

MATERNIDAD Y CUMPLIMIENTO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.  
COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 10 DE AGOSTO DE 2022, EN CAUSA  
ROL N° 50967-22 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA\*

ROCÍO SÁNCHEZ PÉREZ\*\*

I. ENCARCELAMIENTO FEMENINO Y MATERNIDAD

Una mujer embarazada que se encuentra privada de libertad en un recinto penitenciario de nuestro país ¿debe recibir un tratamiento diferenciado considerando su especial situación de vulnerabilidad? Esta es una de las preguntas a las que responde el fallo que se analiza a continuación. Además, surgen otras interrogantes asociadas a las condiciones de cumplimiento de una pena privativa de libertad junto a la aplicación de principios y reglas emanados del Derecho internacional de los derechos humanos aplicables a estos casos y los tipos de razonamiento que desarrolla la Corte Suprema de Justicia.

Estos problemas resultan particularmente interesantes si se tiene en cuenta algunos antecedentes –documentados de forma extensa en la Criminología– sobre el encarcelamiento femenino. Una dimensión del asunto dice relación con el ejercicio de la maternidad de las mujeres condenadas. Primero, porque se estima que ellas padecen una sanción penal y otra social, ya que las condenadas han decepcionado a la sociedad, ya que no actuaron como esposas sumisas y buenas madres, descuidando a sus hijos menores o lactantes<sup>1</sup>. Ello repercute directamente los efectos del confinamiento sobre sus hijos, reduciendo las posibilidades de labores de cuidados<sup>2</sup>.

Respecto de la realidad chilena, el número de hijos de las mujeres privadas de libertad es mayor que la media nacional, “un 21,4% tiene uno, 22,1 tiene

---

\* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto “Aplicación de la pena mixta con perspectiva de género”, Código DI-03-2022, de la Universidad Andrés Bello.

\*\* Doctora en Derecho, Universidad de Valparaíso; profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico rocio.sanchez@unab.cl

<sup>1</sup> Latamente, ANTONY, Carmen. *Hacia una criminología feminista*. Buenos Aires: Ediciones Universidad Nacional de Avellaneda (2017), p. 225.

<sup>2</sup> Detalladamente, respecto de la situación argentina e indirectamente latinoamericana, CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores (2011), p. 14.

dos, 19,4% tiene 3, el 11,5% tiene 4, el 9,7 tiene 5 o más y un 14,9% no indica. El promedio de hijos es de 2,6%” y solo el 0,9% no los tiene<sup>3</sup>. Como señaló Antony, otro hallazgo recurrente de sus investigaciones revela que para ellas es una preocupación central dentro de su experiencia intramuros. Específicamente, “las reclusas coincidían en preguntar ¿cómo estarán mis hijos?, ¿tendrán suficiente comida?, ¿los maltratarán?, ¿irán a la escuela?, ¿me perdonarán por haber delinquido?”<sup>4</sup>.

Este fenómeno refleja la importancia del asunto que ha sido sometido a conocimiento de la Corte Suprema y demuestra los efectos que puede tener la sentencia analizada en torno al confinamiento de mujeres embarazadas o con hijos menores de dos años, en un país en que la población femenina es considerablemente menor que la masculina, pero que está marcada por ciertas características derivadas de la exclusión social que requieren de una atención especial por parte del Estado, a pesar de que no existe regla expresa que consagre la sustitución de una pena privativa de libertad fundada en el estado de gravedad de la persona condenada.

## II. ANTECEDENTES RELEVANTES DE LA TRAMITACIÓN ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA Y LA CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT

La defensa de la amparada Y.M.A., con alrededor de 17 semanas de embarazo, privada de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Puerto Montt, solicitó ante el Tribunal de Garantía de Puerto Montt, en audiencia de cautela de garantías, que se reemplazara la pena privativa de libertad que cumplía, durante el período de tiempo que le quedaba por cumplir, por la pena de reclusión domiciliaria total. Dicho plazo terminaba el 22 de agosto del 2022.

El fundamento de su solicitud radicó en una serie de vulneraciones de derechos que se verificaron por las condiciones materiales y sanitarias en las que la amparada cumplía dos condenas de 541 días de presidio menor en su grado medio y 21 días de prisión en su grado medio. Específicamente, Y.M.A. indicó que la celda no era materialmente adecuada para el período de embarazo que cursaba, su alimentación era insuficiente y que a pesar de padecer dolor abdominal no se le brindó atención médica oportuna. Sumado a la falta de acceso a los controles prenatales necesarios y a asistencia en materia de salud mental, entre otros reclamos.

---

<sup>3</sup> Acerca de las condiciones del encarcelamiento en Chile, PÉREZ, Patricia, *Las mujeres privadas de libertad*. Santiago: Der, (2021) p. 55.

<sup>4</sup> ANTONY, ob. cit., p. 228.

El día 30 de junio se llevó a cabo la audiencia respectiva y se rechazó la solicitud ya que el Juzgado de Garantía estimó que no existía sustento normativo para autorizarla, pues fueron escuchados los argumentos de hecho entregados por Gendarmería de Chile. Esta institución afirmó que una vez que se tomó conocimiento del estado de gravidez de la recurrente, se adoptaron las medidas idóneas para resguardar las condiciones materiales y sanitarias de la mujer gestante.

Posteriormente, se dedujo ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt una acción de amparo que buscaba el mismo objetivo. Esta fue desestimada el 22 de julio de 2022. Las razones del fallo se basan en antecedentes fácticos consignados predominantemente en los considerandos segundo y tercero. Fundamentalmente, Gendarmería de Chile y el Ministerio Público se opusieron a la solicitud por estimar que no existía vulneración de derechos, relatando las medidas que la institución penitenciaria adoptó.

Concretamente, los elementos de hecho aportados por Gendarmería y que fueron tenidos en cuenta por el Juez de Garantía y la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, se refirieron a las condiciones materiales de cumplimiento de la penada en el Complejo Penitenciario de Puerto Montt. Se sostuvo que, en un comienzo, dicha institución no tuvo noticia del embarazo. Luego de recibir la información la recurrente fue trasladada de módulo a una celda con mejores condiciones materiales. También se consignó que la amparada fue registrada en el programa Creciendo Juntos. A ello se suma el aumento de la ración alimentaria para la entrega de una dieta adecuada. En cuanto a los controles médicos, informaron que ha asistido a dos de tres controles prenatales en el CESFAM de Angelmó y que aquel al que no concurrió fue trasladada con posterioridad a la fecha original. Considerando este segundo rechazo a la solicitud, la defensa de Y.M.A. dedujo recurso de amparo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

### III. ARGUMENTOS DESARROLLADOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia, el día 10 de agosto de 2022, al conocer del recurso de amparo, acogió la solicitud<sup>5</sup> por votación de la mayoría de la sala. El conjunto de argumentos desarrollados en la sentencia que se analiza se centra en la recepción de una serie de disposiciones provenientes del Derecho

---

<sup>5</sup> Con voto mayoritario de los ministros Brito, Llanos y la abogada integrante Tavolari. Los votos en contra fueron del ministro Dahm y el abogado integrante Abuauad.

internacional de Derechos humanos y una regla de carácter constitucional, que pone el centro en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, en especial las mujeres embarazadas.

Con todo, lo más llamativo del fallo dice relación con una frase breve pero compleja de analizar, ya que consignó que, a juicio de la Corte “en la legislación nacional no hay precepto que autorice expresamente la sustitución de la pena de presidio por la de reclusión domiciliaria por razones como las que motivan la solicitud presentada en favor de la amparada”. A partir de ella se constata una serie de problemas teóricos en este comentario.

Concretamente, la Corte Suprema comenzó su argumentación recordando el mandato impuesto en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política, en cuya virtud los órganos del Estado deben promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

A partir de ello invocó un conjunto de disposiciones emanadas de Naciones Unidas, particularmente reglas contenidas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará. A lo que se suman disposiciones de *soft law*, como las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), y de forma indirecta, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

La sentencia que se analiza continúa los razonamientos expresados en un conjunto de fallos emanados desde los tribunales superiores de justicia chilenos, a propósito de la resolución de peticiones formuladas por las defensas de mujeres privadas de libertad que están embarazadas o que tienen hijos lactantes menores de dos años. Los asuntos que han sido ventilados se centran en la modalidad de cumplimiento de penas privativas de libertad, o bien en el reemplazo de la medida cautelar de prisión preventiva por otra de menor intensidad<sup>6</sup>.

El conjunto de disposiciones citadas en el fallo, algunas reglas y otros principios, se orientan en enfatizar la evaluación de medidas alternativas a la privación de libertad considerando el historial de victimización de las mujeres y

---

<sup>6</sup> Algunos de los fallos relevantes son CS rol N° 92795-2016, CA Temuco rol N° 283-2022, CS rol N° 50967-2022, CA Temuco rol N° 171-2022, CA Valparaíso rol N° 256-2020 y CA Concepción rol N° 666-2022.

la responsabilidad que recae sobre ellas en el cuidado de otras personas (Regla 57 de Bangkok). A ello se suma el reconocimiento de la violencia contra la mujer que puede tener lugar en espacio público o privado (art. 1 Convención de Belém do Pará); el derecho de las mujeres al reconocimiento, ejercicio y goce y protección de sus derechos humanos (art. 4 Convención de Belém do Pará); la condena de todas las formas de violencia contra la mujer y la obligación de los Estados parte de adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, mediante la abstención de comportamientos, actuación diligente para prevenir investigar y sancionarla. Además de incluir en la legislación interna normas civiles, penales y administrativa para prevenirla y erradicarla (art. 7 Convención de Belém do Pará).

#### IV. ¿QUÉ TIPO DE RAZONAMIENTO DESARROLLA LA CORTE SUPREMA PARA RESOLVER LA PETICIÓN?

Un primer asunto que puede generar dudas respecto del razonamiento de la sentencia en estudio dice relación con la frase “Aunque no esté prevista expresamente en el ordenamiento jurídico”. Ello parece hacer referencia a dudas sobre cuál es la regla aplicable al caso concreto.

El problema, que puede parecer sencillo, en realidad no lo es. Básicamente, por un lado, aparece una norma concreta, emanada de una sentencia condenatoria, que obliga a la persona condenada a cumplir la pena privativa de libertad. Por otro lado, debido a las características del ordenamiento jurídico actual, conviven disposiciones emanadas del sistema de justicia penal con principios y reglas emanados del Derecho internacional de Derechos humanos, que en algunos casos están contenidas en tratados internacionales ratificados y vigentes por Chile, pero también disposiciones de *soft law*.

En consecuencia, la coexistencia en el ordenamiento jurídico de enunciados en distintos niveles y con fuerza normativa diversa lleva a un conflicto en cuanto a la aplicación de estas disposiciones y a los cuestionamientos respecto de la pertinencia axiológica de aplicar un cuerpo normativo u otro. Por tanto, ¿cómo deben interactuar las reglas penales con el artículo 5° de la Constitución Política de la República y los principios y reglas emanados, al menos de la Convención de Belém do Pará y las Reglas de Bangkok?

A este problema, teóricamente, se le conoce como una cuestión de aplicabilidad. Se trata de un caso en que la aplicación de todas estas reglas no resulta coherente desde una perspectiva valorativa, considerando los efectos indeseados que trae el cumplimiento de la pena de acuerdo con las directrices referidas a las condiciones de las mujeres privadas de libertad.

Tratándose del caso concreto, la Corte Suprema reemplazó la aplicación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, mediante la aplicación del artículo 5° de la Constitución Política, haciendo prevalecer las reglas del Derecho internacional de Derechos humanos de las mujeres, que a su vez motivan la aplicación concreta de otra regla del ordenamiento jurídico, no prevista expresamente en el ordenamiento jurídico para el supuesto de hecho concreto. Frente a ello, cabe preguntarse ¿cómo se relacionan entre sí estas disposiciones que están vigentes en distintos cuerpos normativos?, ¿estamos frente a una genuina situación de analogía *in bonam partem*?

Probablemente este comentario no pueda responder a cabalidad dicha pregunta y tampoco pretende hacerlo. Sencillamente, se busca revisar el tipo de razonamiento que ha elaborado la Corte Suprema para comprender las relaciones de los enunciados normativos del sistema, ya que la única pista que deja el fallo consiste en la frase “en la legislación nacional no hay precepto que autorice expresamente la sustitución de la pena de presidio por la de reclusión domiciliaria por razones como las que motivan la solicitud presentada en favor de la amparada”.

La respuesta a la pregunta requiere cuestionar varios asuntos. En primer lugar, ¿está la Corte Suprema constatando una laguna en el ordenamiento jurídico chileno? De ser así, ¿qué tipo de laguna está consignando indirectamente? Finalmente, ¿está desarrollando un razonamiento analógico en favor del reo? O simplemente, como dirían los detractores de este tipo de argumentos, ¿despliega una interpretación sistemática?

Conviene recordar que para Atienza es prácticamente imposible sostener en la actualidad que la analogía no cumple ningún papel en el Derecho punitivo. Además, la elaboración de razonamientos por analogía utiliza como materiales de trabajo los principios y las reglas del ordenamiento jurídico<sup>7</sup>.

Por otro lado, la construcción de razonamientos por analogía, en especial en el Derecho punitivo requiere ciertas condiciones específicas. Como señaló Montiel, “los presupuestos de procedencia son: que exista una laguna axiológica y la ausencia de prohibición de integrar la laguna”. Es importante tener en cuenta que la tarea de integrar el Derecho penal puede llevarse a cabo también mediante la creación de nuevas eximentes o atenuantes basándose en normas para casos similares o principios jurídicos, sumado a la aplicación del Derecho extrapenal, cuyo razonamiento difiere de la analogía *in bonam partem*, tal como

---

<sup>7</sup> Acerca de la analogía en el ordenamiento jurídico, ATIENZA, Manuel. “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”, en *Doxa*, número 2, (1985), pp. 227-228.

ocurre con las causas de justificación y su sistematización conforme al resto del ordenamiento jurídico para brindarle una mayor armonía<sup>8</sup>.

Sin perjuicio de ello, la definición de laguna no es pacífica. Según Guastini se configuran cuando “a) en un sistema jurídico existe una laguna siempre que un determinado comportamiento no esté deónticamente calificado en modo alguno por una norma jurídica perteneciente al sistema; o bien b) en un sistema jurídico existe una laguna siempre que para un determinado supuesto de hecho no esté prevista alguna consecuencia jurídica por una norma perteneciente al sistema”<sup>9</sup>.

A partir de lo anterior, cabe preguntarse ¿estamos frente a una laguna axiológica? Según Alchourrón y Bulygin, es común utilizar la expresión “laguna de ley” en casos en que existe una solución para resolverlo, pero es axiológicamente inadecuada. Por lo mismo, nos advierten que no toda conclusión injusta o mala es sinónimo de laguna. En consecuencia, “solo estaríamos frente a una ‘laguna axiológica’ cuando la solución es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta”<sup>10</sup>.

Como se puede apreciar, todas estas preguntas requieren un análisis más profundo de problemas de teoría del derecho respecto a la integración, analogía a favor del reo, las lagunas normativas, entre otras. La construcción de este tipo de razonamientos genera dudas respecto a los mecanismos que emplea el máximo tribunal para ajustar el ordenamiento jurídico vigente a las necesidades actualmente aceptadas en la comunidad como relevantes, sobre todo respecto de mujeres condenadas embarazadas o con hijos menores de dos años.

Es probable que este tipo de soluciones sean reiteradas en el tiempo por parte de la Corte Suprema de Justicia, mientras no se legisle adecuadamente sobre las condiciones de cumplimiento de las penas privativas de libertad para mujeres embarazadas o con hijos menores de dos años. Dicha deuda seguirá pendiente y nuestra judicatura continuará elaborando argumentos complejos, modificando incluso el efecto de sentencias que gozan de cosa juzgada, mientras

---

<sup>8</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Analogía favorable al Reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*. Madrid: La Ley, (2009), pp. 146-147

<sup>9</sup> Para un análisis de los razonamientos de integración en el Derecho, véase, GUASTINI, Riccardo. “Antinomias y Lagunas”, en *Jurídica Ibero Nueva Época, Revista semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (1999), p. 446.

<sup>10</sup> Para un análisis extenso de la distinción entre Lagunas normativas y axiológicas y su vinculación con los sistemas normativos, véase ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea (1998), pp. 157-158.

una regla concreta no tome en cuenta la propiedad relevante del embarazo y el cuidado de los hijos, durante el encarcelamiento de la madre.

#### 4. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Sustitución de la pena de presidio por la de reclusión domiciliaria en beneficio de mujer embarazada privada de libertad. Legislación nacional contempla norma que autorice expresamente la sustitución de la pena en este tipo de situaciones. Prevalencia de reglas del Derecho internacional de Derechos humanos de las mujeres.

#### HECHOS

*Se interpone recurso de apelación contra sentencia que rechazó la solicitud de sustitución de la pena de presidio por la de reclusión domiciliaria en beneficio de una mujer embarazada.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (acogido).*

TRIBUNAL: *Corte Suprema.*

ROL: *50967-2022, de 10 de agosto de 2022.*

MINISTROS: *Sr. Haroldo Osvaldo Brito C., Sr. Jorge Dahm O., Sr. Leopoldo Andrés Llanos S. y los Abogados Integrantes Sr. Ricardo Alfredo Abuauad D. y Sra. Pía Verena Tavolari G.*

#### DOCTRINA

*Que en lo que interesa para este examen, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también llamada Convención de Belem do Pará, establece: Artículo 1° “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Artículo 4° “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, y goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a*



*las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.*

*Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos. Artículo 7 “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; y h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención. Artículo 9 “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.*

*Que en el caso en estudio, según aparece del mérito de los antecedentes, la amparada permanece en el Complejo Penitenciario de Puerto Montt, cumpliendo tres penas privativas de libertad, que culminan el 22 de agosto próximo, se encuentra embarazada de 17 semanas, fue atendida el 26 de junio pasado por urgencia obstétrica, debido a que ha presentado contracciones uterinas y molestias urinarias.*

*Que, en este contexto, conforme a las disposiciones reseñadas precedentemente, mantener la ejecución de la condena de la amparada en el interior de un recinto carcelario, pese a que le restan menos de dos semanas para el término de su condena, dados los graves perjuicios que conlleva para el desarrollo y vida futura de su hijo, obliga a esta Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, es la suspensión del cumplimiento efectivo del saldo de pena que actualmente cumple la amparada, sustituyendo dicha forma de satisfacción de la sanción, por la reclusión total domiciliaria (considerandos 3° a 5° de sentencia de Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/30275/2022*

**NORMATIVA RELEVANTE CITADA:** *Artículo 21 de la Constitución Política de la República.*