

DOCTRINA

## Análisis del Proyecto de Ley Sayén: Algunas consideraciones en relación con las mujeres extranjeras privadas de libertad

*Analysis of the Sayén Law Project: Some considerations in relation to foreign women deprived of freedom*

Marcia Quintana Fajardo 

*Universidad de Concepción, Chile*

**RESUMEN** Sayén es el nombre de la hija de una comunera mapuche que fue imputada y que mientras se encontraba en prisión preventiva dio a luz, engrillada y en presencia de funcionarios varones de Gendarmería de Chile. A raíz de ello, surge el denominado Proyecto de Ley Sayén, que consiste en una iniciativa parlamentaria que tiene como finalidad modificar el Código Procesal Penal chileno en dos áreas. Por una parte, se pretende modificar el artículo 141 e introducir una nueva causal de improcedencia de la medida cautelar de prisión preventiva y, por otra, agregar un nuevo artículo 468 bis, que contempla la suspensión de la pena privativa de libertad, ambas situaciones en relación con las mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas de hasta tres años de edad, periodo que puede prorrogarse por tres años más en determinadas circunstancias. El proyecto no contempla la especial situación que viven o pueden vivir las mujeres extranjeras en situación de embarazo o lactancia. Este artículo aborda las principales dificultades de las mujeres extranjeras privadas de libertad —a quienes por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, ha de serles aplicable— y hace presente las dificultades que viven estas mujeres cuando se encuentran reclusas. Luego, pretende hacerse cargo del problema fáctico que se originaría respecto de ellas al poner en funcionamiento la ley, por lo que esta autora propone indicaciones al proyecto en análisis.

**PALABRAS CLAVE** Proyecto de Ley Sayén, modificación del Código Procesal Penal, prisión preventiva, suspensión de pena privativa de libertad, indicaciones.

**ABSTRACT** Sayén is the name of the daughter of a Mapuche community member who was charged and who, while in pretrial detention, gave birth shackled and in the presence of male officers of the Chilean Gendarmerie. As a result of this, the so-called Sayén Bill arises, which consists of a parliamentary initiative whose purpose is to modify the

Chilean Criminal Procedure Code in two areas. On the one hand, it is intended to modify article 141 and introduce a new cause of inadmissibility of the precautionary measure of preventive detention and, on the other, add a new article 468 bis, which contemplates the suspension of the custodial sentence, both situations related to pregnant women or women who have sons or daughters up to three years of age, a period that can be extended for three more years in certain circumstances. The project does not contemplate the special situation that foreign women in a situation of pregnancy or lactation live or may live. This article addresses the main problems of foreign women deprived of their liberty—to whom, by application of the principle of equality and non-discrimination, it must be applicable—and the problems that these women experience when they are incarcerated become present, and then, intends to take charge of the factual problem that would originate with respect to them when implementing the law, for which this author proposes indications to the project under analysis.

**KEYWORDS** Sayén Bill, modification of the Criminal Procedure Code preventive detention, suspension of a custodial sentence, indications.

## Introducción

Para quienes conocemos de cerca el sistema carcelario chileno, la situación de las mujeres embarazadas o con hijos lactantes dentro de los establecimientos penitenciarios es una realidad preocupante, pues suelen recibir por parte de la administración penitenciaria el mismo trato, alimentación y cuidados médicos que las demás mujeres privadas de libertad, sin tomar en cuenta que estas mujeres tienen necesidades especiales en relación con su ciclo de vida. La situación de las personas privadas de libertad es compleja y mucho más en el caso de las mujeres, puesto que las afecta por una parte una discriminación estructural y, por otra, la invisibilidad que tradicionalmente se impone a las violaciones de sus derechos (Corporación Humanas, 2019).

Por otra parte, existe un subgrupo que es el de las mujeres extranjeras, grupo en el cual existen múltiples factores que impactan negativa y desigualmente su privación de libertad. Las mujeres extranjeras sufren desarraigo, que hace más difícil el cumplimiento de la condena (Contreras, 2018: 213) no solamente respecto a su familia de origen, sino también de su comunidad y costumbres propias. La falta de recursos de la que podría haber sido víctima en libertad se ve exacerbada dentro de la cárcel, no puede ser suplida por redes de apoyo porque muy probablemente no cuenta con ellas en Chile; sufre, entonces, discriminación por ser extranjera<sup>1</sup> y si, además, es una

---

1. En 2013, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial dio recomendaciones a Chile en cuanto a prevenir y combatir la xenofobia y los prejuicios raciales entre los diferentes grupos de la sociedad, así como para promover la tolerancia; a que se tomen las medidas necesarias para proteger efectivamente a los pueblos indígenas contra la discriminación racial y, a tomar las medidas necesarias

mujer indígena extranjera, esa discriminación puede fácilmente convertirse en exclusión. Estos factores, necesariamente, afectan su salud mental,<sup>2</sup> presentará crisis de angustia, depresión, sentimiento de culpa o abandono hacia su familia en el exterior, entre otros males documentados. «El colectivo de las mujeres presas extranjeras es uno de los más vulnerables de toda la población reclusa», por lo que «la extranjería, sin dudas, se convierte en un tema clave de la ejecución penal femenina» (Almeda, 2011: 37).

Por lo demás, las condiciones que se presentan en las cárceles chilenas de hacinamiento, higiene, atención médica, entre otras, «impactan de manera diferenciada a las mujeres» (Corporación Humanas, 2019). Unido a la violencia y discriminación estructural que sufren las mujeres en prisión, la violación de las más mínimas normas de respeto a sus derechos —frecuentemente invisibilizados—, los graves hechos sufridos por mujeres embarazadas en cárceles chilenas, que se verán más adelante, tornan obligatorio para las autoridades legislativas chilenas buscar la manera de mitigar el alto impacto negativo que produce en las mujeres y en sus hijos o hijas la privación de libertad de la madre, lo que, además de cumplir con sus obligaciones internas, permitiría dar cumplimiento a las obligaciones de carácter internacional adquiridas por Chile, mediante la firma de tratados en materias de derechos humanos. Esta situación no es tan difícil de imaginar puesto que existen ejemplos de alternativas en nuestra región como lo son las experiencias de Bolivia, entre otras, que en su Ley de abreviación procesal penal y de fortalecimiento de la lucha integral contra la violencia a niñas, niños, adolescentes y mujeres del año 2019 contempla en su artículo 232 la improcedencia de la prisión preventiva para las mujeres embarazadas y madres durante la lactancia de hijos menores de un año. En el mismo sentido, Argentina cuenta desde enero de 2009 con una modificación a su Código Penal<sup>3</sup> que establece en su artículo 10<sup>4</sup> la posibilidad para mujeres embarazadas o madres de cumplir su pena en detención domiciliaria. La norma se repite en el artículo 32 de su Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

Teniendo presente lo dicho, la pregunta es: ¿Qué desafíos surgen en la implementación de la Ley Sayén en relación con mujeres extranjeras privadas de libertad? Para ello, tendríamos que acercarnos a los problemas que enfrentan las mujeres extranje-

---

y efectivas, para garantizar en igualdad los derechos reconocidos por la Convención a los migrantes combatiendo cualquier tendencia a estereotipar o estigmatizar a los migrantes, lo que indica que para este organismo internacional Chile es un país racista y xenófobo. Disponible en <https://bit.ly/44diS3x>.

2. En el mismo sentido se argumenta en el documento presentado por la Corporación Humanas (2019) a la Comisión de Derechos Humanos del Senado.

3. Por Ley 26.472.

4. «Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo».

ras privadas de libertad en Chile, lo que se intentará en las siguientes páginas. Para ello son necesarios algunos datos.

De acuerdo con los datos estadísticos de Gendarmería de Chile,<sup>5</sup> a enero de 2019 existían 848 mujeres extranjeras privadas de libertad, 560 en calidad de imputadas y 228 como condenadas y para junio de 2023 existen 508 imputadas y 393 condenadas. En cuatro años la cantidad de mujeres extranjeras condenadas ha subido en un 72,3%. Con tales estadísticas resulta trascendental revisar las opciones que pueden tener estas mujeres de reducir su privación de libertad.

Este análisis se realiza con un enfoque de protección de derechos fundamentales de acuerdo con la normativa internacional. Es decir, nuestras herramientas de análisis del proyecto de ley se encuentran en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, llamada Convención de Belém do Pará.

Luego, al tratarse de mujeres privadas de libertad, tendremos también presentes las Reglas de Tokio,<sup>6</sup> por una parte, y las Reglas de Bangkok,<sup>7</sup> por otro. Y como esta propuesta también afecta directamente a los niños y niñas, hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad, es requisito esencial que el presente análisis incorpore algunos de los derechos y principios reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>8</sup>

Finalmente, nuestra carta magna en su artículo 1 consagra a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el deber del Estado de dar protección a la misma. Por ello, aun cuando no existieran normas de carácter internacional que fundamenten la propuesta legislativa en estudio, entendemos que de todas formas se puede implantar una medida de este carácter al alero de nuestro código político.

El segundo enfoque de este trabajo es de género, con el cual se analiza la situación de las mujeres extranjeras privadas de libertad que se encuentran en situación de embarazo o que son madres con hijos o hijas menores de tres años. Entendemos que los problemas de niñas y mujeres han sido eternamente invisibilizados (Aedo, 2022), particularmente dentro de los establecimientos regidos por Gendarmería de Chile donde, además, al ser pocas las adolescentes o mujeres adultas privadas de

---

5. Gendarmería de Chile, *Caracterización de personas privadas por libertad*. Disponible en: <https://bit.ly/3ri2CzC>.

6. Acnur, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, 14 de diciembre de 1990. Disponible en <https://bit.ly/3XDICUL>.

7. CNDH, *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)*, 16 de marzo de 2011. Disponible en <https://bit.ly/3D4YxBw>.

8. Unicef, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989. Disponible en <https://bit.ly/3D4ThoQ>.

libertad, se acrecientan las diferencias en el trato a hombres y mujeres por parte de la administración penitenciaria. Luego, no hay que olvidar que la mayoría de las mujeres privadas de libertad lo están por sus paupérrimas condiciones de vida antes de delinquir, pues son mujeres pobres, no escolarizadas y que en esas condiciones se ven en la necesidad de hacerse cargo de sus familias, pues son generalmente madres solteras de dos o tres hijos (Espinoza, 2016), por lo que se convierten en presa fácil de delincuentes que las involucran en tráfico de drogas. Esto las transforma en el eslabón más débil de la cadena, perdiendo su libertad en la lucha contra las drogas (Antony García, 2001).

En esta perspectiva, nuestro interés se centra en determinar en primer lugar, si esta modificación legal es aplicable a las mujeres extranjeras privadas de libertad. Y para el caso que la respuesta sea afirmativa, hay que indagar qué problemas pudieran existir respecto de ellas si se logra efectivamente aprobar la modificación legal en estudio y es posible que las mujeres embarazadas o con hijos o hijas menores de tres años no cumplan prisión preventiva o se les suspenda el cumplimiento de la pena hasta que sus hijos o hijas alcancen los tres años de edad. Nuestra hipótesis es que en los términos que actualmente se encuentra redactada la propuesta legislativa se producirá en la práctica un problema específico, ya que las mujeres extranjeras presas en Chile lo están mayoritariamente por tráfico de drogas, y esto implica que cuando vienen a nuestro país no lo hacen en el marco de un proyecto migratorio; como tal, no tienen un lugar en Chile donde cumplir una reclusión domiciliaria ni cuentan con redes de apoyo que puedan solventar esta necesidad. Sumado a ello, la propuesta legislativa no contempla recursos para la creación de casas de acogida.

A continuación, se presentan tres apartados: descripción del Proyecto de Ley Sayén; principales problemas de las mujeres extranjeras privadas de libertad y problemas fácticos de implementación del Proyecto de Ley Sayén en relación con mujeres extranjeras privadas de libertad. Se agrega una propuesta de indicaciones a la ley y, por supuesto, las conclusiones del presente trabajo.

## **Descripción del Proyecto de Ley Sayén**

Este proyecto intenta obtener la modificación del Código Procesal Penal chileno en materia de prisión preventiva y ejecución de condenas respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años, puesto que nuestro Código Procesal Penal solamente cuenta con una normativa general en materia de medidas cautelares y respecto del cumplimiento de la condena. Es decir, no presenta reglas diversas en atención al género, la salud, la edad o cualquier otro descriptor que pudiera fundamentar una discriminación positiva.

Por lo anterior, es interesante que pueda existir una propuesta que haga eco de los llamados del derecho internacional a reducir la privación de libertad y pretenda,

basado en un enfoque de género, excarcelar a las mujeres embarazadas o con hijos o hijas menores de tres años. Más interesante aún es que este proyecto de ley pueda ver la luz como ley de la República en una época en que América Latina, en general, y Chile, en particular, sufren de lo que llamaremos *populismo crónico*, que se traduce en el aumento de la penalidad de las figuras penales clásicas, así como el surgimiento de nuevos tipos penales que responden a los intereses políticos del gobierno de turno.<sup>9</sup>

David Garland (2001) se refiere al populismo punitivo de la siguiente manera:

Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad «de la gente», del sentido común, de «volver a lo básico». La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de «la víctima» y de los temerosos y ansiosos miembros del público [...]. Esto constituye una marcada reversión del proceso histórico por el que el poder de castigar se fue delegando, en gran medida, a expertos y administradores profesionales. Esta transferencia inversa de poder se observa en una serie de medidas (la reforma de la ley para consagrar la condena fija, la condena obligatoria, los estándares nacionales, restricciones a la liberación anticipada, etcétera) que han transferido la toma de decisiones particulares, nuevamente, hacia el centro, primero a los tribunales y, luego, a la legislatura misma (2001: 49-50).

El proyecto presentado busca modificar el actual artículo 141 del Código Procesal Penal agregando una nueva letra d) que quedaría de la siguiente manera:

Artículo 141. Improcedencia de la prisión preventiva. No se podrá ordenar la prisión preventiva: d) Cuando la imputada se encontrare embarazada o tenga un hijo o hija menor de tres años de edad.

Y además pretende incorporar un nuevo artículo 468 bis, que señala lo siguiente:

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

---

9. De acuerdo con Máximo Sozzo, el populismo punitivo —como se conoce en América Latina— enfatiza el incremento de la punitividad, la búsqueda deliberada en el aumento de la pena y el rol del político profesional, como alguien que busca construir consenso y legitimidad utilizando el incremento de la punitividad como una moneda de cambio en el mercado político (Gómez y Proaño, 2012: 119). Así, difiere del concepto original inglés *populism punitiveness* acuñado por Anthony Bottoms en 1995, donde este sería una tendencia más marginal que la que ocurre en América Latina y que desaparecería de acuerdo con las coyunturas (Gómez y Proaño, 2012: 117), donde se utilizaría el derecho penal para obtener «ganancias electorales, asumiendo política y acriticamente que el agravamiento e incremento de las penas reducirán el delito y salvaguardarán el consenso moral existente en la sociedad» (Antón-Mellón, Álvarez y Rothstein, 2017).

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 quedarán embarazadas, tendrán derecho a que el cumplimiento de la sentencia se diferiera 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 encontraría 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.

Este texto resulta novedoso, ya que su aplicación dejaría fuera de la cárcel a un porcentaje de la población que ha delinquido, esto en un contexto histórico en que el proceso ha sido precisamente el contrario, es decir, el encarcelamiento masivo de personas y, particularmente, de mujeres pobres —y en no pocos casos, extranjeras—,<sup>10</sup> dejando de lado el principio de *extrema ratio* del derecho penal, sobre todo a partir de la dictación de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas desde febrero de 2005, momento desde el cual parte el aumento exponencial de personas privadas de libertad, sea en contexto de medidas cautelares o pena (Senado, 2017).

La motivación fáctica de esta propuesta se encuentra en que Lorenza<sup>11</sup> —comunera mapuche privada de libertad— estando con 32 semanas de embarazo, fue trasladada de urgencia engrillada hasta el Hospital Regional de Concepción,<sup>12</sup> donde fue diagnosticada con preeclampsia.<sup>13</sup> Como el mencionado centro hospitalario no contaba con camas disponibles, Lorenza fue nuevamente trasladada hasta la Clínica de la Mujer en la misma ciudad, donde finalmente dio a luz engrillada y en presencia de funcionarios hombres de Gendarmería de Chile. Luego de esto, ella fue llevada hasta el Sanatorio Alemán, mientras su hija se quedó en la incubadora de la Clínica de la

---

10. Se utiliza el término *extranjera*, «que es o viene del país de otra soberanía», y no *migrante*, «persona que deja un lugar para establecerse en otro». En muchos casos de tráfico las personas no buscan migrar, sino solamente realizar su actividad, generalmente de transporte.

11. Se han eliminado a propósito los apellidos tanto de Lorenza como de su hija, entendiendo que la situación descrita provocó en su momento una sobre exposición de ambas y la consecuente transgresión a su derecho a la intimidad y protección de la vida privada.

12. Desde el lugar donde cumplía su condena en el Centro de Detención Preventiva de Arauco, lo que equivale a alrededor de 70 kilómetros.

13. Estado que aumenta la presión arterial de la mujer embarazada y puede provocar una hemorragia cerebral en el feto. Fuente: <https://bit.ly/3Qhun5N>.

Mujer. Todo esto siempre sujeta a medidas de seguridad, es decir con grilletes. El grillete de Lorenza fue anclado a la ambulancia y luego a la camilla donde se encontraba. Esta medida claramente vejatoria pudiera ser necesaria para el caso de internos peligrosos o en los casos en que fundadamente pudiera temerse un intento de fuga, pero no para las condiciones en que se encontraba Lorenza.<sup>14</sup>

La frecuencia en la ocurrencia de hechos de esta naturaleza en relación con Gendarmería de Chile da origen a esta iniciativa que a nuestro juicio es absolutamente necesario sea promulgada como ley. Después de este incidente, se han vuelto a producir situaciones semejantes, aun cuando la Corte Suprema haya ordenado a Gendarmería de Chile 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 a aquella relativa a la erradicación de todas las formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.<sup>15</sup>

Recientemente, la Corte de Apelaciones de Temuco conoció de un caso muy similar. Se trataba de una joven de 19 años, embarazada, quien al presentar un sangrado y solicitar ayuda al paramédico, este le respondió que «debía sangrar más para llevarla al médico».<sup>16</sup> Al otro día y con un sangrado mayor, finalmente, fue llevada hasta el Centro de Salud Familiar (Cesfam) de Cholchol para una revisión médica, donde se determinó su traslado hasta el hospital de Nueva Imperial donde no se contaba con una máquina para hacer ecografías, por lo que fue derivada al Hospital de Temuco y allí se le informó que tuvo un aborto espontáneo. Se presentó acción constitucional de amparo, puesto que la condenada fue subida y bajada del carro con grilletes en pies y manos, trasladada en todo momento con grilletes; incluso el procedimiento médico fue realizado con ella engrillada.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco prácticamente reprodujo al fallo de la Corte Suprema, ordenando a Gendarmería de Chile dar estricto cumplimiento a los artículos 47, 48 y 49 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y revisar y adecuar sus protocolos en materia de traslados, conforme a la normativa internacional suscrita por Chile, relativa a mujeres privadas de libertad.<sup>17</sup>

También, en julio de 2022, el Juzgado de Garantía de Concepción conociendo una cautela de garantías, tomó conocimiento de que una mujer imputada que cumplía prisión preventiva en el Complejo Penitenciario de Concepción, durante su séptimo mes de embarazo fue sancionada con internación en celda solitaria, vulnerando así

---

14. Tal como lo señala Olga Espinoza (2016), las mujeres encarceladas presentan menos fugas e intentos de fuga, menor participación en actos violentos y mejores informes de conducta.

15. Corte Suprema, rol 92.795-2016, 1 de diciembre de 2016.

16. Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol 171-2022, 5 de julio de 2022.

17. Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol 171-2022, 5 de julio de 2022.

no solamente los derechos de la imputada en particular, lo que ya es bastante grave toda vez que la prisión preventiva en sí niega el principio de inocencia de la imputada, sino que, además, vulnera las Reglas de Bangkok. Finalmente, el tribunal resolvió por una parte que la sanción en celda solitaria era ilegal y agregó:

Además, por intermedio de la presente resolución advertirá a la autoridad interna penitenciaria, que en estricto respeto de los derechos humanos de las internas y en la forma que el reglamento de establecimientos penitenciarios establece al momento de permitir la internación en celda solitaria de esta, en situación de embarazo y además por permitir un trato vejatorio y degradante y vulnerar sus derechos humanos, Gendarmería de Chile deberá tener en especial consideración esta circunstancia en el futuro a fin de evitar imponer este tipo de sanción a quien se encuentre en estas circunstancias y desde ya aclarar a Gendarmería de Chile que en ningún caso las sanciones internas penitenciarias podrán aplicarse a los hijos de las internas, entendiéndose que respecto a este último punto, Gendarmería ha procedido especialmente en una vulneración de los derechos del niño recién nacido, hijo de la imputada.<sup>18</sup>

La sentencia de 2016 sobre la situación padecida por Lorenza y su hija Sayén fue dictada por la Corte Suprema, es decir, por el máximo tribunal del Estado. Sin embargo, ello no fue suficiente para que Gendarmería de Chile acatara en la práctica lo ordenado por la justicia, aun cuando según la ley dicho organismo es una institución jerarquizada, disciplinada y obediente.

Por lo anterior, pareciera ser que efectivamente la forma de evitar la vulneración de derechos de madres e hijos por parte del Estado de Chile en contexto penitenciario sería la de sustraer a estas personas del contacto directo con Gendarmería de Chile, tal como lo señala el proyecto de ley en análisis: improcedencia de prisión preventiva y suspensión de la pena privativa de libertad en casos de embarazo de la madre o existencia de hijos o hijas menores de tres años. De acuerdo con los datos estadísticos de Gendarmería de Chile 42,7% de las mujeres privadas de libertad están sujetas a la medida cautelar de prisión preventiva y el 80% del total de mujeres privadas de libertad se encuentran en edad fértil —entre 18 y 44 años—, lo que equivale a 2.772 mujeres (Gendarmería de Chile, 2019b).

Si bien el texto propuesto no lo señala expresamente, entendemos que el hijo o hija menor de tres años de edad debe estar al cuidado de la madre o podría haberlo estado de no mediar causa penal, para que se configure la causal. Es decir, si el hijo se cría con el padre o abuelos o se encuentra institucionalizado por una razón distinta a la existencia de una causa penal que haya provocado la separación de madre e hijo, no correspondería —a nuestro entender— la suspensión de la pena ni la aplicación de una medida cautelar distinta a la prisión preventiva bajo este fundamento.

---

18. Juzgado de Garantía de Concepción, RIT 12.534-2021, 2 de junio de 2022.

Pero, ¿por qué tendríamos que suspender la privación de libertad de una mujer solamente por el hecho de estar embarazada? Pues por lo siguiente:

La privación de libertad de la madre, trae aparejada como consecuencia el abandono de la crianza de los hijos, o una privación de libertad colateral sobre el hijo en el caso de ser menor de dos años. Nos enfrentamos aquí ante una extensión de la condena de la madre hacia el niño o niña que queda, o sin su madre, o con ella al interior de la cárcel (Senado, 2017).

Para esta propuesta se ha tenido en consideración los efectos colaterales que esto puede tener en niños y niñas en sus primeros años de vida, como son la mayor probabilidad de tener problemas para vincularse con otras personas, desadaptación y trastornos de personalidad (Senado, 2017). Sin embargo, la presencia de estos en la cárcel genera inconvenientes respecto de la madre a su vez, ya que muy probablemente tendrá que vivir y aceptar situaciones con otras reclusas o con el personal de la administración penitenciaria en miras de no hacerse acreedora de sanciones y correr el riesgo de ser separada su hijo o hija de forma temporal o permanente. Por lo que esta situación aparentemente humanitaria de mantener a los hijos con sus madres en prisión se transforma en un mecanismo de control social de la mujer privada de libertad (Antony García, 2001).

Por otra parte, estas situaciones vulneradoras de derechos particulares también vulneran normas legales en sentido amplio, tanto a nivel nacional como internacional. En el plano interno, la Constitución Política de la República señala en sus artículos 1 y 5 que el Estado está al servicio de la persona humana y del bien común, y que de la persona derivan derechos esenciales que el Estado debe respetar y promover; esto configuraría una concepción personalista e instrumental del Estado (Nogueira y Aguilar, 2018).

Desde el punto de vista penitenciario, si bien la normativa sobre la materia no respeta el principio de legalidad en materia de ejecución, cada vez que su regulación se encuentra contenida en un reglamento, este establece obligaciones para la administración en cuanto a respetar la dignidad humana de las personas privadas de libertad, así como que estas no sean sometidas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Estas normas se vulneran cada vez que tenemos a una mujer en estado de gravidez y es tratada como el resto de los internos, entendiendo que ello es igualdad. Y podría serlo, pero es una igualdad formal la que puede generar inequidades en la práctica.

La verdad de las cosas es que la igualdad puede ser formal o material (Pérez, 2021, citando a Roberto Saba). La igualdad formal es entendida como no discriminación, y la igualdad material o estructural como no sometimiento, es decir, entendida como contraria a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación. Por lo tanto, las medidas que se tomen en nombre de la igualdad deberán estar orientadas a dismantelar esa desventaja estructural, evitando la perpetuación de grupos

sometidos dentro de una sociedad. Lamentablemente, en ocasiones, las instituciones penitenciarias invocan la igualdad de trato de los reclusos para no realizar mejoras respecto de las mujeres dentro de los establecimientos penitenciarios. Sin embargo, esta igualdad formal traerá como consecuencia un impacto diferenciado en ambos grupos, hombres y mujeres.

El encarcelamiento supone un factor de exclusión que somete a las mujeres al círculo vicioso de la criminalidad. Las responsabilidades de cuidado que pesan sobre ellas, el hecho de que su encarcelamiento no ayuda, sino que la mayoría de las veces dificulta su reintegración social y el impacto que su encarcelamiento acarrea en sus hijos e hijas, deben ser factores considerados muy especialmente en la defensa especializada para evitar que entren en prisión (Alonso, 2021: 32).

Así las cosas, muchas veces será necesario un trato no igualitario para equilibrar diferencias fácticas. Tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en sentencia del caso *Castro Castro con Perú*:

303. Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que «no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación». Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, «es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada», y que abarca «actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad».<sup>19</sup>

En ciertas materias, como la que ahora se analiza, se requiere de acciones afirmativas que serían la necesaria consecuencia de la igualdad material (Pérez, 2021). En el caso en cuestión, se toma en cuenta no solamente la perspectiva de género, sino también las consideraciones relativas a los derechos de los niños y niñas para discriminar positivamente o aplicar una acción afirmativa, como quiera llamarse, aplicando a mujeres que se encuentran insertas en un proceso penal o que deben cumplir una pena privativa de libertad una norma distinta para poder respetar de igual manera (materialmente) sus derechos fundamentales. Es la única manera de superar la concepción androcéntrica del sistema penitenciario que invisibiliza a las mujeres privadas de libertad, fenómeno que se reproduce en nuestro país (Antony García, 2001).

---

19. Sentencia del caso penal *Miguel Castro Castro con Perú*, Corte IDH, Serie C 160, 25 de noviembre de 2006, párrafo 303, fondo, reparaciones y costas.

Lo que señala Marcela Aedo (2002) respecto de las adolescentes privadas de libertad podemos también aplicarlo respecto de mujeres adultas. Por la vigencia de estereotipos sexistas dentro de la cultura institucional, por el problema de ser las mujeres un número reducido, por la falta de infraestructura adecuada y una precaria garantía del derecho a la salud, dentro de la cárcel ellas se convierten en las grandes olvidadas. Tristemente:

En el caso de las mujeres encarceladas se configura un triple cautiverio: el que surge del género, el que deriva de la privación de derechos fundamentales en forma previa a la entrada a la cárcel y el que emana de la anulación y/o restricción de derechos humanos como consecuencia de su ingreso a un establecimiento penitenciario (Pérez, 2021: 69).

En el ámbito internacional de derechos humanos existen varias normas que resultan vulneradas a la luz de los hechos descritos; no se respetan, por ejemplo, las normas de la CEDAW en cuanto a que el Estado cree políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer; garantizar a estas el ejercicio y goce de sus derechos y libertades, y garantizar a las mujeres y sus hijos e hijas los servicios apropiados en relación con el embarazo, parto y lactancia (artículos 2, 3, 4.2, 5.2 y 12.2).

Otro tanto podemos decir de la Convención de Belém do Pará que indica que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia. También, que los Estados se comprometen a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia contra las mujeres (artículos 2, 3 y 7).

Ahora, entre las Reglas de Bangkok encontramos el deber de los Estados, en función del interés superior del niño, de prever la suspensión de la reclusión o de la imposición de penas no privativas de libertad por un periodo razonable cuando se trate de mujeres embarazadas o con niños o niñas a su cargo. Y, cuando no haya otra opción, y madres y menores deban habitar las cárceles, asegurar que ellas no sufran medidas de coerción y que reciban reconocimiento médico adecuado, al mismo tiempo que la decisión de separar a los hijos de sus madres se haga teniendo en cuenta el interés superior del niño o niña (reglas 1, 2.1, 9, 11.1, 22, 23, 24, 41, 52.1 y 64).

En el mismo sentido, las Reglas Nelson Mandela en el numeral 47.1 indican que «se prohibirá el empleo de cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor».<sup>20</sup>

Finalmente, la propuesta también afecta los derechos de los niños y niñas, hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad, por lo que es requisito esencial que el aná-

---

20. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*, 17 de diciembre de 2015. Disponible en <https://bit.ly/3Q4C4fN>.

lisis incorpore algunos de los derechos y principios reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, tales como la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho del niño o niña de vivir con su padre y madre, salvo interés superior del niño o niña en contrario; el derecho de todo niño a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y la obligación del Estado de adoptar medidas apropiadas para que ello ocurra; y el derecho del niño o niña a no ser sometido a ningún tipo de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 2, 3, 4, 6, 9, 18, 19).

De acuerdo con la moción presentada, sus autores indican que el fundamento del mismo surge de tener en consideración el impacto diferenciado de la privación de libertad en las mujeres y sus familias, atendido el rol de género que les es asignado por la sociedad, esto es, de cuidadoras de la familia. Por otro lado, este impacto es mayor en mujeres embarazadas o con hijos dentro de la cárcel, ya que un medio hostil como la prisión no puede garantizar las condiciones mínimas que requiere una persona gestante para llevar a buen término su embarazo o para proveer al niño o niña de alimentación y cuidados médicos, entre otros.

Nuestra normativa señala que las personas son libres e iguales en dignidad y derechos y que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres. Por ello, estamos absolutamente de acuerdo en que las mujeres en la situación en análisis deben recibir las mismas garantías que tendrían en el medio libre, para evitar consecuencias negativas posteriores en desarrollo del niño o niña (Senado, 2017).

Teniendo en consideración que la separación del niño o niña de la madre en los primeros años de vida provoca consecuencias a nivel psicológico y físico, el hecho de que no exista regulación sobre la materia, y teniendo también en cuenta que es muy poco probable que una madre con hijos o hijas pequeños o pequeñas a cargo intente fugarse, entendemos que una propuesta como la analizada es consistente. Ya señalaba algo parecido Antony García (2001), quien proponía la suspensión condicional o libertad vigilada para la madre embarazada y lactante durante ese periodo de cumplimiento de la condena.

En función de las situaciones planteadas en este primer apartado, diremos que aprobar la modificación planteada por los senadores Navarro y Quintana no solamente resolvería situaciones fácticas como las comentadas, sino que sería una excelente puerta de entrada a políticas reduccionistas como las planteadas por Iñaki Rivera en su libro *Descarcelación* (2017). Asimismo, Chile podría dar cumplimiento a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, también Reglas de Tokio, que señalan que la prisión preventiva debe ser aplicada como último recurso, así como la aplicación de medidas sustitutivas no privativas de libertad en la sentencia condenatoria, todo ello unido a políticas de despenalización y destipificación de delitos (artículos 2.7; 6.1 y 8.1).

Por lo demás, el último estudio presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) (2019) en lo que nos atañe, señala que existen establecimientos penitenciarios sin acceso a agua potable las veinticuatro horas del día, la alimentación es mala, en opinión de las personas privadas de libertad, y si bien existen enfermerías en las unidades penales, estas son atendidas solamente por paramédicos y únicamente durante el turno de día. También existen celdas con humedad, poca ventilación y plagas de distintos tipos.

De esta manera, podemos decir que, en Chile por lo menos, la privación de libertad de las mujeres embarazadas constituye pena ilícita (Zaffaroni, 2020) desde que las condiciones en las que se cumple la pena, o más grave aún, la privación de libertad sin sentencia condenatoria de por medio, atentan contra los derechos humanos más allá de privación de libertad ambulatoria en sí misma.

Desde el punto de vista de los hijos o hijas de las mujeres privadas de libertad, debemos tener en cuenta que Chile es parte de la Convención de los Derechos del Niño desde 1990 y que en su articulado esta protege el vínculo entre padres e hijos. Particularmente, el artículo 9 señala que «Los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, 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». En el mismo orden de ideas, el artículo 18.2 indica que,

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Debemos señalar también que las políticas públicas del país sobre infancia y adolescencia 2015-2025, en cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño, han dictado diversas normas para garantizar y dar protección especializada a la niñez y la adolescencia —entre ellas, las Leyes 21.430 y 21.302—, donde se señala que una de las líneas de acción es el fortalecimiento y vinculación familiar como principios rectores. Además del interés superior del niño y los principios de igualdad y no discriminación, se indica el fortalecimiento del rol protector de la familia. Por último, se señala que procederá el cuidado alternativo solamente en aquellos casos en que, por una amenaza grave e inminente, esté en riesgo la vida o integridad del niño, niña o adolescente, siempre que la medida sea decretada por el tribunal competente y que no exista otra medida eficaz para evitar la eventual vulneración.

## Principales problemas de las mujeres extranjeras privadas de libertad

A partir de las Reglas de Bangkok, todos entendemos que oficialmente hombres y mujeres no son iguales, que las mismas situaciones pueden afectar diferenciadamente a cada uno de estos grupos. Luego, podríamos pensar que dentro del grupo mujeres «todas son iguales» pero no lo podemos decir, puesto que existen distintos factores que determinan qué y cómo afecta cada situación a una persona/mujer determinada.

Por ello, en relación con el Proyecto de Ley Sayén, es necesario distinguir cómo, aun siendo mujeres, a las mujeres extranjeras embarazadas o con hijos o hijas menores de tres años de edad les afecta de manera distinta y más profundamente la privación de libertad en este contexto, puesto que si la cárcel como institución cerrada resulta nociva para todas las personas que deben transitarla, la situación se torna más severa si la persona no es nacional del país donde se encuentra detenida (PPN, 2018), y si a ello le debemos agregar que se encuentra embarazada, entonces esta interseccionalidad<sup>21</sup> en la situación de vulnerabilidad produce un efecto multiplicador en el impacto negativo que recibirá esta mujer extranjera embarazada privada de libertad.

### Inexistencia de redes de apoyo en Chile

Para la realización del presente trabajo se solicitó información a Gendarmería de Chile, sobre la población condenada femenina extranjera. Al 30 de junio de 2022 había 208 mujeres extranjeras condenadas reclusas y 459 mujeres extranjeras en calidad de imputadas, haciendo un total de 667 mujeres extranjeras privadas de libertad. En proporción, con este dato podemos decir que el 68,8% de las mujeres extranjeras que se encuentran privadas de su libertad lo están de forma preventiva, es decir, engrosan los números de los presos sin condena, lo que confirma los asertos de Castillo y Ruíz (2010) en cuanto a que para las internas extranjeras es mucho más difícil acceder a la libertad antes del juicio, por la falta de arraigo que las afecta, pues no ofrecen garantías de que no evadirán el proceso o la sentencia, lo que indica mayor relación con la falta de domicilio conocido que con la situación de irregularidad de la reclusa.

De acuerdo con los datos del área de estadística de Gendarmería de Chile, al 31 de julio de 2022 había 3.610 mujeres insertas en el sistema cerrado, y de ellas 667 eran extranjeras, lo que equivale al 18,5%. Además, se informa por parte de los mismos que de ellas 597 están privadas de libertad por delitos de la Ley de Drogas.<sup>22</sup> Respecto a este tipo de delitos es relevante tener presente que:

---

21. *Interseccionalidad* o *enfoque de interseccionalidad* es el análisis de cómo interactúan en una persona o colectivo diferentes categorías y, específicamente, cuando concurren varias de ellas de discriminación o dominación.

22. Gendarmería de Chile, *Caracterización de la población penal privada de libertad*, 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3ri2CzC>.

El tráfico de drogas va ligado a trayectorias de exclusión social, [...] también a la pobreza, la precariedad laboral y el paro e incluso la prostitución están presentes en la mayoría de las historias de vida de las mujeres condenadas por este u otros delitos, tales como los delitos contra la propiedad, directamente relacionados con el consumo de drogas (Castillo y Ruíz, 2010: 479).

Lo anterior resulta relevante en esta materia, ya que nos permite fácilmente deducir que, al ingresar a Chile, estas mujeres extranjeras no tienen un proyecto migratorio, por el contrario, vienen trayendo drogas para luego retornar a su país, lo que se traduce en ausencia de redes de apoyo en nuestro territorio.

En este mismo sentido discurre el Protocolo de Atención a Mujeres Indígenas Extranjeras Privadas de Libertad que indica:

Las mujeres [...] que cruzan las fronteras internacionales con ocasión de la comisión de un delito —principalmente relacionados a tráfico de drogas— ingresan solas a Chile y normalmente sin haber informado a su familia del real motivo de su viaje. Por lo tanto, con su detención y posterior prisión preventiva quedan en el absoluto desarraigo ya que no cuentan con redes de apoyo en el país, unido a una condición emocional de angustia por haber dejado a sus hijos con familiares o vecinos (Defensoría Penal Pública de Chile, 2015: 21).

No es baladí que nuestro primer punto sea el de la falta de redes de apoyo en nuestro país, puesto que estas redes no solamente pueden auxiliar en temas puntuales como acceso a vestimenta, útiles de aseo o comida diferente a la entregada por la administración penitenciaria, sino que se vuelve crucial a la hora de avanzar en un proceso de reinserción social. De acuerdo con las normas penitenciarias vigentes, Gendarmería de Chile exige al interno que compruebe la existencia de redes de apoyo externas previo a conceder beneficios intrapenitenciarios<sup>23</sup> y, fundamentalmente, se les exige por medio de la Comisión de Libertad Condicional y por las Cortes, en su caso, para la concesión de la libertad condicional.

Tal como lo señalan Larroulet y otros (2021), las redes de apoyo compuestas por los miembros de la familia, hijos, pareja, madre y hermanos, son fundamentales para promover una reinserción exitosa, puesto que constituyen una fuente de apoyo económico y emocional durante el encierro y cuando recuperan la libertad, otorgando vivienda, ayudando en el cuidado y mantención de los hijos, entre otros.

Ahora bien, los artículos 97 y 110 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señalan que para acceder a permisos de salida el condenado debe contar con medios de apoyo o asistencia familiares, penitenciarios o de redes sociales, lo que de acuerdo a lo anterior sería una especie de garantía para el proceso de reinserción.

---

23. Salida dominical, salida de fin de semana y salida controlada al medio libre, conocida como *salida diaria* o *salida laboral*.

Este apoyo o asistencia se comprueba mediante el registro de visita de familiares a la persona condenada, que a la vez debe ser periódica y constante en el tiempo, lo que en la mayoría de los casos de mujeres extranjeras no acontece.

Dicho esto, la falta de redes de apoyo en las mujeres extranjeras tiene un doble impacto negativo, pues no solo carecerá de visitas que le traigan contención e información del mundo exterior o determinados bienes, sino que además estará ineludiblemente sujeta al total cumplimiento de la condena privativa de libertad, lo que nos parece tiene un sesgo de discriminación secundaria, pues los efectos de la norma que exige redes de apoyo para otorgar beneficios, terminan por excluir a las personas extranjeras.

### *Nivel socioeconómico bajo*

Un segundo problema de estas mujeres extranjeras, que comparten con las mujeres chilenas, es su bajo nivel socioeconómico. Tanto el protocolo recién citado como la investigación realizada por Marcela Aedo (2022) están conscientes de que las mujeres —chilenas o extranjeras— carecen de recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas. «A escala mundial, las mujeres representan 6 de cada 10 de las personas más pobres y en el contexto latinoamericano la tasa de pobreza de las mujeres es más alta que la de los hombres, en todos los países de la región» (2022: 294). Producto de esa misma vulnerabilidad es que aceptan trasladar droga o medicamentos prohibidos (DPP, 2015).

En el mismo sentido, Carmen Antony García(2001), citando a la Conferencia de Beijing, indica que en América Latina la delincuencia femenina está asociada a las paupérrimas condiciones de vida. Los menguados ingresos obtenidos en el exterior se vuelven inexistentes dentro de la cárcel, puesto que no existen alternativas dentro de las cárceles chilenas que permitan a las mujeres adquirir los conocimientos de un oficio que les permita ganarse la vida dentro y fuera de la prisión. A pesar de que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios establece como obligación para las mujeres condenadas —y para la población penal condenada, en general— haber participado en forma regular y constante en las actividades programadas en la unidad, como los talleres de capacitación y trabajo, lo cierto es que esos trabajos son ineficientes. Para muestra un botón, existen en nuestras cárceles talleres de origami o talleres de talabartería donde enseñan a internas e internos a confeccionar *chaucheros* (portamonedas) que cumplen con la finalidad de obtener de la persona privada de libertad «el aprendizaje de la disciplina capitalista de producción [...] por medio de un comportamiento regulado y el sometimiento a la autoridad» (Melossi, 1980: 41), pero no cumplen con la finalidad, natural de todo trabajo, de generar ingresos para quien realiza la actividad.

Por lo demás, y estrechamente relacionado con lo anterior, hay que señalar que para poder realizar actividades laborales dentro de las unidades penitenciarias se requiere de alguien en el exterior que cumpla el rol de ingresar los materiales de trabajo, como cuero para los talleres de talabartería o papel para los talleres de origami y que luego saque los productos de la cárcel y los venda. Por lo que, nuevamente, las mujeres extranjeras se encuentran en desventaja pues no tendrían quién cumpla esa función, salvo las organizaciones pastorales católicas o evangélicas que a veces cumplen ese rol.

Por lo demás, si bien en algunas ocasiones las internas pueden trabajar dentro de las unidades penitenciarias, estos trabajos son de menor calidad, generalmente faltos de capacitación, puesto que se reducen a labores de limpieza o cocina. Esta situación no solamente ocurre en Chile como país latinoamericano, en cárceles españolas también se pueden obtener estos ejemplos de discriminación por género. Así, Castillo y Ruiz (2010: 484) recogen estas mismas críticas, señalando que «el tipo de trabajo ofertado es fuertemente marcado por el rol de género» y que dicen mayormente relación con labores de corte y confección, lavandería y limpieza.

Además de ello, sin acceso a visitas por parte de familiares o conocidos, las extranjeras no cuentan con los mínimos enseres como vestimenta o útiles de aseo. Aun cuando las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos indican que debe facilitárseles a los reclusos útiles de aseo y ropa acorde al clima, esto no ocurre en Chile, siendo la persona privada de libertad quien debe buscar cómo acceder a tales objetos por sus propios medios, contando con ayuda de sus familiares, mientras que las extranjeras muchas veces dependen de la caridad de otras reclusas.

### *Limitada o nula comunicación con su familia*

Un tercer problema que podemos observar durante el encierro es que las reclusas tienen una limitada o nula comunicación con su familia. Esto puede deberse a que la familia no cuenta con teléfono en donde vive o a que la mujer detenida pierde los datos de contacto, números de teléfono o correos electrónicos, lo que redundaría en un estado de ansiedad y depresión a los pocos días de ingresar, así como fobias, neurosis, automutilación, entre otros, temas que no son eficientemente tratados por la administración penitenciaria.

Los presos extranjeros, en particular los que no vivían en [el país] antes de su detención, se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad por estar alejados de su núcleo familiar y afectivo, lo que conlleva que no reciban visitas de familiares y amigos. [...] A ello se suman las serias dificultades para comunicarse telefónicamente con sus países de origen, debido a la falta de recursos económicos para adquirir tarjetas telefónicas y por obstáculos que interpone el [Servicio Penitenciario]. Ello provoca un gran aislamiento de estas personas y la ruptura de sus vínculos fami-

liares, que se suma al general aislamiento que conlleva la pena carcelaria, lo que afecta negativamente a su futura reinserción social. Además de la enorme angustia que provoca la pérdida de contacto con sus seres queridos, sobremanera en el caso de las madres que dejan en sus países de residencia a hijos menores en situación de desamparo (PPN, 2013: 343).

En el mismo sentido que el párrafo transcrito discurre el Oficio Circular 195-2022 del director nacional de Gendarmería de Chile, que instruye un procedimiento de llamadas telefónicas o videollamadas y señala que este acto administrativo «tiene por objeto contribuir a los procesos de reinserción de las personas privadas de libertad a través de los vínculos socio-afectivos con su entorno familiar y que durante el periodo de reclusión no se interrumpan las relaciones con sus familias». Agrega que es necesario también tener en consideración a las personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera, por lo que se decide otorgar visitas virtuales o llamadas telefónicas a los extranjeros o extranjeras cuya familia tenga residencia fuera de Chile. Y para dar completa efectividad a este derecho a la comunicación se establecen las obligaciones para los directores regionales de Gendarmería de Chile de solucionar los problemas logísticos, como la falta de datos de contacto, y de dar a conocer esta información a las internas extranjeras.

### *Deficiente o nula atención en materias de salud mental*

Íntimamente ligado con el punto anterior, está el problema de salud de las mujeres privadas de libertad. Crisis de pánico o angustia, miedo, ansiedad por la separación de algún hijo o hija o persona dependiente de ellas, entre otras, son las circunstancias generadoras de conflictos para las internas dentro de las cárceles. Si no tienen medicación oportuna buscan la forma de evadir su dolor dentro de la prisión, algunas se autolesionan otras encuentran la forma de conseguir alcohol o drogas y otras, más o menos afortunadas, dependiendo del prisma con que se mire, acceden a medicamentos de carácter psicotrópico, pero no acceden a consultas periódicas con un psicólogo para hablar de los temas que les hacen daño.

Si bien en cada centro penitenciario debe haber, al menos, una dupla psicosocial con la función de entrevistar a las personas reclusas para la elaboración de planes de intervención individual y para determinar que cierto recluso o reclusa pueda o no acceder a beneficios intrapenitenciarios, salvo algún episodio crítico donde alguna interna pueda encontrarse descompensada, por lo general no habrá acceso a un tratamiento psicológico intrapenitenciario. Esto nuevamente vulnera derechos fundamentales, puesto que las personas privadas de libertad mantienen su derecho a tener salud o acceso a ella en los mismos términos que las personas libres.

Para reforzar nuestros asertos, hacemos presente que el estudio de condiciones carcelarias (INDH, 2019: 160) señala que:

En los diferentes informes [del INDH] se mencionan patologías presentes en la población penal, tales como esquizofrenia, depresión, bipolaridad, trastorno del sueño, insomnio, trastorno de personalidad, trastorno de la personalidad antisocial, límite y *borderline* (sic), ansiedad o trastorno ansioso y crisis de pánico. También se reportan alteraciones asociadas al uso de drogas, las que son enunciadas como «farmacodependencia», «consumo problemático de drogas» y «trastorno por abuso de sustancias» [...]. Uno de los problemas radica en que existiendo patologías o trastornos vinculados a la salud mental no se disponga de atención médica especializada para estas dolencias.

Como efectivamente los recintos penitenciarios en nuestro país no cuentan con doctores en medicina general de forma permanente, sino que las enfermerías son atendidas por paramédicos en horario de 9 a 17 horas, es menos probable aun que se cuente con profesionales psicólogos o psiquiatras disponibles para consultas para las internas condenadas. Lo que ocurre, en general, en nuestras cárceles es que las y los internos reciben atención médica especializada en establecimientos de salud externos y de acuerdo con la general lista de espera, esto es, no hay prioridad por encontrarse bajo la tutela del Estado. Esto influirá en que pueden pasar meses o, incluso, años antes de que llegue el turno de tener atención. A modo de ejemplo, se puede señalar que esta autora —en su papel de defensora penitenciaria— solicitó al Juzgado de Garantía que se oficiara al Hospital Psiquiátrico —con fecha 1 de septiembre de 2022— para que se evaluara si un condenado había caído en enajenación mental durante el cumplimiento de su condena, siendo la respuesta de esta institución que no quedaban horas de atención ambulatoria para el 2022. Luego, si no hay horas disponibles para una evaluación de enajenación mental sobreviniente, con la importancia que esta reviste para la continuidad de la ejecución de la sentencia, difícilmente se puede esperar atención periódica para mujeres privadas de libertad.

### *Discriminación por parte de otras reclusas o personal de la administración*

Un penúltimo punto problemático al que haremos mención es a la discriminación racial.<sup>24</sup> Chile es un país altamente racista por el color de la piel, por lo que, en general, cualquier extranjero con rasgos indígenas o afrodescendientes no tiene el mismo

---

24. Discriminación racial «denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública». Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1, parte 1, 4 de enero de 1969.

recibimiento que un extranjero con las características físicas del norte global y sufre, por tanto, algún grado de discriminación.<sup>25</sup>

A esta discriminación por la raza o la nacionalidad, hemos de sumarle la discriminación que sufre por el hecho de ser mujer y delincuente, acarreado, por tanto, un estigma mayor que su par masculino (Antony García, 2001), desde que ha abandonado su rol de buena hija, madre o esposa, se ha masculinizado. Luego, al infringir la ley y hacerse acreedora de encierro alejada de su familia debe cargar también con el estigma de ser «mala madre» (Corporación Humanas, 2019).

La mujer extranjera condenada o presa sin condena es «la diferente, si está presa, es porque lleva la droga en el cuerpo, la que viaja con la droga, la mula, la que la carga, la explotada, la sumisa, la pobre, la vulnerable», es decir, carga un estigma por ser extranjera y estar privada de su libertad por causas de drogas. De alguna forma esta unión entre extranjería y tráfico de drogas la rebajan a una situación inferior respecto de los demás reclusos (Almeda, 2011: 38).

### *Riesgo de violencia sexual*

Carmen Antony García (2001), citando un informe de Human Rights Watch, señala respecto de reclusas norteamericanas que «más de la mitad de las reclusas ha experimentado algún abuso sexual durante su encarcelamiento, bajo diversas formas: violaciones anales, vaginales u orales, abusos físicos o psicológicos como negar permisos o visitas, o bien recompensa por parte de carceleros». De esto lo más preocupante «es la impunidad de sus autores, sea porque no se hacen las investigaciones, porque las reclusas no denuncian por temor, o porque aun cuando se comprueben tales hechos, los que los cometen solo son trasladados a otras dependencias».

## **Problemas fácticos de la implementación del Proyecto de Ley Sayén en relación con mujeres extranjeras privadas de libertad**

Partiendo de la base que esta autora está absolutamente de acuerdo con la propuesta legislativa que pretende modificar el Código Procesal Penal para garantizar derechos internacionalmente reconocidos a madres e hijos, debemos relevar los problemas o nudos críticos que hemos encontrado en relación con mujeres extranjeras insertas en un proceso penal.

---

25. Según la encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (Casen) 2017, 32,2% de los hogares con jefe de hogar extranjero declara que algún miembro del hogar fue discriminado o tratado injustamente fuera del hogar en los últimos doce meses. Siendo las principales nacionalidades afectadas la colombiana (50,8%), venezolana (36,1) y peruana (31,6%), Resultados inmigrantes, Encuesta de Caracterización Socioeconómica (Casen), 2017, Ministerio de Desarrollo Social. Disponible en: <https://bit.ly/4732Zyv>.

## Lugar de la reclusión domiciliaria

El artículo 141 propuesto indica que «no se podrá ordenar la prisión preventiva: d) cuando la imputada se encontrare embarazada o tenga un hijo o hija menor de tres años de edad».

La norma propuesta no dice qué medida cautelar se le dará a esa mujer embarazada o que tenga un hijo o hija menor de tres años de edad. Podría ser cualquiera, pero entendiendo que la prisión preventiva se decreta o debería decretarse solamente cuando las demás medidas cautelares personales fueran estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, debemos concluir que la única opción válida que nos queda, avanzando en la escala gradual de medidas cautelares, es la privación de libertad domiciliaria, sea en su modalidad total o parcial.

Marta Monclús (2017), haciendo un análisis de la jurisprudencia argentina sobre la materia, indica que la Procuración Penitenciaria de la Nación ha señalado que es esencial mantener el vínculo materno filial en los primeros años de vida, puesto que el contacto entre madre e hijo es condición necesaria para mantener la lactancia materna, protegida en diversos instrumentos internacionales. Teniendo presente, claro está, que crecer en una prisión no puede constituir nunca el mejor entorno para el desarrollo del niño y bajo ese fundamento de alguna forma se invierte la carga de la prueba y se presume que la mejor forma de proteger el interés superior del niño es mediante la concesión del arresto a la madre, de modo que para denegarlo sería necesario demostrar lo contrario.

Luego, teniendo presente que el tema que nos ocupa son las mujeres extranjeras que puedan acceder a este —lo llamaremos— *beneficio*. Mujeres que dijimos no tienen proyecto migratorio en Chile, ni redes de apoyo ni recursos económicos. La pregunta lógica es ¿dónde va a cumplir esta mujer extranjera su arresto domiciliario en Chile? ¿Qué opciones puede darnos nuestro legislador ante esta situación?

Primera opción: ya que las mujeres extranjeras, en general, no cumplen con el requisito básico de tener un domicilio donde cumplir el arresto domiciliario, entonces a ellas no se les aplicará la norma en comento y, por tanto, tendrá que ingresar a cumplir prisión preventiva como lo hará la generalidad de las mujeres. Claramente es una alternativa con la que no podemos estar de acuerdo, puesto que uno de los principios rectores de nuestra carta fundamental, de los tratados internacionales e incluso del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, es la prohibición de la discriminación. Claro que se habla de una discriminación arbitraria y algunos detractores podrán decir que esta discriminación no es arbitraria puesto que para la implementación del beneficio de no aplicación de privación de libertad en centros de Gendarmería de Chile se deben cumplir requisitos que, ya sabemos, las mujeres extranjeras no cumplen, de todas maneras, esta opción queda fuera de toda discusión.

Sin embargo, creímos necesario contemplarle precisamente para descartarla de plano y que el lector no lo considere como un camino a seguir.

Segunda opción: realizar una indicación al proyecto que contemple recursos económicos para crear residencias para las mujeres extranjeras en las circunstancias en análisis, embarazadas o madres de hijos o hijas menores de tres años. Lo que impide esta opción es que, por mandato constitucional, las iniciativas de ley que involucran presupuesto fiscal han de ser de iniciativa exclusiva del presidente de la República.

Supongamos que superamos ese bache porque la modificación planteada es realizada por el Ejecutivo. Esta opción es probablemente más difícil de conseguir aun cuando tengamos una lectura de derechos humanos en el contexto, puesto que actualmente en Chile —como en otros países de la región— los extranjeros no son vistos con buenos ojos.<sup>26</sup> Aun cuando el porcentaje de delinquentes extranjeros es mínimo, en el inconsciente colectivo está instalada la idea de que los extranjeros vienen a Chile a quitarle el trabajo a los chilenos o a delinquir.

De acuerdo con los datos obtenidos de la página de Gendarmería de Chile, al 31 de julio de 2022 existían 4.755 personas extranjeras privadas de libertad, lo que constituye el 10,9% del total, datos que no avalan la construcción discursiva del binomio migración y delincuencia (PPN, 2018). Del total, solo 667 son mujeres, es decir, 0,15% del total, y aun cuando no tengamos el dato específico de cuántas de ellas están embarazadas o son madres de hijos o hijas menores de tres años, podemos asegurar sin temor a equivocarnos que no todas ellas se encuentran en la situación en análisis (Gendarmería de Chile, 2019a).

Ahora, estas residencias podrían ser tres en un principio, que abarquen las macrozonas norte, centro y sur y luego, cuando se haya avanzado el camino, se hayan implementado planes y analizado los resultados, se evaluará la situación que se dé en ese momento. Quizás no se necesite una residencia en el sur o tal vez se requieran dos o tres más en el norte, pensando que las estadísticas muestran que los primeros lugares de extranjeros infractores los ocupan bolivianos, colombianos y venezolanos.

Tercera opción: seguimos con el Proyecto de Ley Sayén en las mismas condiciones en que la presentaron los senadores Navarro y Quintana, esto es, sin presupuesto. Se podría realizar una indicación al proyecto que indique que las casas de acogida<sup>27</sup> hoy existentes en Chile y dependientes del Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género (Sernameg), que ofrecen protección temporal a las mujeres y sus hijas e

---

26. BBC News Mundo relató una marcha contra la llegada de inmigrantes llamada «No+migrantes», que congregó a unas 5.000 personas en la ciudad de Iquique. La manifestación terminó con las pertenencias de los migrantes destruidas y quemadas por parte de algunos de los chilenos participantes de la actividad. (BBC News Mundo, *Chile: la marcha contra migrantes que terminó con la quema de pertenencias y carpas de extranjeros*, 2021. Disponible en <https://bit.ly/46GmXyU>).

27. Hoy hay 43 en funcionamiento.

hijos hasta los catorce años que se encuentran en situación de riesgo grave o vital por violencia de su pareja o expareja, puedan también acoger a las mujeres extranjeras embarazadas o con sus hijos o hijas de hasta tres años de edad.

La crítica que se podría generar y que, eventualmente, pudiera traer como consecuencia la desestimación de esta alternativa, es la misma que se hizo en su momento a los centros del —hoy agónico— Servicio Nacional de Menores (Sename), que albergaba en un mismo centro a niños vulnerados en sus derechos junto a adolescentes infractores de ley. Esta institución, lejos de lograr la resocialización de los infractores de ley, producía un contagio criminógeno hacia los niños vulnerados.

Esto podría constituirse claramente en una realidad, ya que ambas categorías de mujeres, vulneradas e infractoras, comparten características de base, como ser mujeres pobres, desescolarizadas, a cargo de personas dependientes de ellas. Contexto que a las infractoras de ley las convierte en presa fácil de narcotraficantes, quienes las utilizan como «burreras» para transportar droga dentro o fuera de su cuerpo. Sin embargo, es necesario tener presente que:

Debe destacarse que la «selección» de esas mujeres no resulta azarosa, sino que responde a un aprovechamiento de la situación de especial vulnerabilidad que las atraviesa; son principalmente madres o cuidadoras, jefas de familia, en situación de pobreza o de extrema necesidad socioeconómica que ven en estas ofertas la posibilidad de llevar algo de dinero a sus hogares; de subsistir (PPN, 2018: 370).

Ahora bien, no se quiere decir con esto que las mujeres con recursos económicos y estudios no sean víctimas de violencia de género, sino solamente que aquellas que no tienen los recursos económicos o redes de apoyo son las que finalmente hacen uso de las casas de acogida dependientes del Sernamg.

Sin embargo, habría que tener presente que en Chile solamente un 7,3% de la población penal corresponde al género femenino. Y en la escala de los delitos por los que enfrentan procesos penales se encuentran en primer lugar los delitos por Ley de Drogas con un 40,8%, el segundo y tercer lugar lo ocupan delitos contra la propiedad, delitos de robo 22,4% y hurto 10,7%, respectivamente (Gendarmería de Chile, 2019a). De esto se sigue que las mujeres delinquen menos que los hombres y que lo hacen por delitos menos graves y menos violentos. Cabe señalar que muchas de estas mujeres antes de ser infractoras de ley fueron víctimas de violencia.

Un estudio realizado en Chile con una muestra de 225 mujeres que egresaron de la cárcel en Santiago, dio cuenta que 62% de ellas experimentaron algún tipo de maltrato siendo menores de edad. Específicamente, 48% experimentó violencia verbal y 45% violencia física y/o sexual. Entre quienes sufrieron violencia física y/o sexual antes de cumplir la mayoría de edad, 20% estuvo bajo custodia estatal en algún momento, y 28% vivió en la calle. Estas experiencias tempranas de violencia

y victimización se extienden también en las relaciones de pareja: 69% reporta haber experimentado violencia física o sexual en alguna relación.<sup>28</sup>

De acuerdo con lo anterior, no sería ilógico pensar que estas mujeres excarceladas en función de su ciclo vital de madre gestante o lactante puedan cumplir su medida cautelar o pena en estas casas de acogida destinadas a mujeres y sus hijos e hijas víctimas de violencia intrafamiliar ya existentes, y que junto con ello puedan acceder a programas de reparación y restitución de sus derechos vulnerados. Teniendo presente que cuentan con «características de agresoras y víctimas, con escasa educación formal, desempleo o subempleo, abuso de sustancias, antecedentes de victimización y con hijos bajo su cuidado, condiciones que perfilan un cuadro de vulnerabilidad y marginalidad de mayor riesgo» (Espinoza, 2016: 100).

Cuarta opción: de acuerdo con la actual política migratoria y la eventual modificación de la Ley 18.216, que en un principio establecía como pena sustitutiva para extranjeros condenados a una pena igual o inferior a cinco años (y sin condenas previas), la expulsión del país y que luego eliminó esa posibilidad para las personas condenadas por delitos de la Ley de Drogas, y ahora restablecería la posibilidad de expulsión para delitos de la Ley 20.000, podríamos pensar que tratándose de una mujer embarazada o con hijos o hijas de hasta tres años, su pena privativa de libertad pueda ser sustituida por la expulsión a su país de origen, cualquiera sea el tiempo de condena impuesto en la sentencia condenatoria.

Y tratándose de mujeres que ingresan al país con sustancias prohibidas, podría aplicarse el criterio establecido en la nueva Ley de Migraciones 21.325, de reconducción o devolución inmediata, posterior al decomiso de las sustancias, lógicamente. Estas medidas, si bien son prohibidas en el derecho internacional de los derechos humanos por atentar contra una serie de derechos de las personas que se encuentren en contexto de movilidad humana (DPP, 2022), tendrían una fundamentación pro derechos de la mujer embarazada o con hijos o hijas de hasta tres años de edad y, por supuesto, la aplicación de los principios de interés superior del niño. Es decir, el derecho a no ser separado de su madre y su derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, nivel que en ningún contexto puede adquirirse dentro de una prisión.

Si bien es cierto, el artículo 131 de la Ley 21.325 señala en su inciso séptimo que «tampoco se reembarcará o devolverá a los extranjeros que sean sorprendidos de manera flagrante en la perpetración de un delito o sean requeridos o deban permanecer en el país por orden de los tribunales de justicia chilenos, en cuyo caso deberán ser puestos inmediatamente a disposición de estos», no es menos cierto que, un Estado

---

28. Catalina Droppelmann, «La invisible vida de las mujeres privadas de libertad», *Ciper Chile*, 15 de abril de 2021. Disponible en <https://bit.ly/44ANUSQ>.

es soberano para decidir sus políticas punitivas. Por tanto, si el Estado de Chile decidiera, respetando los derechos fundamentales de madres e hijos, instalar una política de no persecución de la madre embarazada o con hijos en las circunstancias ya descritas, podría hacerlo, sin que ello signifique una despenalización de la conducta de los demás involucrados en el delito de tráfico o sin que signifique que los narco traficantes tengan carta abierta para ingresar drogas a Chile valiéndose de mujeres en estado de gravidez teniendo a la vista su exclusión de los procesos penales, porque el enfoque diferenciado solamente se presenta respecto de la mujer extranjera que cumpla los requisitos de estar embarazada o el improbable caso de que venga con sus hijos o hijas menores de tres años.

Por otro lado, la mujer que ya enfrentó el proceso penal y que obtuvo sentencia condenatoria debería poder acceder a la expulsión judicial del territorio de Chile como pena sustitutiva, independiente del lapso de la pena, en atención a que su privación de libertad traerá aparejada indubitablemente afectación de derechos más allá de la sola limitación a la libertad ambulatoria.

### Suspensión de la condena privativa de libertad o cumplimiento en libertad

Por su parte, el artículo 468 bis propuesto establece la suspensión de la condena privativa de libertad mientras la mujer se encuentre embarazada o hasta que los hijos a su cargo cumplan tres años, o seis en caso de enfermedad grave o discapacidad física o mental de los hijos o hijas, tiempo en el cual estarán sujetas al control de la autoridad, abonándose el tiempo transcurrido al total de la condena. Aquí no se señala cuál es ese control, si se está pensando, por ejemplo, en una firma semanal o mensual ante Gendarmería de Chile o si se dispondrá de un dispositivo telemático de control. Y, en este último caso, tampoco queda claro si estaríamos hablando de una reclusión parcial o total. Temas muy interesantes que dividiremos en dos subapartados.

### Suspensión de la condena

Actualmente, existen en Chile establecimientos penitenciarios habilitados para mujeres condenadas o en prisión preventiva que se encuentran embarazadas, espacio que comparten con las mujeres que ya han dado a luz y sus hijos de hasta dos años, edad a la cual el niño o niña es egresado del establecimiento penitenciario. Por cierto, la fijación de dicha edad ha recibido críticas en el sentido que para algunos solo es un retraso de la separación de madre e hijo.

Si bien es cierto que no podemos mantener a los hijos eternamente en prisión, puesto que no corresponde que ellos sufran todos los efectos del encarcelamiento en tanto no son sujetos de reproche penal, esta estadía del menor en sus primeros meses de vida tiene claramente un carácter cautelar. Por lo demás, aquel vive la cárcel de

una manera distinta. No podríamos decir válidamente que a un niño de seis meses o un año le estamos privando de su libertad ambulatoria, porque claramente no tiene posibilidad de movimiento autónomo, pero claro está que, en la medida en que se hace mayor y va logrando mayor autonomía, no podríamos mantenerlo más tiempo en compañía de la madre privada de libertad. Pero ello no nos puede hacer obviar el hecho que sí habrá una separación de la madre para ser llevado a un entorno con personas que desconoce cuando tiene dos años de vida y, por tanto, es más consciente —aunque no pueda verbalizarlo— de que la situación cambió y, lo que es peor, no tiene las habilidades que le permitan enfrentar ese proceso.

Por lo anterior, consideramos que para el caso de las mujeres en la situación en estudio debe plantearse una indicación al proyecto que sostenga que la pena no se suspenderá, sino que se cumplirá en libertad a través de una pena sustitutiva de privación de libertad, que sería reclusión domiciliaria parcial con monitoreo telemático por todo el tiempo que dure la condena impuesta. Esto tiene como objetivo evitar la separación del hijo o hija de su madre por un lado y de cumplir los fines de la pena, por el otro, independientemente de si este es retributivo o de prevención.

### Cumplimiento en libertad

Creemos que más que una suspensión de la condena privativa de libertad debiera otorgarse a la mujer en la situación en análisis la posibilidad de que cumpla su pena a través de una pena sustitutiva, específicamente, reclusión parcial domiciliaria en residencias estatales cuando la condena es mayor a cinco años y también en los casos donde la condena es menor de cinco años, cuando la mujer condenada no pudo ser expulsada de acuerdo con artículo 34 de la Ley 18.216,<sup>29</sup> en el entendido que se restituya la posibilidad de otorgar el beneficio respecto de delitos de drogas.<sup>30</sup>

El cumplimiento de pena en modalidad de reclusión parcial domiciliaria nocturna permite a la madre llevar al niño o niña al parque o a sus controles médicos sin tener que solicitar autorización al tribunal cada vez que ello sea necesario. Porque, recordemos, la idea detrás del Proyecto de Ley Sayén es evitarle al niño o niña el encierro, y si lo único que hacemos es cambiar las cuatro paredes de una cárcel por las cuatro paredes de una casa de residencia, más allá de otros males que pudieran existir en prisión, claramente no estamos cumpliendo el objetivo buscado.

Por otro lado, tomando esta opción, procedería coordinar intersectorialmente: primero, para que ese niño o niña que viva con su madre pueda acceder a sala cuna o

---

29. La Ley 18.216 establece un sistema de penas sustitutivas a la privación de la libertad y en su artículo 34 regula la expulsión de extranjeros sin residencia legal en Chile.

30. El Mostrador, *Ministerio de Justicia anuncia cambios en la ley para expulsar extranjeros condenados por drogas*, 22 de agosto del 2022. Disponible en <https://bit.ly/44BIYx4>.

jardín infantil y, segundo, para que la madre —respetando las normas legales de pre y postparto— pueda acceder a un trabajo que le permita obtener recursos para ella y para su hijo o hija, a la vez que se le permite avanzar en su programa de reinserción social.

Expuestas las alternativas que tendría Chile para dar efectivo cumplimiento a la modificación del Código Procesal Penal planteada, tomaremos una de las posiciones que a nuestro entender cumple con los requisitos de carácter internacional de dar protección tanto a la madre como a los hijos, que sería el cumplimiento de medidas cautelares y cumplimiento de pena (sin suspensión) en residencias dependientes del Sernameg, donde las mujeres puedan acceder no solamente a una infraestructura física que las albergue sino que también puedan acceder a programas de reparación de derechos vulnerados, entendiéndose que antes de ser infractoras de ley fueron mujeres —niñas o adolescentes— vulneradas en sus derechos.

## Indicaciones

En el inciso segundo nuevo del artículo 141, agregar a continuación de la letra d) un nuevo inciso segundo del tenor que sigue:

Cuando la mujer que se encontrare imputada sea extranjera sin domicilio en Chile y se encuentre en estado de embarazo o tenga un hijo o hija menor de tres años de edad a su cargo y que corresponda, por la gravedad del delito o para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, aplicar la medida cautelar de prisión preventiva, se le aplicará en su lugar, la medida cautelar de arresto domiciliario parcial, en las casas de acogida dependientes del Sernameg, lugar donde además de cumplir su medida cautelar será entrevistada por eventuales vulneraciones a sus derechos y constatándose la vulneración, accederá a programas de reparación de los mismos.

En el epígrafe del artículo 468 bis, se reemplazan las palabras «suspensión de la ejecución de la sentencia penal» por la expresión «cumplimiento de la pena privativa de libertad en modalidad de reclusión domiciliaria nocturna».

En el inciso primero, reemplazar las palabras «su cumplimiento se diferirá hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad» por la expresión «cumplirá su pena privativa de libertad en modalidad de reclusión domiciliaria nocturna».

En el inciso segundo, reemplazar las palabras «se difiera» por la expresión «privativa de libertad se cumpla en modalidad de reclusión domiciliaria nocturna».

Agregar a continuación del inciso segundo el siguiente inciso tercero nuevo:

Tratándose de mujeres extranjeras sin domicilio en Chile y que se encuentren en estado de embarazo o tengan un hijo o hija menor de tres años de edad a su cargo, cumplirán su reclusión domiciliaria nocturna en las casas de acogida dependientes

del Sernameg, lugar donde además de cumplir su medida cautelar serán entrevistadas por posibles vulneraciones a sus derechos y constatándose la vulneración, accederá a programas de reparación de los mismos, hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad.

Agregar al actual inciso tercero que pasa a ser cuarto después de la palabra «extenderse» la frase «la modalidad de cumplimiento de arresto domiciliario nocturno».

Agregar al actual inciso tercero que pasa a ser cuarto después de la palabra «mental» por la frase «o hasta el total cumplimiento de la pena si este es anterior».

Sustituir en el actual inciso cuarto que pasa a ser quinto la frase «la condenada se encontrará sujeta al control de la autoridad competente» por la frase «el cumplimiento de la reclusión domiciliaria nocturna se controlará mediante monitoreo telemático».

Para sustituir en el actual inciso quinto que pasa a ser sexto la frase «cumplido el plazo, se retomará el cumplimiento de la sentencia, abonándose el tiempo transcurrido» por la frase siguiente «en caso de revocación del arresto domiciliario nocturno, como forma especial de cumplimiento para las mujeres embarazadas o con hijos o hijas menores de tres años, deberá abonarse el tiempo de ejecución».

Para agregar un nuevo inciso séptimo del siguiente tenor:

El Estado, respetando los descansos de pre y postnatal, garantizará a la mujer extranjera en cumplimiento de una reclusión domiciliaria nocturna en la casa de acogida correspondiente, la realización de una actividad laboral remunerada que le permita solventar sus necesidades básicas y las de su hijo o hija.

Entendemos que una propuesta como la realizada por esta autora cumple con las recomendaciones dadas por la CEDAW en marzo de 2018 al Estado de Chile, en cuanto a que se elabore una reforma al sistema penitenciario que incorpore una perspectiva de género y que se considere la posibilidad de hacer un mayor uso de sanciones y medidas no privativas de libertad para las mujeres en lugar de la prisión (párrafo 45).

## Conclusiones

1. El Estado de Chile viola grave y sistemáticamente los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad en situación de embarazo o lactancia, a través de Gendarmería de Chile, por lo que es fundamental que se acoja el Proyecto de Ley Sayén, por una parte, y que se le realicen modificaciones para que pueda tener efectividad respecto de mujeres extranjeras.

2. La promulgación del Proyecto de Ley Sayén como Ley de la República constituiría un avance en materia de políticas públicas penitenciarias de carácter diferenciado

para promover igualdad material a los distintos grupos en estado de vulnerabilidad privados de libertad y cumplimiento de obligaciones de carácter internacional.

3. El artículo 5 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios establece el principio de igualdad formal. Sin embargo, es necesario que nuestro ordenamiento contemple igualdad material a través de acciones afirmativas (como el proyecto en análisis) que reconozcan, por ejemplo, que las mujeres extranjeras están afectas a una triple vulnerabilidad: la que proviene de ser mujer y estar inserta en un sistema carcelario androcéntrico; la que proviene de ser extranjera; y la que proviene de estar embarazada en las peores condiciones imaginables, privada de libertad en tierra extranjera.

4. Teniendo presente que las mujeres extranjeras privadas de libertad en nuestro país lo están fundamentalmente por la comisión de delitos relacionados al tráfico de drogas, lo que implica que no tienen un proyecto migratorio, esto es, ni domicilio ni redes de apoyo en nuestro país, se hace absolutamente necesario realizar indicaciones al Proyecto de Ley Sayén que contemplen o recursos económicos para la creación de casas de acogida para mujeres infractoras de ley o que, en su defecto, esas indicaciones digan relación con albergarlas en las ya existentes casas de acogida para mujeres vulneradas, dependientes del Sernameg, para que en ellas las mujeres extranjeras —o incluso chilenas sin un domicilio— puedan llevar a cabo una reclusión domiciliaria.

## Referencias

- AEDO, Marcela (2022). *Adolescencia femenina y control penal*. Buenos Aires: Didot.
- ALMEDA, Elisabet (2011). «Extranjeras encarceladas, olvidos y desigualdades». *Hachetetepe*, 2: 33-45. DOI: [10.25267/Hachetetepe.2011.v1.i2](https://doi.org/10.25267/Hachetetepe.2011.v1.i2).
- ALONSO, Alicia (2021). «Las Reglas de Bangkok y su importancia para enfrentar la discriminación de mujeres privadas de libertad». En Carmen Antony García y Myrna Villegas Díaz (coordinadoras), *Criminología feminista* (pp. 15-35). Santiago: LOM.
- ANTONY GARCÍA, Carmen (2001). *Las mujeres confinadas*. Santiago: Jurídica de Chile.
- ANTÓN-MELLÓN, Juan, Gemma Álvarez y Pedro Rothstein (2017). «Populismo punitivo en España (1995-2015): Presión mediática y reformas legislativas». *Revista Española de Ciencia Política*, 43: 13-36.
- CASTILLO, Joaquina y Marta Ruíz (2010). «Mujeres extranjeras en prisiones españolas, el caso andaluz». *Revista Internacional de Sociología*, 68 (2): 473-498. DOI: [10.3989/ris.2008.05.15](https://doi.org/10.3989/ris.2008.05.15).
- CONTRERAS, Paola (2018). «Maternidad encarcelada: Análisis feminista de las consecuencias personales, familiares y sociales en mujeres privadas de libertad», 22: 209-232. DOI: [10.29344/07196458.22.1683](https://doi.org/10.29344/07196458.22.1683).

- CORPORACIÓN HUMANAS (2019). Comentarios de Corporación Humanas frente al 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. Disponible en <https://bit.ly/3Oy5xNK>.
- DPP, Defensoría Penal Pública de Chile (2015). *Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad*. Madrid: Programa Eurosocial. Disponible en <https://bit.ly/3O6rx2d>.
- . (2022). *Actualización de la guía de defensa de migrantes conforme a la Ley 21.325*. Documento de trabajo 3. Departamento de Estudios y Proyectos, Unidad de Defensa Especializada.
- ESPINOZA, Olga (2016). «Mujeres privadas de libertad: ¿Es posible su reinserción social?». *Cuaderno CRH, Salvador*, 29 (3): 93-106. DOI: [10.1590/S0103-49792016000400007](https://doi.org/10.1590/S0103-49792016000400007).
- GENDARMERÍA DE CHILE (2019a). *Boletín estadístico 122*. Subdirección Técnica. Disponible en: <https://bit.ly/3pCqNIu>.
- . (2019b). *Boletín estadístico 126*. Subdirección Técnica. Disponible en <https://bit.ly/3riMgqy>.
- GÓMEZ, Andrés y Fernanda Proaño (2012). «Entrevista a Máximo Sozzo: ¿Qué es el populismo penal?». *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 11: 117-122. Disponible en <https://bit.ly/44rDRQo>.
- INDH, Instituto Nacional de Derechos Humanos (2019). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile*. Disponible en <https://bit.ly/43iPdVj>.
- LARROULET, Pilar, Catalina Droppelmann, Sebastián Daza, Paloma del Villar y Ana Figueroa (2021). *Reinserción, desistimiento, y reincidencia en mujeres privadas de libertad en Chile. Informe final*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. Centro de Estudios Justicia y Sociedad. Disponible en <https://bit.ly/43hd73m>.
- MELOSSI, Dario (1980). «Cárcel y trabajo en Europa y en Italia en el periodo de la formación del modo de producción capitalista». En *Dario Melossi y Massimo Pavarini, Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario: siglos XVI-XIX* (pp. 17-134). México: Siglo XXI.
- MONCLÚS, Marta (2017). «El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as». En Julieta Di Corleto (compiladora), *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.
- NOGUEIRA, Humberto y Gonzalo Aguilar (2018). *Control de convencionalidad inter-no*. Santiago: Librotecnia.
- PÉREZ, Patricia (2021). *Las mujeres privadas de libertad y el enfoque de capacidades*. Santiago: DER.

- PPN, Procuración Penitenciaria de la Nación (2013). *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe Anual*. Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación. Disponible en <https://bit.ly/3PH3Nmo>.
- . (2018). *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina. Informe Anual*. Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación. Disponible en <https://bit.ly/3pGDWQX>.
- RIVERA, Iñaki (2017). *Descarcelación. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (2017). *Moción de los Honorables Senadores señores Navarro y Quintana, 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 11.073-07, 5 de enero de 2017.
- ZAFFARONI, Raúl (2020). *Penas ilícitas: Un desafío de la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.

### Sobre la autora

MARCIA QUINTANA FAJARDO es abogada, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Concepción; magíster en Derecho Penal en la Universidad de Talca y Universidad Pompeu Fabra; magíster en Derecho Penitenciario y Cuestión Carcelaria en la Universidad de Barcelona. Defensora penal público-penitenciaria. Este trabajo corresponde a la tesis para optar al grado de magíster en Derecho Penitenciario y Cuestión Carcelaria por la Universidad de Barcelona. Su correo electrónico es [marciaquintanafajardo@gmail.com](mailto:marciaquintanafajardo@gmail.com).  <https://orcid.org/0009-0005-5984-3007>.

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

---

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

CORREO ELECTRÓNICO

[cej@derecho.uchile.cl](mailto:cej@derecho.uchile.cl)

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía

([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io))