El pensamiento heterosexual y otros ensayos”.