



Minuta sobre el proyecto de ley que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años (boletín N° 11.073-07)

I. Introducción.

Se ha solicitado al Ministerio Público (MP) emitir opinión sobre el Proyecto de Ley Boletín N° 11.073-07, originado en la moción de los senadores Alejandro Navarro y Jaime Quintana, que busca modificar el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años.

A continuación se repasarán los principales estándares internacionales de derechos humanos que se refieren a la situación de mujeres embarazadas privadas de libertad y de sus hijos/as, para posteriormente analizar el contenido del proyecto de ley propuesto, para finalmente emitir la opinión del MP acerca de la conveniencia o no de impulsar una iniciativa legislativa sobre esta materia.

II. Antecedentes.

El proyecto de ley en términos generales busca aplicar la suspensión de la pena y la improcedencia de la prisión preventiva para mujeres embarazadas o aquellas que tengan hijos o hijas menores de 3 años. La reforma legal propuesta busca terminar con los efectos dañosos que tendría el alejamiento de niños y niñas de su madre privada de libertad en sus primeros años de vida, y en caso que permanecieran con ella, lo efectos adversos que la privación de libertad tendría en ellos y ellas. Asimismo, el proyecto de ley busca limitar los efectos que actualmente la privación de libertad tiene específicamente en las mujeres.

III. Estándares Internacionales de derechos Humanos

El Estado, respecto de toda persona, asume obligaciones internacionales de respeto y garantía de sus derechos. En relación a las personas privadas de libertad, es decir, respecto de personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, el Estado tiene una especial “posición de garante”, lo cual se traduce en la necesidad de ofrecer una protección especial a dichas personas. El nivel de protección debe aumentar en el caso de grupos que se encuentran en situación, o expuestas a un mayor riesgo, de especial vulnerabilidad, como es la situación de personas con discapacidad, personas pertenecientes a pueblos indígenas, niños, niñas adolescentes y mujeres.

Las mujeres en situación de privación de libertad son un grupo especialmente expuesto a vulnerabilidad por múltiples razones. Muchas de ellas tienen un pasado marcado por la violencia doméstica, la explotación sexual, el uso o tráfico de drogas y la pobreza. La discriminación que sufren las mujeres en todos los niveles y estratos de la sociedad se refleja, e incluso se agrava, en los establecimientos penitenciarios.

La privación de libertad, hoy más que nunca, está afectando especialmente a las mujeres no solo en Chile, sino que en todo el mundo. Distintos estudios han observado una tasa significativamente desproporcionada de aumento de las mujeres que son encarceladas. A nivel global, las reclusas se enfrentan a similares violaciones de los derechos humanos en lo tocante a las causas que conducen a su encarcelamiento, las condiciones a las que se enfrentan en prisión y las consecuencias de su encarcelación. De ahí que dichos informes han puesto de manifiesto que existe un fuerte vínculo entre la violencia contra la mujer y la encarcelación de las mujeres, ya sea antes, durante o después de la encarcelación¹.

Una de las explicaciones posibles es el encarcelamiento masivo de mujeres producto del tráfico de drogas. Diferentes estudios estiman que del total de las mujeres encarceladas en las Américas, aproximadamente el 70% lo está por delitos relacionados con drogas y, que en su mayoría corresponderían a delitos de microtráfico no violentos². De las 42.078 de las personas privadas de libertad en Chile en el año 2015, 3.126 eran mujeres, y de ellas 1.889 se encontraban privadas de libertad por delitos relacionados con el tráfico de drogas, lo que corresponde al 58,9 % de la población femenina reclusa³.

Contundente es la evidencia que muestra que el encarcelamiento de mujeres en poco o nada ha contribuido a dismantlar los mercados ilegales de drogas y mejorar la seguridad pública, por el contrario, la cárcel suele empeorar la situación, dado que reduce la posibilidad de que encuentren un legal cuando recuperan la libertad, lo que perpetúa el círculo vicioso de la pobreza, vinculado a mercado de drogas y encarcelamiento⁴. La situación antes descrita se torna aún más compleja, cuando se considera que estas mujeres son “cabeza de hogares uniparentales, que fueron madres a muy temprana edad, con niveles muy bajos de educación, pobres y algunas en situación de indigencia. Dichas características permiten establecer casi una relación directa con el involucramiento en el delito: la necesidad de mantener a sus hijos o hijas

¹ Informe Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, *Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres*, 2013, págs. 5 y 6 A/68/340.

² Corporación Humanas Chile, *Políticas de Drogas y Derechos Humanos: el impacto en las mujeres*, Santiago de Chile, 2015, pág. 10.

³ Corporación Humanas Chile, *op. cit.*, pág. 55 y 56.

⁴ WOLA et. al., *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*, pág. 3.

(en algunos casos a más miembros de la familia) en medio del desempleo, la pobreza o remuneraciones por debajo de las necesidades de la familia”⁵.

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres privadas de libertad en general, y en especial las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad, ha llevado a los principales organismos internacionales de derechos humanos a recomendar a los Estados buscar alternativas distintas a la privación de libertad y recomendar mecanismos especiales de protección para madres y sus hijos/as que se encuentran privados de libertad.

A continuación examinaremos los principales estándares internacionales de derechos humanos sobre la materia.

a) Protección de los derechos de las mujeres privadas de libertad

La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ya en su artículo 12.2 señala que “(...) *los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia*”. El **Comité de Derechos Humanos** en su **Observación General Número 28**, haciendo una aplicación concreta de la norma comentada al caso concreto de las mujeres privadas de libertad, recomienda a los Estados en su numeral 15 que “*Las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los Estados Partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención médica y de salud ofrecen a esas madres y a sus hijos*”.

Por su parte, **el Comité CEDAW el año 2018** detectó que “los riesgos a que se enfrentan las mujeres embarazadas en detención debido a la falta de acceso a cuidados obstétricos y ginecológicos” por lo mismo recomendó a Chile en sus **Observaciones finales sobre su séptimo informe periódico que** “*la reforma del sistema penitenciario debe incluir una perspectiva de género y considerar la posibilidad de avanzar hacia una mayor utilización de las sanciones no privativas de libertad y las medidas, en lugar de penas de prisión para las mujeres. También recomienda que los procedimientos judiciales son acelerados para evitar el abuso de la detención preventiva. El Comité recomienda también que se adopten medidas para garantizar que las instalaciones de cuidados de salud adecuados están disponibles en las prisiones, incluido el acceso a cuidados obstétricos y ginecológicos, y servicios para todas las mujeres privadas de libertad*”.

⁵ Caicedo Luz Piedad, *La situación de las mujeres reclusas por delitos de droga* en Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento, Santiago de Chile, 2015, pág. 17.

El 16 de marzo de 2011, en el contexto del Sexagésimo quinto período de sesiones, la Asamblea General aprobó las **Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)**. Las Reglas de Bangkok tienen como principal propósito instar a que responsables de políticas, legisladores/as, operadores/as del sistema de justicia penal y personal penitenciario, elaboren sugerencias para mejorar las condiciones y necesidades de las mujeres privadas de libertad.

La **Regla 23** parte identificando que *“La prohibición total del contacto familiar, especialmente el contacto con los hijos, tiene un alto impacto dañoso en el bienestar mental de las mujeres detenidas, como también en los niños involucrados, por lo que debe ser evitado, a menos que el niño tenga necesidades particulares de protección del niño.”*

En ese sentido la **Regla Nº 64** constata que *“Las cárceles no están diseñadas para las mujeres embarazadas y para las mujeres con niños pequeños. Debe hacerse todo esfuerzo que sea necesario para mantener a esas mujeres fuera de la cárcel, cuando sea posible y apropiado, aunque teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido y el riesgo para la sociedad (...) el uso de la prisión para determinadas categorías de delincuentes, como las mujeres embarazadas o madres con bebés o niños pequeños, debe ser limitado y debe realizarse un esfuerzo especial por evitar el uso prolongado de prisión como sanción para estas categorías”.*

Finalmente la **Regla 22** recomienda excluir las sanciones de aislamiento a mujeres embarazadas y a mujeres con hijos/as en periodo de lactancia.

El informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer sobre las “Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres” (2013)⁶, en relación a las mujeres embarazadas o mujeres con hijos/as en periodo de lactancia sostuvo que *“El encarcelamiento de las madres afecta a un elevadísimo número de niños en todo el mundo (...) No existen unas normas universalmente acordadas para determinar qué circunstancias justifican que un niño viva en prisión, y hay variaciones considerables entre los países. En conjunto, la mayoría de los países han establecido políticas que fundamentan esta decisión en la edad del niño. La paradoja inherente es que las prisiones no son un lugar seguro para las mujeres embarazadas, los bebés y los niños pequeños, y [pero] no es recomendable separar a los bebés y los niños pequeños de sus madres”.* Por lo mismo, se recomienda *“Permitir que los bebés y los niños pequeños vivan con sus padres encarcelados reduce algunos riesgos asociados a la separación, si se aplica con las garantías adecuadas, las infraestructuras apropiadas y los recursos necesarios. La convivencia en prisión y los programas comunitarios ofrecen dos alternativas a la separación en los primeros años de vida de un niño”, pero por sobre todo el informe de la relatora especial recomienda que los “Estados Miembros que desarrollen*

⁶ Informe Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, *Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres*, 2013, págs. 5 y 6 A/68/340

alternativas a la condena específicas para las mujeres y que reconozcan los historiales de victimización de las mujeres al tomar decisiones sobre su encarcelamiento”

Finalmente, el **Informe sobre Chile del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica (GT)**⁷ realizó una misión a Chile del 1 al 9 de septiembre de 2014. Sobre la base de la visita el GT evacuó un informe que describió el contexto de la igualdad de género y los derechos humanos de la mujer en Chile y analizó los logros y desafíos en la materia. El Grupo de Trabajo estudió el marco jurídico, institucional y político para promover la igualdad; Examinó la participación y el empoderamiento de la mujer en la vida económica, social, política y pública, en particular de las mujeres en situaciones de vulnerabilidad. El Grupo de Trabajo finalmente formuló recomendaciones para eliminar la discriminación y promover la igualdad.

Uno de los temas de especial interés para el GT fue la situación de las mujeres reclusas. El GT durante su visita observó el Centro Penitenciario Femenino de Arica que cuenta con espacios separados para el cuidado y tratamiento pre y posnatal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas. Asimismo, el GT constató que un número importante de reclusas eran mujeres migrantes condenadas por tráfico de droga. Según la información recibida, gran parte de estas reclusas no cuentan suficientemente con los servicios consulares de su país ni del Estado chileno para poder tener un acceso adecuado al sistema de justicia chileno. Frente a esta realidad –presente en muchos centros de privación del país- el Grupo de Trabajo, tal como lo recalcó la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer alentó a Chile a evitar el uso intensivo de la cárcel para las mujeres, en particular para las embarazadas o con hijos menores, privilegiando las medidas en libertad y el monitoreo electrónico. Dado que cada vez más las mujeres son las principales proveedoras de su hogar, verse separadas de sus familias tiene repercusiones todavía más graves. En ese sentido, recibe con beneplácito el proyecto de ley destinado a conmutar penas a ciertas mujeres que se encuentran recluidas.

b) Protección de los derechos de niños y niñas hijos/as de madres privadas de libertad.

El proyecto de ley, además de las mujeres privadas de libertad, establece también como destinatario de la norma a sus hijos e hijas, ya que como expresan los fundamentos de la iniciativa legal “La privación de libertad de esos niños y niñas en sus primeros años trae consigo una mayor probabilidad de provocar dificultades a largo plazo, como problemas para vincularse con otras personas, desadaptación emocional y trastornos de personalidad” en el mismo sentido la motivación de la moción expresa que *“Los efectos que el encarcelamiento parental tiene sobre los niños y niñas son muchos y muy variados. Pueden incluir cambios emocionales y de conducta, impactos sobre la salud mental y física, y riesgo de tener resultados de vida más pobres. El estigma y las actitudes de otras personas pueden jugar un papel importante en cómo*

⁷ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, Informe sobre Chile, A/HRC/29/40/Add.1, 2015.

afecta el encarcelamiento parental a los niños y niñas (...) Los niños y niñas con progenitores encarcelados tienden a vivir en ambientes de alto riesgo y viven una serie de consecuencias”.

Por lo mismo, existen estándares internacionales de derechos humanos que entregan a los Estados recomendaciones específicas sobre la materia, así:

La Convención de los Derechos del Niño en sus artículo 9º señala que “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”, es decir, es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior de él. A su turno, el **artículo 20º de la Convención** señala que es obligación del Estado proporcionar protección especial a los niños privados de su medio familiar y asegurar que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar o de la colocación en un establecimiento apropiado, teniendo en cuenta el origen cultural del niño.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, evaluados durante el año 2015, señalan que:

“26. El Comité toma nota de que el interés superior del niño es un principio fundamental del ordenamiento jurídico del Estado parte, y de que se ha incorporado a algunas leyes. Sin embargo, expresa preocupación porque no se aplique en todos los ámbitos, como las resoluciones judiciales en que se condena a los progenitores a largas penas de prisión, y porque en los razonamientos de los jueces al dictar esas resoluciones no siempre se expliquen los criterios utilizados para determinar el interés superior del niño. El Comité también expresa preocupación por el hecho de que el interés superior del niño no sea una consideración transversal en todas las áreas de la formulación de políticas.

IV. Contenido del Proyecto.

El proyecto de ley propone, a través de la modificación del Código Procesal Penal, la suspensión de la condena para el caso de mujeres embarazadas o aquellas que tengan hijos o hijas menores de 3 años, incorporando un nuevo artículo 468 bis. Además la norma propuesta indica que el cumplimiento efectivo de la condena se difiere al momento en que el hijo/a cumpla tres años. Establece también que la suspensión de la condena puede prorrogarse por tres años más en caso que el hijo/a padezca de una enfermedad o discapacidad grave física o psíquica.

Finalmente, sobre este punto el proyecto de ley señala que durante el plazo de la suspensión la mujer estará sujeta a la vigilancia de la autoridad y que el plazo que dure la suspensión se abonará al tiempo total que dure su condena.

Asimismo, teniendo en consideración el uso sostenido de la prisión preventiva, lo cual por las razones antes analizadas tienen un especial impacto en las mujeres embarazadas y mujeres madres de hijos/as pequeños, la moción propone modificar el artículo 141 del Código Procesal Penal, estableciendo una nueva causal de improcedencia de la prisión preventiva, para el caso en que la mujer esté embarazada o tenga hijos/as menores de 3 años.

V. Valoración del proyecto de la ley

El Ministerio Público, teniendo a la vista las recomendaciones que los órganos de Naciones Unidas han hecho a los Estados, no puede sino valorar positivamente este proyecto de ley. Esta moción tiene la gran virtud de visibilizar una doble realidad oculta, a saber: el especial impacto que la prisión está teniendo sobre las mujeres y los efectos dañosos que la privación de libertad tiene en los niños/as que se gestan, nacen y crecen en la cárcel.

Ahora bien, si el Estado de Chile en su conjunto quiere abordar este problema, además de crear mecanismos alternativos a la prisión para mujeres embarazadas o madres de hijos/as lactantes, debe comprometer los recursos financieros necesarios para crear programas de trabajo, de educación, capacitación y de capacidades parentales, etc. a fin de que la suspensión de la condena privativa de libertad o la prisión preventiva, den lugar a un tiempo de transformación de las condiciones que llevaron a la mujer a caer en conflicto con el sistema penal. Si a una mujer condenada por microtráfico, le suspendemos la condena sin más, volverá al mismo entorno y condiciones en el que cometió el delito y, muy probablemente tendrá que volver a delinquir para seguir sosteniendo a su grupo familiar.

Para generar estas políticas públicas es importante también una cuantificación lo más precisa posible del problema, delimitando cuantas son las mujeres que se encuentran en la situación que pretende abordar el proyecto de ley.

Otro aspecto que es imposible soslayar –como lo identificó el Informe de la Excm. Corte Suprema- es que si bien el proyecto de ley propone disminuir la brecha identificada por los órganos internacionales de derechos humanos, en relación a la situación de las mujeres privadas de libertad embarazadas o que dan a luz en esa condición y así proteger el interés superior de niños y niñas, en la práctica de alguna manera esta reafirmando el rol histórico de cuidadoras que han tenido las mujeres. Por lo mismo, además de los mecanismos propuestos por el proyecto de ley, pareciera necesario disponibilizar recursos para que existan programas que permitan a los padres de los hijos/as fomentar la una mayor participación en la crianza de sus hijos y así estimular la corresponsabilidad en la formación de ellos/as.

Se ha identificado como la principal causa de encarcelamiento de las mujeres en Chile y el mundo, las condenas tráfico de pequeñas cantidades de droga. Por lo mismo, surge la pregunta si no sería conveniente circunscribir los mecanismos de suspensión de las condenas y de

improcedencia de la prisión preventiva a ese universo de delitos. Lo anterior permitiría hacer un trabajo más focalizado a la hora de formular programas de apoyo a las madres y padres. Ahora bien, es muy importante tener presente que en ciertas ocasiones la venta de pequeñas cantidades de droga es sólo una fachada para ocultar una estructura criminal mayor, por lo mismo es importante que todos los agentes del sistema penal en forma permanente actualicen sus conocimientos sobre las constantes transformaciones que va experimentando el fenómeno del tráfico de droga.

En ese sentido, tomado en consideración modelos comparados desde un punto de vista político criminal, pareciera recomendable hacer procedente la suspensión condicional de la condena sólo a delitos de mediana y baja gravedad, excluyendo de esa posibilidad a delitos que tengan asignada pena de crimen. Esta solución legislativa además se adecua a la realidad penitenciaria chilena, puesto que gran parte de las mujeres privadas de libertad lo está por haber cometido delitos contra la propiedad o delitos de tráfico de pequeñas cantidades de droga.

Finalmente, desde un punto de vista netamente normativo, que el proyecto de ley no establece ningún tipo de limitación para hacer procedente la suspensión, ni señala qué órgano del Estado será el oficial a cargo del monitoreo de la medida. Tampoco establece criterios para saber qué se entenderá por enfermedad y discapacidad grave.

En conclusión, el MP valora el propósito del proyecto de ley, pero estimamos que si de verdad se quiere reducir el impacto negativo que tiene la prisión en cientos de mujeres y sus hijos/as en sus primeros años de vida, se requiere además de una modificación legal, contar con los recursos necesarios para generar políticas planes y programas que logren de una forma real sacar a las mujeres de círculo de la violencia y del delito.