



DESAFÍOS DE LA DEFENSA PENAL Y PENITENCIARIA EN LA REGIÓN DE BIOBÍO

► En el siguiente artículo la abogada Cristina Melgarejo aborda enfoques diferenciados aplicables a mujeres embarazadas, en período de parto, posparto y lactancia, y cuidadoras principales, privadas de libertad, y a niños y niñas que viven en centros de detención con ellas.

► Por **Cristina Melgarejo**,
abogada Unidad de Estudios,
Defensoría Regional de Biobío

El derecho internacional de derechos humanos (DIDH) considera la igualdad y no discriminación como un principio rector y por igualdad entiende una sustancial y no meramente formal, pues reconoce que hay grupos de personas que se encuentran en una situación de desigualdad, a la que denomina “vulnerabilidad”¹, requiriéndose para estos colectivos una protección reforzada a través de “acciones afirmativas” o “enfoques diferenciados”.

Las mujeres son uno de los colectivos que, históricamente, se ha encontrado en situación de vulnerabilidad. La visibilización de su situación en las cárceles y el estudio de su discriminación fue un aporte de la criminología feminista, que lo ha estudiado desde los efectos de la violencia patriarcal y la desigualdad de las relaciones de género.

Para ellas la prisión es un espacio discriminador y opresivo, por el trato desigual y por el diferente significado que tiene el encierro para mujeres y hombres, ya que la mujer es doblemente estigmatizada por el rol que la sociedad le ha asignado: se las califica de ‘malas’ por contravenir el papel que les corresponde como esposas y madres sumisas, dependientes y dóciles².

Las cárceles obedecen a un criterio androcéntrico, sin atender a sus necesidades específicas, debiendo soportar deficiencias graves en relación con el acceso a la salud, a talleres y capacitaciones, infraestructura y visitas de sus familias, entre otros.

Y si pensamos en las mujeres embarazadas y/o con hijos(as) menores en contextos de encierro, se adiciona una nueva situación de vulnerabilidad, pudiendo hablarse de una “interseccionalidad en la discriminación”, que afecta a otro

¹ Tal como lo señalan las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008) y otros instrumentos internacionales en la materia.

² Antony, Carmen (2007). *Mujeres Invisibles: Las Cárceles Femeninas en América Latina*. Revista NUEVA SOCIEDAD No 208, marzo-abril de 2007. P 73 - 85



grupo especialmente vulnerable como es el de los niños y niñas. Al no estar preparadas para atenderlas, las cárceles afectan la integridad física y psíquica de las gestantes, y el desarrollo y necesidades de sus hijos e hijas, con lo que reproducen una vez más la discriminación que sufren en el exterior, y provoca, no en pocos casos, graves violaciones de derechos.

HARD LAW Y SOFT LAW

Es por ello que el DIDH, a través del *hard law*, como la ‘Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer’ (*Cedaw*), la ‘Convención de Belém do Pará’ y del *soft law*, como las ‘Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos’ (Reglas de Mandela) y, en especial, las ‘Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad’ (Reglas de Tokio) y las ‘Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes’ (Reglas de Bangkok), establecen el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y en pie de igualdad y no discriminación, y recomiendan incorporar una perspectiva de género y niñez en los sistemas y políticas carcelarias.

A estos instrumentos se adiciona la Opinión Consultiva de la Corte IDH OC 29/2002, del 30 de mayo de 2002, titulada “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad”, que incluyó a las mujeres embarazadas, en período de parto, posparto y lactancia, y se extiende a aquellas que sean cuidadoras principales privadas de libertad y a los niños y niñas que viven en centros de detención junto a ellas.

Dentro de los enfoques diferenciados para las primeras, la Corte ha destacado:

- a) Prioridad en el uso de medidas alternativas o sustitutivas en la aplicación y ejecución penal de mujeres embarazadas, en período de parto, post parto y lactancia, así como las cuidadoras principales, privadas de libertad.
- b) Principio de separación entre hombres y mujeres.
- c) Prohibición de medidas de aislamiento y coerción física.
- d) Acceso a la salud sexual y reproductiva sin discriminación.
- e) Erradicación de la violencia obstétrica.
- f) Acceso a salud física y psicológica.
- g) Garantizar vínculos de las mujeres con hijos e hijas que se encuentran en extramuros.

Respecto de niños y niñas que viven junto a ellas, se destacan como enfoques diferenciados los siguientes:

- a) El derecho a la vida familiar.
- b) El acceso a la salud y alimentación.
- c) El desarrollo adecuado e integral de los mismos.

Uno de los grandes desafíos para las defensas ha sido lograr el reconocimiento y aplicación en tribunales de este cuerpo normativo internacional de protección a favor de mujeres encarceladas y sus niños y niñas, especialmente el *soft law*.

FALLOS RELEVANTES

Uno de los fallos que marcó una inflexión en la materia fue el de la Corte Suprema de 1° de diciembre de 2016, que acogió un amparo presentado por la Defensoría Regional del Biobío a favor de Lorenza Cayuhán, una comunera mapuche que, no obstante enfrentar una preclamsia severa durante su embarazo (que puso en riesgo su vida y la de su hija), fue trasladada engrillada, produciéndose el alumbramiento con grilletes y en presencia de un custodio de sexo masculino.

La Corte Suprema, mediante el ejercicio del control de convencionalidad, declaró que el trato recibido fue “injusto, denigrante, vejatorio y discriminatorio” y que constituía un caso paradigmático de “interseccionalidad de la discriminación”, al tratarse de una mujer, indígena, privada de libertad, embarazada y en proceso de parto. Asimismo, reconoció un acto de violencia de género cometido por agentes del Estado y ordenó modificar los protocolos de Gendarmería conforme a dicha normativa, especialmente en la prohibición de los medios de coerción³.

³ Corte Suprema, Rol apelación Amparo N° 92.795-2016



► “Las mujeres son uno de los colectivos que, históricamente, se ha encontrado en situación de vulnerabilidad. La visibilización de su situación en las cárceles y el estudio de su discriminación fue un aporte de la criminología feminista, que lo ha estudiado desde los efectos de la violencia patriarcal y la desigualdad de las relaciones de género”.

Otro fallo relevante (CA Concepción Rol 216-2018) fue aquel que, conociendo de un amparo a favor de una mujer condenada que durante su embarazo fue constantemente sancionada con prohibición de visitas, incluido el momento en que nació su hija -impidiendo a su familia conocerla-, donde declaró que dicho trato fue injusto, denigrante y vejatorio para ambas, y que dicha sanción está proscrita por las Reglas de Bangkok.

En 2019 el Juzgado de Garantía de Concepción (JG RIT 3412-2019) declaró discriminatoria una alta médica de una imputada tan sólo un par de horas después del parto de su hijo, lo que confirmado por la Corte de Apelaciones (CA Concepción Rol 8642-2019) como un acto de violencia obstétrica que debía proscribirse.

Posteriormente, tímidamente al comienzo, algunos de nuestros tribunales comenzaron a aplicar otro enfoque diferenciado para este colectivo, al preferir la aplicación de medidas no privativas de libertad por sobre las privativas. Así, durante la pandemia algunas Cortes de Apelaciones: a) Concedieron penas sustitutivas, en lugar de penas efectivas (CA Concepción Rol 74-2021, Rol 94-2021, Rol 327-2021 y Rol 579-2021); y b) Sustituyeron penas privativas de libertad por arresto domiciliario, por la especial vulnerabilidad de las mujeres privadas de libertad con embarazos de riesgo (CA Concepción Rol 214-2020 y Rol 258-2020, y CA Valparaíso Rol 256-2020), aunque sin

lograr convencer a nuestro máximo tribunal en este último punto, hasta ese entonces.

Luego, y desde el segundo semestre de este año, logramos ver que se asentó el referido enfoque diferenciado de preferir medidas no privativas de libertad para quienes estaban embarazadas o privadas de libertad con hijos pequeños. Podemos citar los fallos de la Corte de Apelaciones de Concepción dictados desde julio de este año, que han dejado sin efecto la prisión preventiva de mujeres embarazadas, especialmente cuando estos embarazos son de riesgo o sus hijos padecen alguna enfermedad, ya sea que estén privados de libertad junto a ellas o en el exterior (CA Concepción Rol 666-2022, Rol 698-2022, Rol 781-2022, Rol 837-2022, Rol 872-2022 y Rol 1047-2022) y el de otras Cortes como la de Chillán (SCA Chillán Rol 221-2022).

Y en el mismo sentido, en agosto de este año la Corte Suprema, a través de su fallo Rol 50967-2022, acogió un amparo y ordenó dejar sin efecto la pena privativa de libertad de una mujer que cursaba un embarazo de riesgo por arresto domiciliario, aun cuando dicha sustitución no es una institución reconocida expresamente en nuestra legislación, fundándose en la normativa internacional y los graves perjuicios que conllevaba para el desarrollo y vida futura del niño. De igual forma, a través del fallo 160.346-2022, acogió un amparo a favor de una mujer que se encontraba en prisión preventiva en el CP de Puerto Montt y madre de un menor de 3 meses de edad, el que fue apartado de ella por su privación de libertad, y ordenó su libertad, por afectarse el apego del hijo con su madre y su derecho a lactancia.

Esto demuestra que hemos avanzado y que ha existido un cambio a nivel jurisprudencial; pero nuestro desafío es mantenernos en alerta, pues mientras no existan estos enfoques diferenciados en la ley y falte el reconocimiento de una perspectiva de género, de niñez y derechos humanos en el sistema carcelario y políticas públicas penitenciarias, deberemos seguir desplegando nuestro mejor y mayor esfuerzo en visibilizar y exigir la aplicación de enfoques que eviten perpetuar la discriminación y violencia sufrida por las gestantes, y sus hijos e hijas, cuando se encuentran en contexto de encierro. 