

REPÚBLICA DE CHILE
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DDHH
DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

ESTABLECE MANUAL DE
ACTUACIONES MÍNIMAS EN
MATERIA DE IGUALDAD DE
GÉNEROS.

Resolución Exenta N°

484

Santiago,

28 DIC 2018

VISTOS:

- 1° Lo establecido en el artículo 7° de la Ley N° 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública;
- 2° Lo dispuesto en la Ley N° 18.675, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado;
- 3° Lo establecido en el DFL N° 29 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo;
4. La Resolución Exenta N° 3.389 de 2010 que deja sin efecto Resolución Exenta N° 1.307 de 2006 y aprueba nuevos estándares básicos para el ejercicio de la defensa penal pública;
5. La Resolución Exenta N° 3.903 de 2012 que modifica Resolución Exenta N° 3.389 de 2010 sobre nuevos estándares básicos para el ejercicio de la defensa penal pública;
6. La Resolución Exenta N° 525, de 19 de diciembre de 2017, que modifica Resolución N° 3.389 exenta, de 2010, que aprueba nuevos estándares básicos para el ejercicio de la defensa penal pública;
- 7° La Resolución Exenta N° 2.907 de 2010, que establece el Código Deontológico del defensor penal público;
- 8° El Decreto Supremo del Ministerio de Justicia N° 1085, de fecha 12 de diciembre de 2017, que nombra al suscrito como Defensor Nacional;
- 9° La Resolución N° 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República, sobre exención del trámite de toma de razón;

CONSIDERANDO:



1° Que la Constitución Política de la República, en el artículo 1° inciso primero establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que su artículo 19 N°2 asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, estableciendo que hombres y mujeres son iguales ante la ley, y que, a su vez, el numeral 3° del mismo artículo asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos;

2° Que el artículo 2° de la Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública, establece que ésta tiene por finalidad proporcionar defensa penal a las personas imputadas o acusadas por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes en su caso y que carezcan de abogado;

3° Que el artículo 7° letra d) de la Ley N° 19.718, establece que corresponderá al Defensor Nacional fijar, con carácter general, los estándares básicos que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública;

4° Que son prestadores del servicio de defensa penal pública: defensores locales, licitados y contratados en forma directa mediante convenio, defensores juveniles y todo aquel abogado al que se le encomiende por la Defensoría Penal Pública ejercer labores de defensa;

5° Que la finalidad de los estándares de defensa penal pública es garantizar una defensa penal de calidad, a través de su correcta aplicación por profesionales que ejercen defensa penal pública, lo que a su vez debe evaluarse mediante los mecanismos de control contemplados en la ley;

6° Que la defensa penal garantizada mediante los estándares dice relación con un conjunto de acciones, judiciales y extrajudiciales, que el defensor penal público debe realizar durante todas las etapas de la persecución penal dirigida en contra de la persona imputada, todas ellas destinadas a resguardar sus derechos e intereses;

7° Que en el resuelto primero de la Resolución Exenta N° 3.389, de 2010, de la Defensoría Nacional, se hace presente que resultaría adecuado dictar en su momento aquella normativa institucional interna que permitiera precisar el contenido y alcance de los estándares de defensa contenidos en dicho acto administrativo, vinculante para todos los prestadores de defensa penal pública;

8° Que en el ámbito de la aplicación del principio de igualdad de género entre hombres y mujeres es necesario destacar que someter la actividad estatal a este principio, implica considerar que las mujeres se encuentran en una posición desigual -estructural e histórica- en relación a los hombres, por lo que en la aplicación del sistema penal se deben incorporar otros elementos de análisis para equiparar sus respectivas posiciones y, en particular, es necesario que los operadores jurídicos observen la realidad criminal y social, no quedándose exclusivamente en las categorías jurídicas tradicionales. Así, resulta imprescindible que un profesional de la defensa penal pública estudie los fenómenos y las

estructuras sociales y los constructos de poder para aplicar legítimamente las consecuencias jurídico-penales de una norma;

9° Que *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, publicada en el Diario Oficial el 09 de diciembre de 1989 nos recuerda en sus considerandos que “la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”;

10° Que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, de 14 de marzo de 2018, recomendó a Chile, en atención a que existen obstáculos institucionales, procedimentales y prácticos que afrontan las mujeres para acceder a la justicia, tales como los estereotipos discriminatorios, la parcialidad judicial y los escasos conocimientos sobre los derechos de la mujer entre los miembros del poder judicial, los profesionales de la justicia y los encargados de hacer cumplir la ley, incluida la policía;

11° Que *la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, conocida como Convención de Belem do Parà, publicada en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998, establece que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, y que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida, por lo que garantiza el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

12° Aún más, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Campo Algodonero contra México ha recordado que la pasividad judicial general y discriminatoria en los Estados “que afectaba principalmente a las mujeres... podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres”;

13° Que las *100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* indican que se deberán impulsar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones.

14° Que las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* o “Reglas de Bangkok” buscan poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, teniendo en cuenta las necesidades especiales de las reclusas y así lograr la igualdad entre los sexos.

15° Que la *Ley N° 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género*, establece que “el derecho a la identidad de género consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos”;

16° Que el enfoque de género resulta indispensable al momento de analizar ciertas categorías penales, ya que éste sostiene que existe una construcción cultural de las diferencias sexuales, de manera tal que es posible explicar desde las relaciones de poder entre sujetos de distinto sexo y, además, aplicarlo a la interpretación de las normas penales, puesto que estas concepciones estereotipadas de género son utilizadas ampliamente por los operadores del sistema de justicia criminal;

17° Que, desde la perspectiva del análisis interseccional de la desigualdad, resulta relevante tener presente que en las personas discriminadas por razones de género suelen concurrir otras razones que las ponen en situación de desventaja, ya sea su edad, raza, condición socio-cultural, pertenecía a grupos indígenas, nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, y otras, lo que limita, en la práctica, aún más el ejercicio de sus derechos en el proceso penal.

18° Que los resultados obtenidos mediante la realización de auditorías externas, inspecciones y estudios externos, dejan en evidencia que existen ámbitos perfectibles que hacen conveniente la formulación explícita de las actuaciones mínimas que exige una correcta aplicación del principio de igualdad de género en un contexto de un adecuado ejercicio de la defensa penal;

19° Que la experiencia institucional en materia penitenciaria, ha constatado que tanto el diseño y ubicación geográfica de los establecimientos carcelarios fueron concebidos para hombres. Esta concepción acentúa la invisibilización de las mujeres y comunidad LGTBI+, quedando en una situación de desmedro y vulnerabilidad, ya que los centros penitenciarios habilitados para ellas son menos en cantidad y los espacios dentro de los propios recintos también son más pequeños, lo que afecta sus rutinas diarias y sus derechos.

RESUELVO:

1°: Establécese el siguiente manual de actuación mínimas para defensores(as) penales públicos(as) de igualdad de géneros, constituyéndose como un protocolo de actuación:

MANUAL DE ACTUACIONES MÍNIMAS DE IGUALDAD DE GÉNEROS

ÍNDICE

I. Introducción, contexto y conceptos básicos..... 7

II. Manual de actuaciones mínimas de igualdad de géneros. Protocolo de actuación y evaluación de no conformidades de defensa penal 8

1. Actuaciones previas a la primera audiencia..... 8

2. Primera audiencia..... 9

 a) Declaración de la imputada como medio de defensa..... 9

 b) Incompatibilidad de defensa..... 10

 c) Término en primera audiencia..... 10

 d) Derivación de la causa 11

 e) Registro del sexo y nombre de la persona en el SIGDP y trato en todas las actuaciones del procedimiento 11

 f) Discusión sobre el plazo razonable con perspectiva de género..... 11

 g) Discusión sobre medidas cautelares personales y prisión preventiva 12

 h) Medidas cautelares y causas de violencia intrafamiliar en contra de una mujer . 13

 i) Solicitud de ilegalidad de la detención en casos en que se imputan “lesiones o violencia intrafamiliar recíprocas” 14

3. Entrevista posterior a la primera audiencia 14

4. La/el defensor/a construye su estrategia de defensa con perspectiva de género en las causas con imputadas mujeres 15

 a) Contextualización de la situación de violencia 15

 b) Contextualización de falta de poder 16

 c) Defensa en casos de aborto..... 16

 d) Condena a multas pecuniarias..... 16

 e) Mujeres imputadas por violencia ejercida en contra quienes están bajo su cuidado 17

 f) Alegaciones sobre arraigo social de la mujer 17

 g) Suspensiones condicionales del procedimiento por delitos de microtráfico, cultivo de especies vegetales y faltas de los Arts. 50 y 51 de la Ley 20.000 cometidos por mujeres 17

 h) Salidas o términos anticipados 17

 i) Uso de construcciones dogmáticas sobre la “mujer media” 18

5. El/la defensor/a deberá evitar el uso de estereotipos sobre la “naturaleza” de la mujer, es decir, de las características de personalidad esperadas de una mujer..... 18

 a) Discusión de medidas cautelares personales 18

 b) Procedencia de penas sustitutivas 19

 c) Pena mixta..... 19



d) Salidas con aceptación de responsabilidad o de los hechos y antecedentes de la investigación	19
e) Renuncia y desistimiento de recursos	20
6. El/la defensor/a debe evitar el uso de roles estereotipados de género en materia de cuidado de las hijas e hijos	20
a) Información para mujeres embarazadas o con hijos lactantes.....	20
b) Distancia de los centros de privación de libertad y efectos en los derechos de la imputada.....	21
c) Uso de estereotipos sobre la maternidad	21
7. Quien ejerza la defensa penal debe valorizar y visibilizar el trabajo remunerado y reproductivo no remunerado de la mujer	21
a) Trabajo remunerado de la mujer	21
b) Trabajo no remunerado de la mujer	22
8. Quien ejerza la defensa penal pública debe tener presente en su estrategia y alegaciones que a las mujeres se las ubica en los espacios tradicionales de lo privado y la crianza	22
a) Libertades vigiladas intensivas	23
b) Expulsión de extranjeras.....	23
9. Tiempos de la mujer: el/la defensor/a considera o no la doble o triple jornada de la mujer	23
a) Cumplimiento de instructivo sobre atención preferente	23
b) Servicios en favor de la comunidad	24
10. Alegaciones basadas en la maternidad o paternidad de una persona.....	24
11. Solicitudes de peritajes	24
12. Otra actividad investigativa.....	27
13. Apoyo técnico	28
NOTAS EXPLICATIVAS	28
BIBLIOGRAFÍA.....	52

I. Introducción, contexto y conceptos básicos

El concepto de “género” es un elemento constitutivo de las relaciones sociales, que se basa en las diferencias percibidas entre los sexos, siendo una forma primaria de las relaciones simbólicas de poder (Scott, 1990). No se trata de una diferencia biológica, sino de las diferencias, roles y estereotipos que culturalmente se asocian a uno y otro sexo, surgiendo de ellos diferencias jerárquicas en que lo masculino es identificado como superior y lo femenino como inferior, lo que impide que las mujeres puedan ejercer sus derechos de manera igualitaria. En palabras de Montecino, los estudios de género son una corriente epistemológica que estudia la construcción cultural de las diferencias sexuales, y que supuso introducir en los estudios científicos un concepto basado en la idea de variabilidad del ideario cultural sobre qué es ser mujer o ser hombre; establecidas sobre la base de: relaciones entre sexos que no son igualitarias; definiciones variables pues se delimitan particularmente dependiendo de diversos factores, tales como clase, edad, etnia, condición socioeconómica, etc.; y, posicionar a los sujetos – hombres y mujeres - en relaciones de poder cotidianos (1996: 20).

Entonces, cuando hablamos de “género” hay que relacionarlo con diversos aspectos: por un lado, la división sexual del trabajo, los espacios y tiempos definidos a cada sexo, características de personalidad esperados, a la valoración social de todas estas dimensiones, y el acceso a espacios de toma de decisiones y de poder, y por otro, incluye las consideraciones sobre orientación sexual e identidad de género de las personas.

Dado que el *ius puniendi* debe ejercerse con límites a fin de que el actuar estatal se considere democrático (Nash, 2009), la legitimidad de una sanción penal ya no sólo se basa en que el delito y la pena estuvieran establecidos en una ley, sino que además estas leyes deben cumplir con ciertos límites que emanan de los derechos básicos de la persona (Bustos, 1989), como lo es el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación arbitraria. Entonces, si el intérprete de la ley penal debe someterse al principio de igualdad y a la prohibición de la discriminación, debe considerar que las mujeres se encuentran en una posición desigual -estructural e histórica- en relación a los hombres, por lo que resulta obligatorio que el derecho penal incorpore otros elementos de análisis para explicar el principio de igualdad entre personas de sexos distintos y, en particular, observar la realidad criminal y social, no quedándose exclusivamente en las categorías jurídicas tradicionales. En otras palabras, resulta necesario estudiar los fenómenos sociales, las estructuras sociales y las de poder para aplicar legítimamente las consecuencias jurídico-penales de una norma (Castelletti, 2011).

En efecto, el sistema penal aplica un trato desigual hacia la mujer. Los estudios indican que quienes ejercen funciones en el sistema de justicia señalan que tratan con mayor benevolencia a las mujeres, porque asumen que sus responsabilidades familiares proporcionarán un control social informal en sus vidas, y porque consideran esencial el

cuidado de las madres a sus hijos, pero en esas mismas investigaciones se advierte que la mujer imputada, para beneficiarse en el sistema, debe encajar en un modelo de conducta impuesto socialmente (Casas et Al., 2005). Olavarría et Al. (2009) dan cuenta que las mujeres imputadas son tratadas como un “bien social” en cuanto a madres cuidadoras de hijos y no como personas en sí mismas, de modo que las que cumplen sus roles tradicionales (“buenas mujeres”) son tratadas de forma más benevolente que aquellas que no lo son (“malas mujeres”). Entonces, el ideal patriarcal-mariano de la “buena mujer” se posiciona en las decisiones de los operadores del sistema, de manera que las mujeres que no calzan en ese ideario se les trata no por ser “delincuentes”, sino por ser malas madres, es decir, por hacer un mal a la sociedad (Olavarría et Al., 2009).

Por ello, el objetivo general del programa de género de la DPP es “prestar el servicio de defensa penal basado en los derechos humanos recogiendo las particularidades de las mujeres, hombres y comunidad LGTBI+ a fin de resguardar que los criterios de igualdad de género estén presentes en todos los productos estratégicos de la institución”, incluyendo el respeto y buen trato a todas las personas, sin importar su sexo, orientación sexual, o identidad de género. Así, para lograr este objetivo fue que en los Estándares básicos para el ejercicio de la defensa penal pública se incluyó expresamente el trato igualitario y no discriminatorio como deber de todos quienes ejerzan la defensa penal pública.

Finalmente, para dar mayor facilidad de lectura al documento, el manual se estructura en una obligación destacada con letra cursiva, la que se complementa con notas explicativas al final del documento.

II. Manual de actuaciones mínimas de igualdad de géneros. Protocolo de actuación y evaluación de no conformidades de defensa penal

1. Actuaciones previas a la primera audiencia

En la primera entrevista, junto con recabar la información básica de la imputada, es decir a la que se refiere el Manual de Actuaciones Mínimas de primeras audiencias, el/la defensor/a *deberá además, solicitar información acerca de si ha sido víctima de violencia intrafamiliar, doméstica, o de géneroⁱ, ya sea en su familia de origen, en sus relaciones de pareja, en otras relaciones de subordinación (laborales, educacionales, etc.), o si existe alguna relación de parentesco con algunos coparticipes*. Asimismo, en aquellos casos en que sea posible hacer alguna alegación basada en la condición de privación socio-cultural y económica de la persona, *se deberán recabar aquellos datos que permitan sustentar dicha afirmación*, especialmente su rol en la crianza de hijos o cuidado de otras personas, niveles de ingreso, escolaridad, situación de discapacidad de la persona imputada o sus dependientes, situación de vivienda, pertenencia a pueblo originario, estar embarazada, nacionalidad, pertenencia a algún grupo LGTBI+ⁱⁱ, etc.



Especialmente, si la/el defensor/a constata la existencia de lesiones, heridas u otros signos físicos, *debe de manera inmediata obtener que esas marcas se fotografíen con autorización de la imputada*, ojalá por un profesional independiente del defensor (por ejemplo el periodista regional) y se deje constancia en audio de esas marcas. Asimismo, en caso de constatar que la imputada tiene signos evidentes y constatables por cualquier persona de maltrato físico o psicológico, de síndrome de la mujer maltratadaⁱⁱⁱ, Estocolmo doméstico^{iv}, estrés post traumático^v, o de adaptación paradójica a la violencia doméstica^{vi} (forma de vestir, expresión facial o rictus corporal, por ejemplo), *se deberá dejar constancia de aquello*.

En general, si fuere posible detectar cualquier otro signo de alteración de su salud mental (ej. estado de shock, presentación, amnesia, depresión mayor, miedo extremo al agresor aunque ya esté muerto, vergüenza, tipo de vestimenta, expresión facial, incoherencia al hablar, espasmos, etc.), o marcas o signos en su ropa que permitan construir una defensa de género el/la defensor/a *deberá, de inmediato, obtener la autorización de la persona imputada y proveerse de la prueba necesaria para comenzar a construirla* (fotos, pericias psicológicas urgentes, constancias en audio, etc.). *Resulta recomendable que, sobre todo en casos graves, quien ejerza la defensa en estos casos, sea acompañado por un profesional de la Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa o del ámbito sico-social que trabaje en o para la DPP.*

Una vez obtenida esta información, y si de ella el/la defensor/a detecta la posibilidad de elaborar una defensa con perspectiva de género, *deberá ahondar, en lo que sea pertinente, en su entrevista en orden a obtener antecedentes* relativos a su situación de vulnerabilidad, violencia de la que la imputada/o dio cuenta y/o relaciones de poder existentes, o en su biografía como es el caso de haber sufrido violencia física, psicológica o sexual en la niñez o en momentos relevantes de su trayectoria vital, a fin de obtener mayor prueba durante la etapa de investigación.

Finalmente, dado que las mujeres que han sido víctimas de violencia suelen retractarse o cambiar de declaración a fin de proteger a su maltratador, es necesario que quien ejerza defensa *argumente, frente a alegaciones hechas por el fiscal o querellante, que ello se debe al estrés postraumático y al sometimiento que estas imputadas tienen respecto de sus agresores*.

2. Primera audiencia

a) Declaración de la imputada como medio de defensa

En el evento que la imputada manifieste su voluntad de declarar en la primera audiencia reconociendo su participación en los hechos, teniendo presente que una declaración en esta etapa procesal es excepcionalísima, quien ejerza la defensa *deberá asesorarla*

técnicamente en orden a sugerirle posponer esta declaración, con el objeto de que ella logre una mejor comprensión de los efectos jurídicos que puede acarrear tal reconocimiento, la imposibilidad de revisar con completitud y detalle los antecedentes con los que cuenta el fiscal y los demás que se generen en la etapa de investigación, y además para estar en mejores condiciones de enfrentar el contrainterrogatorio al que puede verse expuesta. Asimismo, quien ejerza la defensa tendrá en consideración, el estado emocional en el que ésta se encuentre, el que puede tener origen no solo en su situación procesal, sino también en una posible instrumentalización de la imputada, el estrés post traumático provocado por la comisión del ilícito, y/o en sentimientos de culpa, desesperanza, o indefensión aprendida ligadas a su historia de vida.

En el caso que sea posible tener una entrevista en profundidad con la imputada en forma previa a la primera audiencia, quien ejerza su defensa *deberá obtener los antecedentes que se detallan en el numeral II. 3 de este Manual. Si no se pudiere llevar a cabo una entrevista completa previa a la primera audiencia judicial, se estará a los antecedentes que se encuentran en la Ficha de primera entrevista.*

b) Incompatibilidad de defensa

Quien ejerza la defensa *deberá instar*, cuando los partícipes de las agresiones tienen la calidad de víctima-imputado, *a que se reconozca inmediatamente la incompatibilidad de defensa, y realizar las gestiones para que la imputada y el imputado tengan defensas asumidas por profesionales diferentes.* En aquellos casos en que en la localidad haya sólo un defensor/a, *debe instarse a que la audiencia sea cubierto por un o una profesional de una zona cercana y, sólo en caso que sea imposible, una vez que ésta haya concluido el/la defensor/a debe avisar a su defensor/a local jefe para que inmediatamente designe otro/a defensor/a.*

c) Término en primera audiencia

Si en la primera entrevista surgieren antecedentes que pudieren dar lugar a la existencia de violencia intrafamiliar, o relaciones de poder que pudieren haber incidido en el hecho delictivo que se imputa, o cualquier circunstancia que pueda hacer presumir que se requiere considerar aspectos de género el/la defensor/a *deberá asesorar técnicamente a su cliente en orden a recomendar no aceptar, en esta etapa procesal salidas alternativas, especialmente suspensión condicional del procedimiento cuando su incumplimiento importe desacato, procedimiento abreviado o admitir responsabilidad en procedimiento simplificado, con el objeto de recabar mayor información respecto de una posible defensa de género, que signifique una mejor salida procesal para la imputada.*

d) Derivación de la causa

En el caso que el defensor que asiste a la primera audiencia, no sea a quien se le asigne la titularidad de la causa en las etapas procesales posteriores, *en la minuta de traspaso respectiva deberá incluir todos los antecedentes recabados y que pudieren dar lugar a una defensa con perspectiva de género, dejando expresa constancia de esta posibilidad de defensa. Esta constancia deberá constar en el módulo de teoría del caso.*

e) Registro del sexo y nombre de la persona en el SIGDP y trato en todas las actuaciones del procedimiento

El sexo y nombre autodeclarado de la persona imputada deberá registrarse en el SIGDP y en todas las fichas y registros institucionales. Ello sin perjuicio de mantener el registro del sexo y nombre legal para el solo efecto de tener los datos imprescindibles para una adecuada trazabilidad de su identidad.

Quien ejerza la defensa penal pública deberá utilizar en todas sus entrevistas y audiencias el sexo y nombre autodeclarado por la persona defendida, instando a que los demás intervinientes no utilicen el legal cuando se refieran o se comuniquen con ella.

Finalmente, se deberá propender a que las personas transgénero que se encuentren privadas de libertad lo hagan en un recinto acorde con su identidad de género o, al menos, que tenga el menor riesgo posible de sufrir ataques del resto de la población carcelaria, respetando, en todo caso, su decisión sobre este punto. Para ello, quien ejerza defensa penal pública deberá conocer los recintos regionales que tienen dependencias para personas transgénero. En el caso que no exista en la región un recinto que cuente con dichas dependencias, deberá procurar indagar con la persona imputada las opciones de derivación a otra región que sí cuente con dicha opción.

También es importante que quien ejerza defensa penal pública tenga presente esta condición al momento de la detención y análisis de la legalidad misma, a fin de que no sean tratadas en forma atentatoria de su dignidad y condición y que, en su caso, no sean puestas en celdas o recintos junto con personas de un sexo que no corresponda a su identidad de género.

f) Discusión sobre el plazo razonable con perspectiva de género

Uno de los criterios para determinar si se incumple o no con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable es el de “Los efectos personales sobre el detenido”. Es en virtud del principio de igualdad y no discriminación que se permite considerar las circunstancias especiales que concurren en la persona detenida, sometida a prisión preventiva, o sometida a un proceso penal.

Resulta entonces que por razones de género quien ejerza defensa penal debe *argumentar y solicitar un plazo menor de investigación*, pues la mujer enfrentada a un proceso penal se ve más afectada que un hombre. Es esta intensidad en la incidencia del proceso en el desarrollo normal de la vida de la mujer y la gravitación que esta puede tener, es que también resulta relevante la duración del proceso penal respecto de la imposición y duración de las medidas cautelares, especialmente en relación a la prisión preventiva (Cruz y Vásquez, s.f.: IX), como lo desarrollaremos en la letra siguiente y en los capítulos 5 y 10^{vii}.

g) Discusión sobre medidas cautelares personales y prisión preventiva

Nuestra legislación establece la excepcionalidad de las medidas cautelares, especialmente la prisión preventiva, no obstante ello y teniendo en cuenta el principio de igualdad y no discriminación en el caso de las mujeres, la prisión preventiva resulta aún más excepcional, dado que como lo señalábamos a propósito del plazo razonable, la afectación que el proceso penal produce en la persona es un factor importante para la duración de la prisión preventiva y también debe serlo para su imposición.

Así, teniendo como base el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el principio de igualdad y no discriminación, la dignidad, la integridad, a una vida digna, a la protección de la familia, a la protección especial del embarazo y del interés superior de niñas, niños y adolescentes, la proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el principio de trascendencia mínima de la pena, se han construido estándares para atender a la especial situación de las mujeres que se encuentran embarazadas o que tienen hijos menores a su cargo^{viii}.

La vulnerabilidad que señala la normativa internacional se hace visible en las mujeres privadas de libertad por la fragilidad que se registra ante los cambios originados en el contexto sociocultural por la prisionización, en el desamparo institucional, y en el debilitamiento de las relaciones interpersonales y familiares, las razones y la intensidad de su vulnerabilidad y de sus necesidades específicas se relacionan con factores comunes, tales como: las dificultades en el acceso a la justicia; su historial de victimización; las necesidades específicas en materia de salud como resultado de historias de vida marcadas por la violencia doméstica y sexual; el alto nivel de consumo y dependencia de las drogas o el alcohol; la angustia extrema que produce el encarcelamiento; el abuso sexual y la violencia en prisión; la alta probabilidad de tener responsabilidades de cuidado parentales; y la estigmatización, la victimización y el abandono por parte de sus familias. Resulta por tanto relevante que cuando un/a defensor/a se percate que su representada se encuentra en alguna de estas situaciones, debe hacer valer la especial gravosidad de la medida cautelar de prisión preventiva para su representada, a través de informes sociales, fichas médicas, antecedentes de otras causas, pericias sociales o antropológicas y otros medios de prueba pertinentes



Por lo anterior, quien ejerza defensa penal pública *deberá siempre instar por otro tipo de medidas cautelares, incluyendo el arresto domiciliario porque el encarcelamiento produce un impacto diferenciado por motivos de género*. Sobre este punto las Reglas de Bangkok son un importante apoyo, porque reconocen que es preciso adoptar medidas especiales que atiendan a las necesidades propias de las mujeres detenidas, como forma de asegurar el acceso efectivo a sus derechos sin discriminación. Así, el tercer subtítulo de las Reglas de Bangkok (Regla 57) establece que los Estados “...deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y a la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes. Esta directriz implica mucho más que el arresto domiciliario y pues apunta a modalidades opcionales a la privación de la libertad, y hacia ese objetivo deberían dirigirse las estrategias de defensa, aunque siempre será preferible el arresto domiciliario por sobre la prisión preventiva.

Las alegaciones anteriores por cierto son sin perjuicio de las alegaciones que se puedan hacer en el caso concreto y que pueden tener que ver con la determinación del grado de participación de las mujeres, aplicando la teoría del dominio del hecho por ejemplo, se ha reconocido por nuestra jurisprudencia que la mujer participa sólo como cómplice en delitos como el tráfico de drogas, o alegaciones en relación a la ausencia de peligro de fuga, cuando la mujer tenga la custodia de sus hijos, cuestiones todas que abordaremos en otros acápite de este manual.

h) Medidas cautelares y causas de violencia intrafamiliar en contra de una mujer

En relación a las cautelares de la Ley 20.066, como pueden ser impuestas tanto a hombres como mujeres pues se castiga la violencia intrafamiliar y no aquella contra la mujer o de género, quien ejerce defensa penal pública *debe hacer presente a la judicatura*, en casos en que se impute violencia recíproca, o si es posible acreditar la existencia de denuncias previas por parte de esa mujer en contra de su pareja, *la especial gravosidad que implica para la mujer el abandono del hogar común y la prohibición de acercarse al lugar donde viven sus hijos, instando a la no aplicación de las mencionadas medidas cautelares personales*.

Asimismo, no obstante la prohibición del Art. 19 de la Ley 20.066, creemos que por razones sistemáticas y de historia de la ley^x, cuando una mujer es la imputada de agredir a un hombre sí podría existir un acuerdo reparatorio, lo mismo ocurre cuando se trata de una víctima mujer mayor de edad, pues el legislador no puede presumir que ésta se encuentre en una posición de superioridad en relación a su pareja y éste no se encuentre en condiciones de manifestar libremente su voluntad, lo mismo debe tenerse en cuenta para la imposición o no de una pena accesoria de las establecidas en esta ley.

i) Solicitud de ilegalidad de la detención en casos en que se imputan “lesiones o violencia intrafamiliar recíprocas”

Es usual que se detenga a hombres y mujeres por delitos de lesiones u otro en contexto de violencia intrafamiliar cuando ambos tienen lesiones, lo que les genera la calidad de víctimas e imputados/as a la vez por el mismo hecho. En estos casos, quienes ejercen defensa penal *deben evaluar solicitar la ilegalidad de la detención si no existen suficientes certezas en la investigación*, pues es probable que exista en una falta de ostensibilidad y por tanto en la imposibilidad de realizar una detención, atendido que no queda claro quién es imputado y quien víctima, pues esta podría estar sólo defendiéndose. Asimismo, en una primera audiencia programada, se podría alegar formalización arbitraria y hacer los reclamos que corresponda. En la misma línea argumental *se puede alegar esta falta de certeza en relación a cautelares, por la letra b) del Art.140 CPP, o por ese solo hecho el tribunal debiese absolver si se llega a juicio*, dado que no existe certeza en la imputación^x.

3. Entrevista posterior a la primera audiencia

Una vez formalizada la investigación, inmediatamente recibida la causa por traspaso, o cuando existieran indicios posteriores de que pudiere estarse frente a una causa con elementos de género a considerar para la determinación de la teoría del caso, en la primera entrevista con la imputada, *la defensa deberá recabar en profundidad antecedentes relativos a:*

- ✓ Entorno social de la imputada:
 - Su entorno familiar: hijos, padres, pareja, etc.
 - Pueblo originario al que pertenece y nacionalidad.
 - Dependencia económica y trabajo que realiza, sea remunerado o no.
 - Si es o ha sido víctima de violencia física o psicológica, posible síndrome de la mujer agredida, de Estocolmo doméstico, estrés post traumático, de adaptación paradójica a la violencia doméstica, o relación de poder.
 - Historia de vida y edad
 - Si pertenece a comunidad LGTBI+
 - Tiene alguna discapacidad
 - Otra situación de vulnerabilidad
- ✓ Circunstancias del delito:
 - Con quién cometió el delito, posibles copartícipes y víctima del mismo.
 - Forma de comisión del delito y el lugar donde se cometió.
 - Si la imputada fue instrumentalizada por una persona, especialmente si es de sexo masculino, si existía relación de poder o subordinación entre ellos.
 - Analizar posible sicodependencia.
 - Motivos del delito, por ej. defensa de hijos, necesidad económica, autodefensa, miedo, etc.



- Si pertenece a un pueblo indígena u originario, indagar en su cosmovisión y costumbres como mujer o persona indígena
- Si es un delito dentro de una relación lésbica, indagar dinámica de dicha relación.

Para esta entrevista el defensor deberá considerar que la construcción de la relación de confianza y la entrega o no de la información por parte de la persona imputada, estará estrechamente ligada con cuestiones propias de género, como en el caso de las mujeres, la minimización de la violencia y su naturalización como forma de resolver conflictos, la tendencia de las mujeres a auto responsabilizarse de las agresiones sufridas, además de patrones de apego hacia la pareja abusiva, disfuncionales, inseguros y mutuamente dependientes, baja autoestima, obligaciones de cuidado de hijos e hijas y otras personas y sesgos en relación a ciertos delitos en que se infringen estos deberes, entre otros.

4. La/el defensor/a construye su estrategia de defensa con perspectiva de género en las causas con imputadas mujeres

El/la defensor/a debe contextualizar, utilizando argumentos jurídicos jurisprudenciales y doctrinales, como también aportando los informes periciales que correspondan (vid. el capítulo sobre pericias y de actividades investigativas de defensa de este manual), *la situación de la imputada en sus alegaciones y construir la teoría de su caso* teniendo presente que, aunque se pueden usar los estereotipos, éstos sólo benefician a un número reducido de mujeres, por lo que es esperable que busque otro tipo de argumentos, especialmente las consideraciones criminológicas y de igualdad que en materia de género, como por ejemplo:

a) Contextualización de la situación de violencia

Quien ejerce defensa penal *debe contextualizar la situación de violencia sufrida por la imputada de parte de la víctima para los efectos de la alegación de una eximente* de legítima defensa, estado de necesidad exculpante o miedo insuperable en delitos contra las personas cometidos en contra de quien siempre la agredió.

Para esto *el/la defensor/a no sólo debe hacer alegaciones teóricas, sino también preparar su defensa con pericias, testimonios conducentes a acreditar la situación de violencia argüida por la imputada*. Por ejemplo, el defensor/a debiera revisar su historial como víctima VIF o violencia de género, atenciones médicas o en centros de la mujer, buscar testigos del maltrato, etc.

b) Contextualización de falta de poder

Quien ejerce defensa penal *debe contextualizar la situación de falta de poder en la toma de decisiones de la imputada para argumentar su falta de participación, o de dolo en delitos de organización o en los que se requiere de concierto.*

Es usual que en los delitos de organización (asociaciones ilícitas o cometidas por agrupaciones) nazcan al alero de una familia o de un grupo estructurado previamente por lazos afectivos en los que las mujeres no toman decisiones, pero son igualmente imputadas como integrantes o directoras. Por ejemplo, en una asociación ilícita en que el marido o pareja, quien la agrede habitualmente o que le impone todo tipo de decisiones, la involucre por ejemplo en el lavado de activos, asunto al que la mujer nunca pudo negarse. Lo mismo puede ocurrir cuando quien asume el rol de proveedor, usualmente el marido o pareja, realiza actividades económicas ilícitas en su domicilio y la mujer es imputada por el solo hecho de vivir en esa casa, no teniendo participación en los hechos.

Lo mismo puede ocurrir en casos en que se impute a la mujer como coautora de delitos violentos en los que ella sólo acompaña a su pareja.

En estos casos, además, especial atención deberán tener quienes ejerzan la defensa penal pública por las defensas incompatibles que pueden suscitarse entre coimputados, como también en la dificultad que ellas tendrían para acceder a ciertas salidas negociadas o para obtener ciertas atenuantes, por la imposibilidad de delatar a sus compañeros sentimentales o familiares.

c) Defensa en casos de aborto

En casos de aborto es *esperable que el defensor/a*, atendido que casi todos los casos que son investigados llegan por denuncia de un centro hospitalario al que la mujer acude pensando que está en peligro su vida o integridad física, *alegue por un lado la inutilizabilidad o exclusión de los dichos del personal sanitario, atendido tanto los tratados internacionales de DDHH de la mujer, como la normativa nacional que impide al personal de salud interrogar a la mujer en estos casos^{xi}.*

d) Condena a multas pecuniarias

En caso de aplicación de multas, en las causas en que no sea posible alegar cuestiones de fondo y la imputada vaya a ser condenada, quien ejerza la defensa penal pública *alegará el menor acceso a recursos económicos de la mujer en comparación a los hombres, su calidad de jefa de familia monoparental y de escasos recursos, ya sea para una rebaja o un pago en cuotas.*

e) Mujeres imputadas por violencia ejercida en contra de quienes están bajo su cuidado

En casos de delitos cometidos en contra de quienes se encuentran bajo cuidado de la mujer (parricidios, infanticidios, lesiones o amenazas en VIF, abandono de niños o personas desvalidas, etc.), *quien ejerza la defensa penal pública debe hacer alegaciones que impliquen que la mujer no sea sancionada doblemente: por el hecho cometido y por la infracción a sus deberes de cuidado*. En estudios chilenos y extranjeros se identifican sanciones mucho mayores a las mujeres que a los hombres por el mismo tipo de casos^{xii}.

f) Alegaciones sobre arraigo social de la mujer

El acceso a las redes por parte de las mujeres es más precario, dado que ellas son mayoritariamente dueñas de casa, no todas trabajan remuneradamente fuera del hogar, y no siempre participan en asociaciones o grupos sociales, por lo que siempre resulta más complejo el acceso a antecedentes sobre su arraigo social, limitándose casi siempre a alegar el arraigo familiar, el que finalmente tampoco es considerado porque sus familias no son las “ideales” por tener relaciones esporádicas, en situaciones de abandono y no cumplir con los deberes tradicionales de las “madres”. La defensa penal pública deberá realizar mayores gestiones probatorias a fin de poner a las imputadas en situación de igualdad, especialmente la investigación en red, para lo cual se deberá coordinar previamente con las Unidades de Gestión de Defensa Penal.

g) Suspensiones condicionales del procedimiento por delitos de microtráfico, cultivo de especies vegetales y faltas de los Arts. 50 y 51 de la Ley 20.000 cometidos por mujeres

Quienes ejerzan defensa penal *deberán instar para que, en casos en que a una mujer se le impute un delito de tráfico de pequeñas cantidades, cultivo ilegal de especies vegetales, o las faltas de los artículos 50 y 51 de la Ley 20.000, le sea aplicada una suspensión condicional del procedimiento*, de conformidad a lo que dispone el numeral VIII del Oficio del FN N° 936 de 2017, Instrucción general que imparte criterios de actuación en materia de investigación de los delitos contemplados en la Ley 20.000. En efecto, dicha normativa establece que dándose los requisitos de tratarse de una mujer y presente una vulnerabilidad socioeconómica vinculada a un consumo problemático de drogas, lo que deberá acreditarse con un informe sicosocial, es procedente dicha salida alternativa, por lo que la o el defensor/a deberá aportar los antecedentes y pericias necesarias para acceder a dicha forma de término.

h) Salidas o términos anticipados

Dado que en la cultura patriarcal son los hombres los que toman las decisiones, algunas mujeres imputadas tienden a esperar que los defensores tomen las decisiones por ellas, lo que sumado al estrés de la detención y el proceso, la preocupación por los hijos que normalmente están a su cargo exclusivo, hacen que ellas tiendan más a usar las salidas en

que hay que aceptar los hechos o la responsabilidad, sin que haya un estudio sobre los antecedentes que la inculpan, por lo que quien ejerza la defensa penal pública *debe ser cuidadoso con este tipo de salidas si existen antecedentes que permitirían otra forma de término más beneficiosa para la defendida.*

i) Uso de construcciones dogmáticas sobre la “mujer media”

Si bien no es una construcción pacífica en derecho penal, un defensor debe tener presente que se pueden generar problemas de género las construcciones dogmáticas sobre el “hombre medio” v. gr. a propósito de los delitos culposos, o de algunos requisitos de eximentes, como el caso fortuito previsto en el Art. 10 N°8 del Código Penal, pues las mujeres que culturalmente han estado ubicadas en espacios distintos, en tiempos más largos y asociadas a roles y características distintas, por lo que no siempre cumplen con las expectativas que se esperan del “hombre medio”. En estos casos el/la defensor/a *debiera tratar al menos de construir el concepto de “mujer media”*, pues, aplicando criterios de igualdad y no discriminación resulta imperioso resaltar que en el caso concreto de las mujeres existen procesos socializadores diversos a los de los hombres y, además, en el caso de la mayoría de las mujeres atendidas por la DPP, estos procesos son inadecuados o deficitarios, lo que exigiría de ellas un plus de esfuerzo para adecuarse a la norma, que no se pide a los varones^{xiii}.

5. El/la defensor/a deberá evitar el uso de estereotipos sobre la “naturaleza” de la mujer, es decir, de las características de personalidad esperadas de una mujer

Diversos estudios encargados por la DPP demuestran que quienes ejercen defensa penal pública utilizan estereotipos en sus argumentaciones sobre las características de personalidad que se “esperan” de cada sexo, sin que se tengan buenos resultados al momento de la resolución de los tribunales^{xiv}. En específico, quienes ejercen defensa penal *deben evitar el uso de estereotipos tradicionales*, especialmente en estos momentos del proceso:

a) Discusión de medidas cautelares personales

A fin de evitar que quienes ejerzan defensa penal pública sólo utilicen criterios relacionados con el arraigo familiar de la imputada al momento de discutir medidas cautelares personales, la o el profesional *deberá ser proactivo para obtener documentación o antecedentes que diga relación con la inexistencia de los requisitos establecidos en el Art. 140 CPP. Además, deberá hacer alegaciones sobre arraigo no estereotipadas*, y contradecir por contrarias al principio de igualdad las alegaciones que hagan los demás intervinientes en el proceso cuando su oposición se base en la asociación de características sexistas asociadas a la “naturaleza” de las personas^{xv}.

b) Procedencia de penas sustitutivas

Quien ejerza la defensa penal pública *deberá evitar que*, cuando se analice el requisito de la pena sustitutiva de libertad vigilada de contar con “antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado” (Art. 15 N° 2 Ley 18.216) *se utilicen sólo aquellos que se refieran a aquellas características que han sido tradicionalmente esperados de una mujer o de un hombre de manera poco igualitaria*^{xvi}.

Asimismo, *las pericias encomendadas por la defensa para fundar su solicitud de pena sustitutiva, deberán evitar se utilicen argumentos sexistas, como también oponerse y hacer alegaciones cuando se trate de utilizar un argumento estereotipado para negar el derecho de la mujer a cumplir su pena con una pena sustitutiva.*

c) Pena mixta

En el caso de la pena mixta regulada en el Art. 33 de la Ley 18.216, cuando el numeral 1 e la letra d) se refiere al requisito de la existencia de una opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, exigiéndose “antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado y una propuesta de plan de intervención individual que deberá cumplirse en libertad”, quien ejerza defensa penal pública *deberá preocuparse que dentro de esos requisitos no se consideren solamente aquellas características tradicional y estereotipadamente exigidas a los sexos.*

d) Salidas con aceptación de responsabilidad o de los hechos y antecedentes de la investigación

La o el defensor deberá ser cuidadoso cuando se trate de proponer salidas en las que las mujeres acepten procedimientos abreviados o simplificados con aceptación de responsabilidad. En efecto, atendido que muchas de las imputadas han vivido rodeadas de otras personas que han tomado las decisiones a nombre ellas, algunas de ellas podrían tender a aceptar la sugerencia del defensor/a sin tener muy claras las consecuencias de estos procedimientos, por lo que será necesario que quien ejerza la defensa penal pública *explique con detalle en qué consiste cada una de estas salidas y las consecuencias prácticas para su vida posterior.*

Por otro lado, respecto de las mujeres que sí suelen tomar decisiones, el defensor deberá considerar que ellas pueden exigir información específica sobre cómo afectará su decisión a otros aspectos de su vida o sobre las personas que dependen de ella, por lo que se espera

que quien ejerza defensa penal pública *consideren, en lo posible, mayor tiempo en las entrevistas*^{xvii}.

e) Renuncia y desistimiento de recursos

Los mismos cuidados descritos en la letra d) precedente deberán adoptarse en relación a la interposición, renuncia y desistimiento de recursos.

Como lo señalamos con anterioridad en la cultura patriarcal el hombre es quien toma las decisiones y las mujeres imputadas esperan que sus defensores tomen las decisiones por ellas, en el caso de los recursos y en general en todos los casos en que la mujer deba tomar una decisión personalísima, como por ejemplo recurrir de una sentencia condenatoria, de una medida cautelar, aceptar o rechazar un abreviado, o una salida alternativa, declarar o no en el juicio oral o ante el fiscal, etc., el defensor o defensora se preocupará de que esta decisión sea tomada libre y voluntariamente por su representada y de ello quedará especial constancia en las distintas fichas que utiliza la defensoría, las que deberán tener un enfoque de género en su redacción.

6. El/la defensor/a debe evitar el uso de roles estereotipados de género en materia de cuidado de las hijas e hijos

Las mujeres, al estar asociadas a la maternidad, el cuidado de los demás miembros de la familia, dentro del espacio privado han sido ligadas con ciertos roles que incluyen la obligación del cuidado de otros, y *la realización invisible y no valorado del trabajo no remunerado al interior de la casa. No obstante que las mujeres no deben ser consideradas exclusivamente en su rol maternal, no podemos olvidar que la realidad de la mayoría de las mujeres que son defendidas por abogados de la DPP (y en el resto de la población) son las que se hacen cargo del cuidado y crianza de los hijos, por lo que hay que tener presentes sus necesidades o intereses prácticos de género*^{xviii} y darles las opciones que el sistema jurídico les otorgan para hacerse cargo de dicha labor, como son por ejemplo:

a) Información para mujeres embarazadas o con hijos lactantes

Cumplimiento de Información que corresponde hacer al defensor de acuerdo a la Resolución Exenta N° 1574 del Defensor Nacional, de 30 de junio de 2008, en lo relativo al conocimiento y amparo que debe dársele a la mujer embarazada o con hijos lactantes para hacer uso del derecho que le asiste por el Art. 19 del Reglamento de establecimientos penitenciarios y 92 y ss. del Reglamento de la Ley 20.084, teniendo especial preocupación sobre los derechos que le asisten a su hijo o hija.

b) Distancia de los centros de privación de libertad y efectos en los derechos de la imputada

Para efecto de las solicitudes de permisos de salida, visitas especiales y visitas íntimas quien ejerza defensa penal pública debe tener presente que, la lejanía de los centros de reclusión femeninos (usualmente sólo hay en las capitales regionales), les dificultan las visitas de sus familiares, además del abandono que muchas de ellas sufren, por lo que la o el defensor deberán *impedir que al interpretarse el requisito establecido en el Art. 110 letra d) del Reglamento Penitenciario se perjudique a aquellas condenadas que no pueden ser visitadas por sus familiares o que han sido abandonadas por éstos*^{xix}.

c) Uso de estereotipos sobre la maternidad

En relación al cuidado de otros, las defensoras/es *deben oponerse a afirmaciones que establezcan un trato diferenciado, mucho más exigente para las madres que para los padres*. Quienes ejerzan defensa penal pública *deben alegar discriminación cuando a sus defendidas les sean atribuidas actitudes que corresponderían a una mala madre, siendo que al padre que abandonó no se le atribuya responsabilidad alguna*^{xx}, utilizando los medios procesales que correspondan dependiendo de la etapa procesal o audiencia que corresponda.

7. Quien ejerza la defensa penal debe valorizar y visibilizar el trabajo remunerado y reproductivo no remunerado de la mujer

Se describe el trabajo de la mujer en tres ámbitos, el trabajo remunerado fuera del hogar, también el trabajo reproductivo no remunerado (el propio de las labores de la casa y de cuidado de los hijos), y el trabajo comunitario no remunerado (la participación en organizaciones sociales destinadas a mejoras grupales como ollas comunes o con fines políticos como las Abuelas de la Plaza de Mayo), sin embargo, en una interpretación androcéntrica sólo se considera como “trabajo” como aquél que se realiza fuera de lo doméstico y que es remunerado, invisibilizándose y no dándole el verdadero valor al resto de las ocupaciones que usualmente son ejercidas por mujeres.

a) Trabajo remunerado de la mujer

Diversos estudios indican que las mujeres acceden en menor proporción a los hombres a trabajos remunerados, son más inestables, y con menores niveles de ingresos que los varones (Arriagada y Gálvez, 2014). Si a ello le sumamos que una buena parte de las mujeres en estos casos son jefas de hogar de hijos que dependen económicamente sólo de ellas, es posible sostener que los recursos económicos con los que cuentan para hacer frente a los gastos que implica un proceso penal son más escasos que aquellos con los que podría contar un hombre.

De ahí que cuando se trata del pago de una multa sea necesario no sólo explorar la posibilidad de rebajas o pago en cuotas, quien ejerza defensa penal *debe argumentar, cuando no se pueda pagar, para que se utilice el mecanismo establecido en el Art. 49 inc. 3 del CP*, sobre todo considerando las dificultades que las mujeres tienen para hacer servicios en favor de la comunidad por falta de tiempo, tal como se expresa en este documento y que también pueden justificar los incumplimientos, al tenor del Art. 49 sexies del CP y la Ley 18.216.

b) Trabajo no remunerado de la mujer^{xxi}

Quien ejerza funciones de defensa penal pública *deberá argumentar que el trabajo no remunerado de la mujer cumple con aquellas normas que exigen el trabajo para acceder a ciertas instituciones jurídicas*, por ejemplo:

- *En penas sustitutivas*: El art. 5 de la Ley 18.216 lo exige en relación a la remisión condicional de la pena el Art. 5. Pero también debe tenerse presente para efectos de la pena sustitutiva de trabajo en beneficio de la comunidad, para permitir que sea compatible con sus demás roles y sus tiempos.

En el caso de las *libertades vigiladas* el defensor deberá argumentar que el Art. 17 establece como requisito en su letra c) el ejercicio de un trabajo, pero que no debería ser excluido el de dueña de casa u otros no remunerados y que el Art. 18 establece que es el Estado el que promoverá y fortalecerá su inserción al trabajo, por tanto la carga es de éste y no de la mujer.

- En cuanto a los denominados “*beneficios intrapenitenciarios*”, ya sea los que están en el Reglamento Penitenciario (Arts. 105, 106 y 111) como los que se encuentran en otros textos legales, como la Ley de Libertad Condicional (Arts. 2 y 6 del DL 321), o la Ley de rebaja de condenas (Art. 7 de la Ley 19.856), el defensor deberá argumentar que una interpretación conforme al principio de igualdad debiera considerar que el trabajo de dueña de casa u otros no remunerados también permiten entender que la interna cumple con el requisito establecido en la norma.

8. Quien ejerza la defensa penal pública debe tener presente en su estrategia y alegaciones que a las mujeres se las ubica en los espacios tradicionales de lo privado y la crianza

La mujer al ejercer su rol en lo biológico, asociados a lo doméstico, se la ubica en la casa, incluso cuando se trata de la aplicación de sanciones, condiciones o requisitos que imponen las leyes penales y procesales penales, cuestión que en principio no es malo siempre que la mujer lo desee, aceptando la salida o condición que el sistema penal le ofrece, por lo que

quien ejerza defensa penal pública *debe velar porque esa ubicación no sea sexista ni sea más gravosa*, como ocurre en los siguientes casos:

a) Libertades vigiladas intensivas

En las libertades vigiladas intensivas la obligación de permanecer en el domicilio se aplica mucho más a mujeres que a hombres, mientras que a los hombres la mayoría es la prohibición de acercarse a un lugar determinado, o de acercarse o comunicarse con ciertas personas o familiares^{xxii}.

b) Expulsión de extranjeras

En la pena sustitutiva de expulsión de personas extranjeras, el defensor deberá instar por todas las vías legales para que las mujeres no sufran largas estadías privadas de libertad mientras la medida se materializa, pues los datos indican que ellas tienen un nivel más alto de internaciones que los hombres (71% versus un 61%)^{xxiii}.

Asimismo, en consideración a la desventajosa situación jurídica en la que quedan los hijos menores de edad de las personas expulsadas, especialmente cuando se trata de las madres, pues se les exige la autorización del padre para salir del país, incluso si éste no es habido o ha abandonado a sus hijos, *quien ejerza defensa penal pública deberá derivar con prontitud a la Corporación de Asistencia Judicial u otra institución que entregue asistencia en materia de derecho de familia*.

9. Tiempos de la mujer: el/la defensor/a considera o no la doble o triple jornada de la mujer

Dado que a las mujeres se les ha impuesto el rol del cuidado de los demás miembros de la familia, los trabajos comunitarios y en muchos casos el trabajo remunerado fuera del hogar, no es muy difícil de imaginar que ellas tienen muchas dificultades para acceder a los servicios de la DPP que atiende en horario de oficina (incompatible también muchas veces con los horarios de cuidado de los hijos), o que les es difícil cumplir con ciertas obligaciones impuestas en el proceso penal. En particular quien ejerza defensa penal pública deberá:

a) Cumplimiento de instructivo sobre atención preferente

Cumplir con el instructivo sobre horario preferente establecido en el Oficio DN N° 256, de 21 de octubre de 2005, que tiene como objeto permitir que las mujeres que tienen hijos sean atendidas de forma preferente y en espacios que cuenten con un lugar destinado al esparcimiento de los NNA. Este instructivo no sólo debe acatarse cuando las mujeres – imputadas o familiares de imputadas/os- y condenados/as llegan a atenderse en una causa que ya ha comenzado su tramitación, sino también en aquellos casos en que se cita a la

mujer a una entrevista previa a una primera audiencia de formalización, puesto que a ellas les cuesta mucho más llegar a esa primera entrevista producto de su limitación horaria.

b) Servicios en favor de la comunidad

Quien ejerza defensa penal *deberá considerar, al aplicar la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, ya sea como pena sustitutiva o como pena, que su cumplimiento puede verse imposibilitado producto de la carga de tiempo que tienen las mujeres*, lo que debiera ser también explicado en instancias judiciales utilizando los argumentos derivados de exceso de carga de trabajo y de tiempo.

10. Alegaciones basadas en la maternidad o paternidad de una persona

Si bien consideramos que una defensa que aplique criterios de igualdad no debiera sustentarse exclusivamente en su calidad de madre para hacer operativos los derechos de una mujer, pues ellas son titulares de derechos por el solo hecho de ser personas, tampoco podemos olvidar que, por patrones de género existentes, una parte importante de las imputadas y condenadas en el sistema penal son jefas de hogares uniparentales, siendo el principal sustento económico y emocional de sus hijos e hijas. Además, de las razones ya enunciadas en el capítulo 2 letras g y h, si a ello le sumamos el hecho que siendo ella la única cuidadora de sus hijos, la privación de libertad no sólo la afecta a ella, sino también a sus hijas e hijos, afectando el interés superior del niño, niña y adolescente.

Por lo anterior, quien ejerza la defensa de una mujer *instará a que se le restrinja de manera menos intensa la libertad a una mujer embarazada o con el cuidado de hijos e hijas menores* (en discusión de medidas cautelares personales, determinación de la pena, penas sustitutivas y beneficios intrapenitenciarios), dado que se encuentran en una posición más desventajosa que los hombres en la misma situación, argumentando tanto el derecho nacional como internacional que se refiere a este caso^{xxiv}.

Dichas alegaciones también deberán efectuarse cuando sea el padre u otro varón el que se encuentre a cargo de hijos e hijas.

11. Solicitudes de peritajes

Distintos estudios han hecho presente que los/as defensores/as suelen discutir más los temas de fondo en casos de hombres que de mujeres, a quienes sólo les piden pericias para rebajas de multa o para discutir una pena sustitutiva^{xxv}. Por ello, *se espera que la/el defensor/a analice el caso completo de la mujer y busque aquellos que la exculpe, más que sólo la atenúe la pena*, tal como se dirá en los puntos que siguen.

Para la solicitud de estos peritajes, que pueden ser de diferente índole, sociales, psicológicos, psiquiátricos, antropológicos, entre otros, el defensor deberá explicitar:

- a) *La necesidad de enfocar los mismos en aquellos aspectos de la vida de la imputada que dan cuenta de cuestiones de género que inciden en la ocurrencia de los hechos que se le imputan, lo cual debe incorporarse tanto en los fundamentos de la solicitud, como en el objetivo del peritaje. Las solicitudes de evaluaciones deberán explicitar la necesidad de abordar en forma exhaustiva las variables que tienen incidencia tanto en el fenómeno de la violencia de pareja y de género, y en el contexto que ésta eventualmente se ha desarrollado, de tal forma que se pueda acceder a la subjetividad de la imputada en relación con la comisión del delito, como también en la precarización de su situación económica y social y la exclusión social que vivencia, sobre todo cuando son jefas de familias monoparentales.*
- b) Para los efectos de una defensa de género, no son suficientes peticiones de peritajes que digan relación sólo con facultades mentales para los efectos de inimputabilidad, o características de personalidad, sino que ellas *deben dar cuenta de las variables de género que inciden o pudieren incidir en el actuar de la imputada y la contextualización de las mismas.*
- c) En algunos casos se requerirá, conforme a la teoría del caso, un peritaje multidisciplinario, de psicólogo/a antropólogo/a u otros profesionales del área social, que incluya no sólo la emisión del informe, sino también un acompañamiento en causas complejas, por lo que la intervención del perito debiese comenzar ser desde las primeras actuaciones de la defensa, sobre todo cuando se trate de pericias que requieren trabajo de campo.
- d) *Que el peritaje debe ser realizado por un profesional que cuente con conocimientos y experiencia no sólo en el ámbito pericial, sino en violencia intrafamiliar y, específicamente, en temas de género, que permita asegurar la profundización de aspectos propios del fenómeno a los que difícilmente se podría tener acceso desde otra perspectiva.*
- e) Las Defensorías Regionales procurarán incorporar al Registro de peritos a profesionales con estas capacidades en todas las materias periciales, a fin de contar con un catastro accesible a nivel nacional.
- f) En la solicitud de éstos peritajes *el/la defensor/a deberá evaluar, la conveniencia de -frente a los primeros antecedentes que den cuenta de cuestiones de género que puedan incidir en la defensa- instar primeramente por un peritaje en el ámbito de las ciencias sociales, que dé cuenta de la historia de vida de la imputada, las situaciones de violencia de género a la que se ha visto expuesta, las relaciones con la o las víctimas o con coimputados, que sirva no sólo para acreditar la existencia de éste tipo de cuestiones, contribuir a la elaboración de la teoría del caso, discutir medidas cautelares, solicitar penas sustitutivas etc., sino que también a determinar la necesidad y naturaleza de otros*



peritajes como psicológicos, psiquiátricos, antropológicos, sociológicos, u otros, con la debida precisión en su fundamentos y objetivos.

- g) La responsabilidad en la supervisión de la pericia que recae sobre quien ejerce defensa penal en este tipo de peritajes cobra especial importancia, sobre todo en lo que dice relación con la información necesaria para la debida confección del mismo que debe entregar al perito, ya que se trata de pesquisar cuestiones que dicen relación con historias de vida, relaciones sociales, económicas, culturales, que por sí solas pudieren no tener ninguna relación con alguna imputación penal, pero que analizadas en el contexto de la ocurrencia de los hechos, en las características de personalidad de la imputada, en la aceptación de una determinada situación o en la reacción frente a las mismas. De esta forma no basta sólo con la información inicial, sino que es necesario que el defensor se comuniquen en forma permanente con el perito, durante la elaboración del informe, para los efectos de ir aclarando las dudas, precisando la información que se requiere, para llegar a un producto que reúna los antecedentes y resuelva las interrogantes existentes para determinar y acreditar la existencia o no de cuestiones de género que deben ser incorporadas en la teoría del caso, o que determinen la necesidad de ahondar en algunos aspectos a través de otras pericias. Asimismo, es obligación de quien ejerza la defensa penal pública solicitar la pericia de forma especialmente oportuna, porque, como se ha dicho, en algunos casos se requiere de un acompañamiento largo y trabajo de campo complejo.

Ahora, en particular cuando se trate de causas en que exista una imputada o imputado que sea hechor de un delito contra a vida o las personas en que la víctima haya sido un constante agresor, será forzoso para el defensor investigar la historia previa, en orden a si ha sido objeto de violencia por parte del agresor o de otros, de abusos de carácter sexual, y demás antecedentes relevantes. En este orden, sería favorable para los intereses de la imputada solicitar los siguientes peritajes:

- a) Peritaje social, que investigue su historia familiar, económica y laboral, analizada desde una perspectiva de género, en el cual la profesional analice historial de existencia de violencia intrafamiliar o de género y/o abusos sexuales previos, dependencia económica de la imputada, factores de riesgo según la pauta de riesgo para víctima de VIF y otros como S.A.R.A^{xxvi}.
- b) Peritaje psicológico, que analice la estructura de personalidad de la imputada, existencia de violencia intrafamiliar o doméstica y/o abusos sexuales previos, existencia de síndrome de indefensión aprendida, adecuación mórbida a la VIF, posible imputabilidad disminuida por existencia de violencia y/o abusos sexuales previos, análisis de posible daño orgánico cerebral por golpes recibidos en la cabeza, además de explorar ámbitos de imputabilidad generales o trastornos de personalidad que pudiesen afectar la culpabilidad de la misma.
- c) Peritaje psiquiátrico, que analice la estructura de personalidad de la imputada, patologías que sean consecuencia de violencia y/o abusos sexuales previos,

existencia de síndrome de indefensión aprendida, adecuación mórbida a la violencia intrafamiliar, posible inimputabilidad por existencia de violencia y/o abusos sexuales previos, además de explorar ámbitos de imputabilidad generales referentes al juicio de realidad que pudiesen afectar la culpabilidad de la misma.

- d) Peritaje criminalístico, para determinar la existencia de historia de violencia intrafamiliar o doméstica y/o abusos sexuales previos, empadronamiento de testigos, vecinos, datos de atenciones de urgencia de la imputada por agresiones previas y otros de interés.
- e) Peritaje de lesiones, para determinar si existen “lesiones de antigua data” que constatar, producto de violencia previa.

Respecto del profesional que practica estas pericias, es menester relevar la importancia de elegir a aquel experto que además de poseer la idoneidad técnico profesional, tenga en su currículum, dentro de lo posible, experiencia en temas de género y/o en violencia contra la mujer.

12. Otra actividad investigativa

Cuando se hubiere establecido que ha existido violencia de género en contra de la imputada, que ha tenido incidencia en la ocurrencia de los hechos que se le imputan, y que formará por ende parte de la teoría del caso de la defensa, quien ejerza defensa penal *debe buscar información adicional al peritaje para acreditarla*, por ejemplo reunir antecedentes acerca de posibles denuncias, o condenas por violencia intrafamiliar o violencia de género, que la imputada hubiere presentado, con anterioridad a los hechos. Para lo anterior podrá recurrir, entre otros, a la propia imputada, a sus familiares, o a la información pública existente.

Cuando fuere necesario, *el/la defensor/a también deberá reunir antecedentes para acreditar la calidad de maltratador*, ya sea de la víctima del delito de la pareja o persona que ejerce o haya ejercido poder sobre la imputada y que originó o tuvo incidencia en la ocurrencia de los hechos que se analizan desde una perspectiva de género.

Asimismo, cuando se trate de acreditar la situación social vulnerable de la persona, pero muy especialmente la de una mujer, deben ser relevados los antecedentes sociales de hijos/as, sobre todo en casos de jefatura de hogar monoparental.

13. Apoyo técnico

Quien ejerza defensa penal pública *recurrirá a la Unidad de Estudios Regional o Nacional, cada vez que requiera apoyo técnico jurídico en el análisis preliminar de los hechos que se imputan*; para la elaboración de la teoría del caso y estrategia de defensa, para la solicitud de peritajes, ya sea en lo que se refiere a la naturaleza, peticiones concretas del mismo y su posterior análisis, considerando las características personales de la persona imputada desde una perspectiva de género.

Para ello, cada Defensoría Regional deberá designar a un/a profesional del área jurídica que ejerza la función de coordinación y apoyo técnico en materia de igualdad de género.

Se pondrá a disposición de las/os profesionales que ejerzan defensa penal a través de los sistemas de acceso a la información institucional (Lexdefensor y Biblioteca), apoyo bibliográfico, jurisprudencial (nacional e internacional) y legislación nacional e internacional en materia de discriminación, igualdad y género, a fin de que puedan sostener y fundamentar sus posiciones en dicho material.

NOTAS EXPLICATIVAS

i) Hay que tener presente que las expresiones violencia intrafamiliar, violencia doméstica, y violencia de género no son sinónimas. La fórmula de la “Violencia contra la mujer” visibiliza a la víctima, pero no a quien es el sistemático victimario ni cuáles son los ámbitos y vínculos habituales de la violencia; el término “Violencia doméstica” ilumina sólo el ámbito de la violencia, mientras que la frase “Violencia familiar” se concentra en el vínculo, pero no en las relaciones de poder existentes al interior de la estructura familiar. La denominación como “Violencia de género” da cuenta de “las estructuras simbólicas que justifican y naturalizan la violencia” y, finalmente, la expresión “violencia sexista” hace eje “en las relaciones de poder entre los sexos y el sistemático disciplinamiento de un sexo sobre otro” (Maffía 2012).

ii) Cuando hablamos de grupos LGTBI+ usaremos las siguientes definiciones, tomadas de la Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la república de Costa Rica “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Párr. 32:

- Intersexualidad: Todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el

cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son.

- Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos.
- Tránsgendero o persona trans: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans, es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.
- Persona transexual: Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.
- Persona travesti: En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

- Persona cisgénero: Cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer.
- Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.
- Homosexualidad: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción.
- Persona Heterosexual: Mujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres.
- Lesbiana: es una mujer que es atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres.
- Gay: se utiliza a menudo para describir a un hombre que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraído por otros hombres, aunque el término se puede utilizar para describir tanto a hombres gays como a mujeres lesbianas.
- Bisexual: Persona que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto. El término bisexual tiende a ser interpretado y aplicado de manera inconsistente, a menudo con un entendimiento muy estrecho. La bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo, ni tampoco debe implicar la atracción por igual o el mismo número de relaciones con ambos sexos. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio.
- LGBTI: Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero e Intersex. Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Sobre esta sigla en particular, la terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas Asexuales, Queers, Trasvestis, Transexuales, entre otras (+). Además, en diferentes culturas pueden utilizarse otros términos para describir a las personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales y a las que se auto identifican o exhiben identidades de género no binarias (como, entre otros, los hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, queer, muxé, fa'afafine, fakaleiti, hamjensgara o dos-espíritus).

iii) El síndrome de mujer maltratada fue descrito por Leonore Walker en 1977-78 y redefinido por ella en 1984 y 1992, como una condición basada en una "indefensión aprendida," por la cual una mujer víctima de violencia de pareja es incapaz de protegerse contra el abusador de violencia, la que se basa en una repetición constante de actos violentos no obstante el intento inicial de que estos actos cesen, por la existencia de una dinámica que se repite en un ciclo de violencia (Walker, 1984). Con posterioridad se ha definido como un trastorno de estrés postraumático (TEPT) (Walker, 1992), por tratarse de una condición psicológica que resulta de exposición a trauma severo.

iv) El síndrome de Estocolmo doméstico (SIES-d) consiste en aquél proceso disociativo por el cual la víctima minimiza o niega la existencia de violencia en su contra, desarrollando un vínculo con aquella parte menos agresiva o violenta de su agresor, ignorando sus propias necesidades y volviéndose hipervigilante de las necesidades de su agresor (Graham y Rawlings, 1991).

v) El síndrome de estrés post traumático (PTSD) puede ser el resultado de la exposición a violencia doméstica y puede ser relevante para explicar el miedo de una víctima u otro comportamiento en una situación específica (Dutton, 1997).

vi) Este síndrome (SAPVD) ha sido descrito para aquellos casos en que se trata de mujeres que aparentemente son independientes de sus parejas, porque son autónomas en materia laboral y económica, pero aun así son incapaces de abandonar o denunciar a sus parejas violentas, generando vínculos cada vez más dependientes de su agresor (Montero, 2001).

vii) Ante la imposibilidad de reducir el concepto de plazo razonable a un número fijo de días, surgieron principalmente de la jurisprudencia del TEDH en la década del 60' las primeras aproximaciones y caracterizaciones, en este fallo el TEDH declaró vulnerado el artículo 5.3 de la Convención Europea de DDHH y en su resolución estableció, que los márgenes dentro de los cuáles debe contarse el plazo razonable de duración del proceso, van desde el día en que se acusa a alguien y se extienden hasta el fallo que resuelva el fundamento de la acusación, incluyendo la resolución del tribunal de segunda instancia si se recurre (Caso Neumeister v. Austria. Sentencia de 27 de junio de 1968).

El mencionado artículo 5.3 de la Convención Europea de DDHH señala: "Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio".

Ese mismo año además en el caso Wemhoff vs. Alemania, en que se sometía a decisión del TEDH si el tiempo que el demandante paso detenido en la República Federal de

Alemania, constituyo una violación del artículo 5.3 de la Convención Europea de DDHH, La Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH), centro su informe en la interpretación del término «razonable», elaborando los siete criterios siguientes para la determinación de si el plazo en que se desarrolla un proceso es o no razonable: 1. La duración de la detención; 2. La duración de la prisión preventiva en relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la pena que debe esperarse en caso de condena; 3. Los efectos personales sobre el detenido; 4. La conducta del imputado en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso; 5. Las dificultades de investigación del caso; 6. La manera en que la investigación ha sido conducida; y, 7. La conducta de las autoridades judiciales (los tres primeros criterios son también relativos a la prisión preventiva y los últimos 4 se refieren específicamente a la duración del proceso).

Estos criterios fueron recogidos por el Sistema Interamericano y ya en el año 1989 la CIDH en el caso *Firmenich vs. Argentina*, los hizo suyos y por primera vez incluye tres elementos de la doctrina de los siete criterios del caso *Wemhoff*, para analizar el plazo de prisión preventiva a la que estuvo sometida la víctima del caso. Con posterioridad sobre el tema han existido varios pronunciamientos también por cierto de la Corte IDH, hasta llegar a nuestros días.

De la doctrina de los 7 criterios, que nos entregó el TEDH en 1968, existe uno que tiene mayor relevancia si queremos realizar una defensa con perspectiva de género y nos interesa especialmente. Este criterio se identifica con el número 3 en el fallo del caso *Wemhoff vs. Alemania* y tiene que ver con “*Los efectos personales sobre el detenido*”. Cuando hablamos del principio de igualdad y no discriminación resulta el referido criterio especialmente relevante, porque permite considerar las circunstancias especiales que concurren en la persona del detenido o sometido a prisión preventiva o simplemente respecto de la persona sometida a un proceso penal.

Sobre el punto el juez García Ramírez en el caso *Lopez Alvarez vs Honduras* señaló en el numeral 36:

“Me referí, como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable, a lo que denominé “afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes --es decir, la situación jurídica-- del individuo”. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo --“plazo razonable”-- se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota.” (Voto razonado del Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el Caso López Álvarez Vs. Honduras (2006), párr. 36).



Resulta entonces relevante tener presente las alegaciones de género que demuestran que para la mujer verse enfrentada a un proceso penal, que por lo demás fue construido para juzgar hombres, se ve mucho más seriamente afectada que un hombre y es esta intensidad en la incidencia del proceso en el desarrollo normal de la vida de la mujer y la gravitación que esta puede tener son un criterio que necesariamente debe estar presente y ser resaltado cuando se juzga a una mujer, este mismo criterio resulta relevante respecto de la imposición y duración de las medidas cautelares que se impongan a la mujer, especialmente en relación a la prisión preventiva, como lo desarrollaremos in extenso más adelante (Cruz P. Juan y Vásquez Rodolfo "La Mujer a Través Del Derecho Penal" Colección Género, Derecho y Justicia Coordinadores. Juan A. Cruz Parcerio y Rodolfo Vázquez, s.f., pág. IX).

viii) Además de lo que se dirá en extenso en la nota xxiii, se destacan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo –en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos–, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)–en el sistema regional–. Esta última Convención incluso en su artículo 9 define a las mujeres privadas de libertad como un grupo especialmente vulnerable, en razón de su género, y que ello obliga al Estado a adoptar medidas específicas para protegerlas. Esta misma norma señala también, además, otras categorías que refuerzan esa posición de vulnerabilidad, como la migración, el origen étnico o racial, la condición socio-económica, la edad, la discapacidad, el embarazo y la maternidad. En idéntico sentido a lo expresado en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que establecen pautas de actuación para los operadores y operadoras del sistema judicial, entre ellos por cierto las defensorías, para que faciliten el acceso a la justicia de sectores históricamente desaventajados.

ix) Al momento de discutirse el proyecto de ley sobre violencia intrafamiliar, se hizo presente que la prohibición se sustentaba en la idea de que "los acuerdos reparatorios... son el resultado de presiones ejercidas más que de un acuerdo puro y simple, lo que, en definitiva, lleva a soluciones artificiales que no resuelven el problema de fondo", en el mismo sentido la diputada Antonieta Saa "Agregó que es muy difícil que en una situación de violencia al interior de la familia la víctima se encuentre en condiciones de prestar un consentimiento libre y espontáneo para celebrar estos acuerdos", cosa que no ocurre cuando estamos en presencia de una imputada mujer. Ambas citas fueron tomadas del Informe de la Comisión Mixta que zanjó este tema durante la tramitación legislativa.

x) Tener la calidad de víctima e imputado en un mismo hecho es muy difícil y genera absurdos, por ejemplo, como imputado/a tiene derecho a guardar silencio y como víctima tiene obligación de declarar, como imputada/o tiene derecho a un defensor/a, como víctima a un abogado querellante, derecho a pedir el sobreseimiento definitivo, derecho a recurrir si no se decreta y, si se da, puede negociar un acuerdo reparatorio como víctima y como



imputada/o, etc. Por ello, cuando el fiscal nos presenta este tipo de causas en una audiencia de control de detención, es posible alegar la ilegalidad de la detención, por la falta de certezas en la investigación que derivan en una falta de ostensibilidad y, por tanto en la imposibilidad de realizar una detención, porque no se sabe quién es imputado y quien víctima, y si es en audiencia programada se puede alegar formalización arbitraria y hacer los reclamos que corresponda, también se puede alegar esta falta de certeza en relación a cautelares, por la letra b) del Art.140 CPP, o por ese solo hecho el tribunal debiese absolver si se llega a juicio, dado que no existe certeza en la imputación.

Es más, para que pudiésemos pensar en que no se trata de una detención ilegal o una formalización arbitraria y ambos en el mismo hecho tienen las calidades de víctima e imputado la agresión debiese ser de la siguiente forma: ambos se provocan mutuamente, en el mismo momento y deciden atacarse en el mismo momento, impactando el cuerpo del otro en el mismo momento o si no existe provocación, ambos toman la decisión de atacarse en el mismo momento y ambos se golpean en el mismo momento.

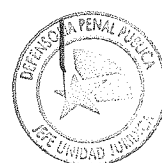
Todo lo anterior sin considerar episodios de violencia anteriores en que la mujer haya sido la víctima y que le permitiesen plantear un estado de necesidad exculpante defensivo, o que uno de los partícipes es víctima y las lesiones que provoca son en el contexto de una legítima defensa y el otro de los partícipes es el imputado, de manera que el fiscal no investigó bien. De esta forma, si estas circunstancias excepcionales se dan y se puede acreditar, al existir incompatibilidad de calidades, ambos no podrían estar en la misma causa y las dos cuestiones debiesen ser juzgadas separadamente.

xi) Véanse las minutas:

- "Aborto e Infanticidio: Cómo Sostener una Adecuada Defensa"
- "La penalización del aborto como una forma de violencia estatal contra la mujer. Algunas defensas posibles en causas de aborto".

xii) Véanse los siguientes textos:

- Casas Becerra, Lidia, Cordero Vega, Rodrigo, Espinoza Mavila, Olga y Osorio Urzúa, Ximena. 2005. Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal, Santiago.
- Frías, Lorena y Matus, Verónica. 2000. La ley hace el delito, LOM Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, LOM Ediciones La Morada, Santiago, Chile.
- Olavarría A., José, Casas B., Lidia; Valdés E., Teresa; Valdés S., Ximena; Molina G., Rodrigo, Da Silva, Devanir y Bengoa V., Ana. 2009. Evaluación de las concepciones de género de los/as defensores/as penales públicos, Santiago, Defensoría Penal Pública.



xiii) Por ejemplo, en el caso de la sentencia en contra de la sentencia del caso La Pastora se puede evidenciar el que a una mujer se la juzga con los parámetros que no corresponden ni a su cultura, ni desde el punto de vista de una mujer deprivada socio-culturalmente, cuando el tribunal para acreditar el hecho del abandono exigido por la norma penal señala:

A mayor abundamiento Supanta indicó que el aimara asegura al niño y lo deja en un montículo donde lo pueda ver, es decir, la descripción que hace el perito de los usos y costumbres aimaras no corresponde a la acción de Gabriela, máxime cuando la perito Inés Flores Huanca indica que las pastoras, en el ejercicio de la actividad cultural, en este caso, el pastoreo, no elige la conducta sino que la repite según la tradición, ello fue justamente lo que no hizo Gabriela Blas, dejó al niño en un lugar, peligroso según el concepto del hombre aimara explicado por su propio perito (TOP de Arica, sentencia de 11 de octubre de 2010, RIT 221-2009, cons. 11°).

xiv) Distintos estudios encargados por la DPP indican que los defensores/as usan y abusan de los estereotipos sobre la naturaleza de la mujer y de sus características esenciales (Casas et al., 2005; Olavarría et al., 2009), creyendo que les dará un rédito en los resultados de la defensa, cuando por el contrario, generan efectos desfavorables en aquellas mujeres que no calzan con el estereotipo tradicional de la “buena mujer”, que son la mayoría de las defendidas por la DPP. En particular Olavarría et Al., (2009) relevó el que las defensas mostraban sesgos de género al reforzar la identidad materno-reproductiva de las mujeres y el rol de proveedor de los hombres, no considerando que las personas que son perseguidas por el sistema penal usualmente no responden a las matrices socialmente impuestas a ambos sexos, por provenir de familias marcadas por la precariedad social. En particular respecto de las mujeres, hacer alusión a su calidad de madre para obtener un trato más beneficioso no tiene buenos resultados, dado que la gran mayoría de las mujeres tiene una relación “no formalizada”, es madre de varios hijos y usualmente de distintos padres, quienes no siempre los han reconocido o colaboran con su manutención y cuidados, características que no son consideradas por los jueces como apropiadas para tener ese trato privilegiado.

xv) Estudios empíricos hechos en Chile durante la reforma procesal penal (Casas et al., 2005 y Olavarría et al., 2009) indican que la mayoría de las alegaciones hechas por los defensores para oponerse a medidas cautelares intensas están completamente teñidas con prejuicios de género, siendo alegadas para las imputadas su arraigo familiar, mientras que para los imputados su arraigo social, lo que indica que para los defensores el espacio de la mujer es su casa con su familia, que le otorga un lugar y una función social estrechamente ligado a una serie de características de personalidad asociadas con la maternidad, mientras que los hombres ocupan su lugar tradicional, el público en donde se ejercen las funciones productivas, que también se constituyen como un factor protector del varón.

El problema no es el hecho de alegar el arraigo familiar de la mujer, sino que esta sea el único set de alegaciones cuando se trata de una imputada y que se ocupe sólo con mujeres. En efecto, los mismos estudios señalan que es más difícil encontrar antecedentes o pruebas para acreditar el arraigo social de las mujeres cuando están no desempeñan un trabajo remunerado fuera del hogar, no sólo porque al encontrarse solas como jefas de hogar las personas que pueden facilitar esos documentos usualmente quedan a cargo de los hijos pequeños de la imputada, lo que les impide acceder a las oficinas del defensor (cosa que no ocurre con los imputados, porque sus mujeres o sus madres se encargan de ello), sino porque ni siquiera se considera su trabajo en pequeños oficios dentro del hogar como arraigo social, como tampoco la labor social que muchas mujeres desempeñan, como dirigentas de una toma, de un centro de madres, o de un grupo de pobladoras que buscan un subsidio para vivienda. Tampoco ocurre que a los imputados se les hagan alegaciones sobre su arraigo familiar por su apego a los hijos, sobre todo cuando es él quien está a cargo de su cuidado personal.

xvi) Para la concesión de la pena sustitutiva de libertad vigilada establecida la Ley 18.216 se exige contar con “antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado” (Art. 15 N° 2 Ley 18.216). El problema de género que surge es que para los peritos y defensores sí existen antecedentes sociales, característicos de personalidad, conductas y naturaleza, modalidades y móviles que son “esperables” de una mujer, todos ellos teñidos de consideraciones de género.

Pero lo más complejo es que no sólo los expresan, sino que exigen que las mujeres se adapten a esos patrones culturales discriminatorios para los efectos de la concesión de una pena alternativa a la de cárcel, de manera que sujetan el ejercicio de un derecho a roles y estereotipos no igualitarios. Tanto en los antiguos informes presentenciales como en los peritajes de la defensa los peritos mostraban sesgos de género al reforzar la identidad materno-reproductiva de las mujeres y el rol de proveedor de los hombres, no considerando que las personas que son perseguidas por el sistema penal usualmente no responden a las matrices socialmente impuestas a ambos sexos, por provenir de familias marcadas por la precariedad social (Olavarría et Al., 2009 y Castelletti, 2015). Ambos tipos de informes tienen una estructura similar: comienzan señalando las relaciones familiares de la imputada en su familia de origen, luego pasan a su vida escolar, después a la experiencia laboral, a continuación sus relaciones afectivas, para finalmente referirse a su delito. Asimismo, todos tienen la misma concepción de género, siendo la única diferencia el cómo se interpretan los mismos antecedentes de hecho.

Pero lo más complejo es que no sólo los expresan, sino que exigen que las mujeres se adapten a esos patrones culturales discriminatorios para los efectos de la concesión de una

pena alternativa a la de cárcel, de manera que sujetan el ejercicio de un derecho a roles y estereotipos no igualitarios. Tanto en los antiguos informes presentenciales como en los peritajes de la defensa los peritos mostraban sesgos de género al reforzar la identidad materno-reproductiva de las mujeres y el rol de proveedor de los hombres, no considerando que las personas que son perseguidas por el sistema penal usualmente no responden a las matrices socialmente impuestas a ambos sexos, por provenir de familias marcadas por la precariedad social (Olavarría et Al., 2009 y Castelletti, 2015). Ambos tipos de informes tienen una estructura similar: comienzan señalando las relaciones familiares de la imputada en su familia de origen, luego pasan a su vida escolar, después a la experiencia laboral, a continuación sus relaciones afectivas, para finalmente referirse a su delito. Asimismo, todos tienen la misma concepción de género, siendo la única diferencia el cómo se interpretan los mismos antecedentes de hecho.

En cuanto a los “antecedentes sociales” que exige la ley para que proceda, se discurre en torno a adecuación del caso a una familia ideal tradicional: hombre proveedor versus mujer dedicada al trabajo reproductivo. Entonces, mientras más se parezca la vida familiar al ideal, mayores posibilidades tiene una mujer que el informe sea favorable. Así las cosas, las pericias comparan la constitución familiar de las mujeres con una “familia nuclear” (padre, madre, hijos) ya sea de “vínculo matrimonial” o “legalmente constituida”, o de “vínculo consensual” con las que tienen las periciadas. El problema es que en una parte importante de las mujeres imputadas tienen familias que distan de ese ideal, por lo que son evaluadas negativamente. La gran mayoría de las mujeres tiene una relación “no formalizada”, es madre de varios hijos y usualmente de distintos padres, quienes no siempre los han reconocido o colaboran con su manutención y cuidados.

Es más, los peritos buscan que esta familia nuclear y ojalá de vínculo matrimonial sea “funcional”, entendiendo por tal aquella en la que el varón provee de recursos económicos, establece las normas al interior del grupo y controla su cumplimiento, mientras que la mujer se debe dedicar al trabajo no remunerado doméstico y cuidar a los hijos.

Lo que se encuentra en el trasfondo de estas concepciones es que el cumplimiento en libertad de la pena para la mujer se sujeta no a sí misma, sino que a su integración en una familia nuclear, matrimonial y funcional, en la que es necesaria porque ocupa un rol en la familia y con los hijos que resulta irremplazable, de manera que hay que restituirla a su casa, para que cumpla con su función.

En cuanto al relato o concepciones de género relativo a las “características de personalidad” que les permitirían cumplir una libertad vigilada, los informes periciales también presentan concepciones de género estereotipadas. El ideal de conducta es la mujer sumisa, acatadora de órdenes, conciliadora, emotiva y permeable al influjo externo.

En cambio, cualquier mujer que se escape de esas características o que comparta características “masculinas”, no es recomendada para una libertad vigilada, destacándose que ellos la hacen vulnerable a cometer delitos, tal como tendencia a adoptar perspectivas opuestas a las de los demás, egocentrismo, inmadurez, impulsividad, atracción por involucrarse en situaciones de alta excitabilidad, dependencia afectiva y dificultades en su vinculación con los demás, en cuanto no se contacta genuinamente consigo misma y con los otros tendiendo a la fantasía.

xvii) Tal como lo demuestran distintos estudios (Casas et al., 2005 y Olavarría et al., 2009), ellas, al ser usualmente jefas de hogar con bajos ingresos, buscan información específica sobre cómo afectará su decisión a otros aspectos de su vida, como también a las demás personas que dependen de ella. En definitiva, requieren de mayor tiempo en las entrevistas y muchas veces sus abogados/as consideran que se trata de preguntas que no dicen relación “con la causa” y no se dan el tiempo de responderlas. Seguramente esta es la razón de la diferencia en los niveles de satisfacción de usuarios que puede observarse en distintas mediciones hechas por la DPP cuando se desagregan por sexo las respuestas relativas al tiempo que le dedicó el defensor a su causa, al compromiso que observan del abogado en su causa, u otras preguntas similares.

xviii) En la Teoría de Planificación con enfoque de género, autoras como Caroline Moser (1995) distinguen entre intereses prácticos de género, es decir aquellos aspectos que no tienden a subvertir el orden de género tradicional (no buscan modificar la división sexual del trabajo ni la posición subordinada de las mujeres en la sociedad), sino sólo a mejorar sus condiciones materiales concretas de madre, esposa, responsable del bienestar familiar, es decir a satisfacer carencias específicas; de los intereses estratégicos de género, que son los que se derivan del análisis abstracto de las relaciones de dominio y/o subordinación tradicional de las mujeres, y que buscan como objetivo una organización igualitaria de la sociedad.

xix) Diversos estudios señalan que las mujeres privadas de libertad son usualmente abandonadas por sus parejas masculinas, y que las que se quedan a cargo de los hijos de las mujeres son otras mujeres (abuelas, hermanas, hijas mayores), por lo que les cuesta mantener el vínculo con sus seres queridos, sobre todo porque las cuidadoras ya enfrentan en su vida habitual dificultades para salir a hacer trámites, más aún se les complica cuando se hacen cargo de más personas. Por ello es usual que las privadas de libertad tengan menos visitas que los hombres, o que sean más esporádicas. Si a ello le sumamos que para enrolar a niños en Genchi es necesario obtener cédula de identidad, lo que las cuidadores no pueden hacer sin un permiso de los padres, significa un retraso en el inicio de las visitas. Por ello las/os abogadas/os, especialmente los equipos penitenciarios, deben tener presente esta situación a la hora de obtener permisos de salida (ej. para eventos importantes en la vida de sus hijos como enfermedades, graduaciones, etc., u obtener permisos especiales de visitas de sus familiares o referentes afectivos).

Si a ello le sumamos el que las mujeres condenadas sólo representan cerca del 10% de las personas bajo custodia de Gendarmería, eso hace que los recintos habilitados para mujeres son pocos y están usualmente en las capitales regionales, genera distancia con las familias de quienes no viven en esas ciudades, con los costos económicos y de tiempo que significa para sus cercanos ir a visitarlas.

xx) Es común, por ejemplo a propósito de imputaciones de abandono o negligencia en el cuidado de NNA ocurridos durante la vigilancia de sus madres, afirmaciones que afirman de manera peyorativa la actitud de la madre (v. gr. "conducta anómala para una madre", "el Ministerio Público ... indicó que el delito es de rara ocurrencia y menos que sea la propia madre la que abandone a su hijo", "la relación madre e hijo tiene un sustrato biológico, el cerebro está centrado en el fenómeno de la reproducción, por ello es muy difícil que las hembras maten en sus hijos", "Es difícil que el niño se pierda estando con su madre", "en la relación madre e hijo intervienen múltiples factores. La función protectora debe ir más allá del cuidado, en este caso, a lo mejor otra persona podía tomar otras precauciones", "el reproche y exigibilidad son contenidos que trasciendo el tema interculturalidad, respeto a la vida, relaciones instintivas de madre e hijo con contenido biológico", todas tomadas de la sentencia del TOP de Arica, de 15 de abril de 2010, RIT 221-2009), pero que no escarban las razones que tuvo para ello, ni la situación de abandono del padre a quien ni siquiera éticamente se le achaca algún yerro.

Lo anterior devela que la falta de cuidado o diligencia de una madre respecto de sus hijos es mucho más mal mirada y juzgada negativamente que la de los padres, no quedando fuera de ese prejuicio los operadores del sistema penal cuando una de esas negligencias o falta de cuidado son constitutivos de delito, especialmente si se trata de un delito contra la vida. Claro ejemplo de ello fue el caso por el delito de abandono de menor en lugar solitario seguido hace algunos años contra una pastora aymará, que fue juzgada en un juicio en el que incluso se habló de una declaración del padre biológico como testigo de la mala conducta de la madre, no obstante que no lo había reconocido, ni se había hecho cargo emocional o económicamente de él, dejándolos en el estado de vulnerabilidad que la llevó a tomar el trabajo de pastoreo que terminó en una tragedia. En definitiva, no es extraño que las mujeres en estos casos no sólo sean sancionadas por el hecho en concreto, sino también por haber quebrantado una obligación de cuidado asociada al género femenino, siendo las únicas que son visibles para los autores cuando se trata de deberes de cuidado. Para muestra, un botón referido a la posición de garante: "El hecho de que en estas instituciones el individuo sea portador de un estatus especial, como madre o como servidor público, etcétera, lleva a que los deberes sean definidos, precisamente, a través de los roles que deben ser ejecutados por los participantes en estas relaciones especiales" (Perdomo Torres, 2001: 87).



xxi) Este trabajo, que requiere tanto o más tiempo incluso que una jornada laboral en un empleo remunerado fuera de la casa, usualmente no es siquiera considerado como trabajo, no obstante que lo sea. También es necesario visibilizar otros trabajos de la mujer como el que hace en el negocio de su marido o sus padres aunque no le paguen un salario (ej. como vendedora o reponedora de mercadería), los que usualmente se califican por los operadores del sistema como “ayuda” a sus maridos, padres o suegros, pero no por lo que realmente es: un trabajo. De ahí que se espera de un defensor/a que cuando los requisitos de las normas que establecen como requisito el trabajo para acceder a ciertos “beneficios”, deberían argumentar que una dueña de casa o aquella que trabaja en el negocio de miembros de su familia sí cumple con el requisito.

xxii) Los datos recogidos por la DPP en un estudio del año 2015 sobre la aplicación de la Ley 18.216 luego de la modificación de la Ley 20.693 (DEP, 2015), indican que cuando se aplica una libertad vigilada intensiva las condiciones impuestas a hombres y mujeres son distintas, pues mientras la proporción de la obligación de permanecer en el domicilio se aplica mucho más a mujeres que a hombres, al observar los datos de las obligaciones impuestas a los hombres, vemos que la relativa a la prohibición de acercarse a un lugar determinado, o la que prohíbe acercarse o comunicarse con ciertas personas o familiares se le impone mayormente a varones.

Como vemos, se mantiene el patrón de género al radicar a la mujer en el espacio privado para permitirle realizar su labor de crianza, pues incluso no se le prohíbe estar con sus familiares, dado que ese es su rol tradicional, mientras que se le permite al hombre estar en el espacio público, con la única limitación de acercarse a ciertos lugares. Esta ubicación incluso implica aceptar un doble discurso de los operadores del sistema, porque las obligan a reinsertarse laboralmente como los hombres, pero les impiden salir de “su” espacio.

xxiii) Pareciera que en este caso nos sólo se manifiestan los prejuicios de género ya expresados en otros capítulos de esta minuta, sino también el que al tratarse de extranjeras que carecen de lazos familiares en Chile – y que por tanto carecen del control socializador que la familia impone en las mujeres-, se transforman en personas que probablemente se fugarán y no cumplirán con la medida, por lo que deben permanecer bajo la custodia de alguien- el Estado- que se encargará de controlar que sí se cumpla.

xxiv) En relación a este punto, es relevante tener en cuenta:

I. Derecho nacional

- Constitución Política de la República

Artículo 5to inciso 2do: *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos*

del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

- Código Procesal Penal

En relación con la prisión preventiva, el art. 139 establece que esta medida procederá *“cuando las demás medidas cautelares personales fueran estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.”*

Dentro de los requisitos del art. 140 para ordenar la prisión preventiva no hay un elemento que haga expresa referencia a consideraciones de género.

Tampoco existen como presupuesto de improcedencia de la medida en el artículo 141.

Antes de la reforma del año 2005 con la ley 20.074, dicho artículo establecía como causal de improcedencia de la prisión preventiva:

“c) Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.”

Esta cláusula antes prevista podría haber sido una salida para los casos de mujeres con hijos menores, en los casos en que existan antecedentes que den cuenta de su arraigo familiar. Sin embargo, a partir de la ley 20.074, esta causal ya no existe y no hay referencia a elementos asociados al arraigo familiar para descartar la prisión preventiva como medida cautelar.

- Reglamento Penitenciario

El Decreto 518 de 1998 regula los Establecimientos Penitenciarios en general, tanto femeninos como masculinos.

El art. 16 establece que en los Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F), pueden residir mujeres de toda calidad procesal en un mismo espacio. En contra del art. 14 del mismo Reglamento que exige la separación de las imputada en prisión preventiva y las condenadas por otra parte.

El art. 19 se refiere a los CPF y establece que en ellos *“existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post- natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas”*. Por otro lado, en los



establecimientos concesionados, se estará a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención del lactante.

- Ley 20.588 sobre Indulto General:

Pese a que el Indulto es un derecho para personas condenas, puede utilizarse como argumento *a fortiori*, el hecho que se otorgue un tratamiento especial a las mujeres que se encuentran cumpliendo penas privativas de libertad. En virtud del artículo 1º de esta ley se concede indulto general a las mujeres que se encuentren privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada y que satisfagan ciertas condiciones copulativas.

“Artículo 1º.- Concédase un indulto general, consistente en la conmutación del saldo de las penas privativas de libertad que les resta por cumplir y, en su caso, de la multa, por la sujeción a la vigilancia de la autoridad en los términos del artículo 4º, a las mujeres que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encuentren privadas de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada y que satisfagan las siguientes condiciones copulativas:

a) Tener cumplidos dos tercios de la pena. Tratándose de mujeres con hijos cuya edad no supere los dos años, se entenderá cumplido este requisito si les faltaren hasta seis meses para enterar los dos tercios de la pena.

Si la condenada hubiere obtenido, con anterioridad a la vigencia de esta ley, reducción en su condena por indulto particular u otra causa, el cómputo de los plazos previstos en esta letra se efectuará respecto de la pena ya reducida.

b) Haber observado, durante los tres últimos bimestres, una conducta sobresaliente, de acuerdo a lo dispuesto en la ley N° 19.856, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de buena conducta.

c) Suscribir un compromiso de no volver a cometer un crimen o simple delito”.

En su letra a) establece una excepción en el cómputo para mujeres madres con hijos de hasta 2 años de edad.

Bajo estos supuestos, podría entenderse que la intención del legislador es otorgar un beneficio para las mujeres porque entiende que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad y que, por tanto, debe ofrecer un tratamiento más adecuado para las mujeres que se enfrentan al sistema penitenciario. Si esto es así respecto de quienes ya han sido condenadas, con mayor razón debiera ofrecer criterios diferenciadores en beneficio de quienes son perseguidas por la justicia penal.

- Proyectos de modificación legal:

En febrero del 2017 se presentó un proyecto de ley (Boletín nº 11.073-07) 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. La iniciativa propone, por una parte, crear una nueva figura procesal: la suspensión de la condena para mujeres embarazadas o aquellas que tengan hijos o hijas menores de 3 años; y por otra, propone agregar una nueva causal de improcedencia de la prisión preventiva en el art. 141 del CPP, para el caso de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de 3 años.

Las modificaciones propuestas se fundamentan en dos aspectos, por una parte, en el interés superior del niño y el impacto negativo que tiene en la primera infancia tanto en el alejamiento de éste de su madre; y por otra, en las asimetrías que existen en el impacto de la privación de libertad que se produce en las madres o mujeres embarazadas que se encuentran privadas de libertad, respecto de los hombre.

En relación con el interés superior del niño, la privación de libertad de niños y niñas en sus primeros años trae consigo una mayor probabilidad de provocar dificultades a largo plazo. Además, al encontrarse en entornos de privación de libertad, se encuentran restringidas sus posibilidades para acceder a estándares adecuados de nutrición, educación, salud y sociabilidad, todo lo que impone en el menor inocente un mayor grado de vulnerabilidad.

Respecto del segundo aspecto, atendido el rol de cuidado que social e históricamente se les atribuye por su género, en muchos casos la mujer es el principal o único soporte para los hijos y pareja. De allí que su privación de libertad tenga efectos expansivos mucho mayores en la familia y la sociedad. Adicionalmente, este mayor peso o carga social, en el caso de las mujeres privadas de libertad que se encuentran embarazadas, se manifiesta negativamente en la existencia de importantes barreras de acceso en lo que respecta a su alimentación, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos, lo que además de arriesgar la salud física y emocional del gestante, compromete la salud emocional y física de la mujer.

El proyecto en cuestión propone ajustes normativos en relación al cumplimiento de los estándares internacionales enunciados, los que intentan equilibrar las desigualdades que afectan a las mujeres privadas de libertad embarazadas o que dan a luz en esa condición y proteger el interés superior de niños y niñas, a través de modificaciones legales que pretenden hacerse cargo del rol de cuidado de los hijos que socialmente se atribuye a la mujer, y del impacto que sobre la base de este rol socialmente definido, tiene la privación de su libertad para ella y para la sociedad en general.

II. Estándares internacionales en el tratamiento de mujeres imputadas y condenadas.



- Convención Americana de Derechos Humanos, art. 5.3 “principio de intrascendencia”

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.”

En virtud del principio de intrascendencia de la pena, consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, la misma no puede afectar a un tercero, no pudiéndose castigar indirectamente a quien no cometió delito alguno.

De acuerdo a este principio, la prisión preventiva no debe trascender al imputado penalmente. En los casos en que se aplica esta medida cautelar a las mujeres con hijas o hijos menores de edad se afecta inevitablemente a terceros, por lo que el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte no se extienda injustificadamente a las personas ajenas al conflicto penal.

Debe remarcarse que la privación de la libertad de una niña o niño debe ser una medida excepcional, lo cual se traduce en que sólo debe aplicarse cuando no pueda adoptarse otro remedio. En consecuencia, no puede justificarse la privación de la libertad de la niña o del niño junto a su madre en aras de resguardar el derecho a la familia y la prohibición de separación de sus padres, ya que se puede adoptar otra medida estatal menos lesiva que asegure esos fines.

- Principio de humanidad o de trato humanitario en la ejecución penal.

Artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”*

Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido la dignidad inherente al ser humano.*

La CIDH emitió en julio de 2017 un “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, en el cual indica que ha recibido información constante sobre afectaciones y consecuencias desproporcionadamente graves a las que se enfrentan las mujeres privadas de su libertad. Estas son:

- a) ausencia de centros de detención propios;
- b) inadecuada infraestructura penitenciaria, considerando su condición de género así como el desarrollo de sus respectivas relaciones maternofiliales;



- c) falta de tratamiento médico de acuerdo a su condición de género;
- d) mayores dificultades para su reinserción social;
- e) ausencia de perspectiva de género en la recopilación de datos relacionados con la privación de su libertad, y
- f) sometimiento a formas de violencia tales como abuso sexual por parte del personal penitenciario

En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha analizado el impacto diferencial de la pena privativa de la libertad en las mujeres, y ha hecho notar que en el contexto de privación de libertad, las mujeres se encuentran bajo el “completo poder” de los agentes del Estado, y en una situación de indefensión.

- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

Alcance: “2.1 Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán “delincuentes”, independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.”

En relación con la prisión preventiva como medida cautelar, las Reglas mencionan:

“6. Establece la prisión preventiva como último recurso”.

“6.1 que esta deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.”

En ese sentido, la CIDH ha señalado que la privación de libertad de las mujeres tiene consecuencias graves para los niños y niñas, debido a que generalmente el cuidado de los mismos queda a cargo del pariente más cercano, separando a veces a los hermanos, y requiriéndose en la mayoría de las veces, la intervención de servicios sociales para apoyar en su bienestar, e incluso, de la institucionalización. Considerando lo anterior, la ruptura de lazos de protección, originada por el encarcelamiento de mujeres, ocasiona que las personas bajo su cuidado, queden expuestas a situaciones de pobreza, marginalidad y abandono, mismas que a su vez, pueden desembocar en consecuencias de largo plazo, tales como involucramiento en organizaciones criminales, o incluso, institucionalización.

Así, es necesario considerar las circunstancias familiares y del entorno social de la imputada al momento de debatirse la medida cautelar de prisión preventiva, puesto que su imposición podría implicar un vejamen no solo para la mujer sino para su familia, y una infracción de estas reglas.



- 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)

En relación con las medidas no privativas de libertad, en específico en mujeres embarazadas y con niños a cargo, la Regla 64 expresa:

“Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.”

Sobre esta regla, la Oficina de las Naciones Unidas comenta: “Las cárceles no están diseñadas para las mujeres embarazadas y para las mujeres con niños pequeños. Debe hacerse todo esfuerzo que sea necesario para mantener a esas mujeres fuera de la cárcel, cuando sea posible y apropiado, aunque teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido y el riesgo para la sociedad”.

Agrega la Oficina que *“el uso de la prisión para determinadas categorías de delincuentes, como las mujeres embarazadas o madres con bebés o niños pequeños, debe ser limitado y debe realizarse un esfuerzo especial por evitar el uso prolongado de prisión como sanción para estas categorías”*.

- Convención de los Derechos del Niño

Como punto de partida, en su preámbulo la Convención reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. Entiende que como tal, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconoce, además, que *“el niño debe crecer en el seno de la familia para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”*.

Junto con eso, la convención reconoce el interés superior del niño como estándar aplicable a las decisiones o medidas que se tomen en los tribunales de justicia y otros órganos de un país.

Artículo 3. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*



Dejar a una mujer-madre en prisión preventiva importa vulnerar el derecho de sus hijos a vivir con sus padres, reconocido expresamente en la Convención.

Artículo 9.1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Entonces, a partir de estos principios, y con el fin de evitar que la pena aplicada a los padres no trascienda a los menores es que se requiere que el juez otorgue otras medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

- Recomendaciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

En el “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” elaborado en julio de 2017, la Comisión establece que “para la imposición de las medidas alternativas, las autoridades judiciales deben tomar en cuenta diversos elementos tales como los siguientes:

- a) posición particular y de desventaja histórica que tienen las mujeres en la sociedad,
- b) historial de victimización anterior;
- c) ausencia de circunstancias agravantes en la comisión del delito, e
- d) impacto diferencial e incremental de la aplicación de la pena privativa de la libertad respecto de las personas bajo su cuidado.

Sobre este punto, la Comisión ha señalado que en función del interés superior del niño, las autoridades judiciales deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños, niñas y adolescentes a su cargo. Tomando en cuenta lo anterior, el encarcelamiento de las mujeres que son madres o están embarazadas, y de aquéllas que tienen bajo su cuidado a personas en situación especial de riesgo –tales como personas con discapacidad o personas mayores– debe ser considerado como una medida de último recurso, y deben priorizarse medidas no privativas de la libertad que les permitan hacerse cargo de las personas que dependan de ellas.”

III. Derecho comparado

- Argentina

La legislación argentina prevé la “prisión domiciliaria” para mujeres embarazadas o con hijos menores de edad. Se trata de una modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad o también puede operar como medida cautelar durante el desarrollo del proceso



penal en reemplazo de la prisión preventiva, prevista en el art. 10 del Código Penal argentino en relación con el 314 del Código Procesal Penal. Además, la ley N°24.660, art. 19, permite que el juez de ejecución disponga el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria a la mujer embarazada (letra e) y a la madre de un niño menor de 5 años (letra f)

En referencia a esta normativa, el artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que, de verificarse las hipótesis reguladas en el Código Penal, el arresto domiciliario es una alternativa a la prisión preventiva. Además de estos supuestos, la ley 24.660 -Ley de Ejecución Penal- establece que la persona que padezca una enfermedad incurable en período terminal o cuando tenga más de setenta años podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria. Tal como lo establece el artículo 11 de la misma ley, estas disposiciones también se aplican a las personas procesadas.

- Brasil

En febrero de este año, la Segunda Sala del Supremo Tribunal Federal de Brasil concedió una orden de Habeas Corpus colectivo impetrado a favor de todas las mujeres presas preventivamente que ostenten la condición de gestantes, que hayan parido recientemente y de madres con niños bajo su responsabilidad. El máximo tribunal ordenó determinar el reemplazo de a detención preventiva de estas mujeres, en todo el territorio nacional, en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños hasta la edad de 12 años o madres de niños con discapacidad, sin perjuicio de la aplicación de las medidas alternativas previstas en el art. 319 del Código de Procedimiento Penal brasileño.

Además, el tribunal se refirió a la situación de las reincidentes, estableciendo que en aquellos casos “el juez deberá proceder en atención a las circunstancias del caso concreto, pero *siempre teniendo en el norte los principios y las reglas enunciadas*, observando además, la directriz de excepcionalidad de la prisión”.

El presidente del STF señaló que la individualización de la pena es una garantía fundamental del Estado Democrático de Derecho, de manera que el no nacido no puede “cargar” criminalmente por los supuestos actos practicados por su madre (a partir del principio de intrascendencia).

Además de la legislación brasileña, la decisión se fundó también en normas internacionales de derechos humanos, en concreto, en las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Estas reglas obligan a los Estados Miembros de la ONU a “desarrollar opciones de medidas y alternativas a la prisión preventiva y a la pena, específicamente para las mujeres infractoras (...) teniendo en cuenta la historia de victimización de varias mujeres y sus responsabilidades maternas”.



No hay un número exacto de las mujeres que obtendrían este beneficio, pero según un estudio del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales, alrededor de 4.500 mujeres de las mujeres privadas de libertad se encuentran embarazadas o con hijos menores de 12 años, un 10% de la población penal femenina brasileña.

- Perú

El Código Procesal Penal peruano establece como medida alternativa a la prisión preventiva la “Detención domiciliaria”, pero únicamente para las mujeres embarazadas.

“Artículo 290 Detención domiciliaria.-

Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:

- a) Es mayor de 65 años de edad;
- b) Adolece de una enfermedad grave o incurable;
- c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
- d) Es una madre gestante.

En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria *está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.*”

- Uruguay

De acuerdo a la Ley de Libertad Provisional y Anticipada de este país (Ley N° 17.897) existen circunstancias que habilitan al juez para disponer el arresto domiciliario como medida sustitutiva a la prisión preventiva, así, el artículo 131 de dicha ley establece:

“(…) Igual criterio (disponer la prisión domiciliaria u otras medidas asegurativas) se adoptará respecto de la situación de la mujer cuando se encuentre en los últimos tres meses de estado de gestación, así como durante los tres primeros meses de lactancia materna. En tal caso, el Juez requerirá previamente informe pericial del Instituto Técnico Forense acerca de la conveniencia o necesidad respecto de la adopción de la medida”.

- Paraguay

El Código Procesal Penal paraguayo también establece limitaciones a la prisión preventiva:

“Artículo 238.- Limitaciones. No se podrá decretar la prisión preventiva de las personas mayores de setenta años, de las mujeres en los últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y



terminal debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará el arresto domiciliario.”

- Costa Rica

El Libro IV del Código Procesal Penal de Costa Rica regula las Medidas Cautelares en general. El artículo 260 establece las limitaciones a la prisión preventiva, dentro de las cuales se encuentra el caso de la mujer en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de 3 meses de edad, pero en casos calificados:

“Podrá sustituirse la prisión preventiva por el arresto domiciliario, a las mujeres en estado avanzado de embarazo o con un hijo menor de tres meses de edad, cuando la privación de libertad ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de la madre, el feto o el hijo”.

- México

El Código Nacional de Procedimientos Penales de México, en su artículo 166 establece excepciones a la prisión preventiva:

“Artículo 166. Excepciones: En el caso de que el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, el Órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan.

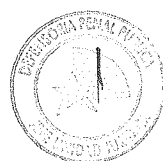
De igual forma, procederá lo previsto en el párrafo anterior, cuando se trate de mujeres embarazadas, o de madres durante la lactancia.

No gozarán de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, quienes a criterio del Juez de control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social.”

- Europa

La recomendación del Consejo Europeo en relación a este tema es que las madres puedan cumplir sus penas con medidas alternativas que sean compatibles con el ejercicio de la maternidad. El Consejo recomienda a los países desarrollar e implementar sanciones basadas en el beneficio a la comunidad para las madres de niños pequeños, evitar el uso de la prisión preventiva y que el ingreso en prisión solamente se utilice como último recurso para aquellas mujeres condenadas por los delitos más graves y que representen un peligro para la sociedad.

- “Informe sobre condiciones y sistemas penitenciarios” del 6 de julio de 2017. Parlamento Europeo.



“L. Considerando que la prisión preventiva debe utilizarse únicamente como medida de último recurso; que ningún menor debe permanecer en un establecimiento en el que esté expuesto a influencias negativas; y que siempre se deben tener en cuenta las necesidades específicas de la fase de desarrollo en que se encuentre el menor;

M. Considerando que el encarcelamiento, incluida la prisión preventiva, debe utilizarse únicamente en casos legalmente justificados, y que se debería privilegiar la aplicación de penas alternativas a la privación de libertad —como el arresto domiciliario u otra pena—, en el caso de los reclusos que no supongan un peligro grave para la sociedad, manteniéndolos de ese modo en un entorno abierto o familiar y proporcionándoles un mejor acceso a los servicios sociales, los cuidados y la reinserción;

“El parlamento europeo considera esencial que se preste especial atención a las necesidades de las mujeres embarazadas durante el embarazo en el medio carcelario y también después de dar a luz, poniendo a su disposición zonas adecuadas para la lactancia y cuidados de enfermería cualificados y especializados; considera oportuno examinar modelos alternativos que tengan en cuenta el bienestar de los niños en los centros penitenciarios; afirma que la separación automática de madres e hijos ocasiona graves trastornos emocionales a los niños y puede asimilarse a una condena adicional tanto para las madres como para los hijos”.

- Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de los padres sobre la vida social y familiar, 5 de febrero de 2008. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, Parlamento Europeo.

“C. Considerando que la situación penitenciaria de las mujeres refleja la posición de estas en la sociedad, puesto que son confinadas a un sistema diseñado, construido y gestionado fundamentalmente por hombres y para hombres,

D. Considerando que deben aplicarse medidas concretas y adaptadas a las necesidades específicas de las mujeres, entre otras, la aplicación de penas alternativas

E. Considerando que las mujeres embarazadas reclusas deben poder recibir el apoyo, la información y las condiciones básicas necesarias para el buen desarrollo de su embarazo y maternidad y, en particular, una alimentación equilibrada, buenas condiciones sanitarias, aire fresco, ejercicio físico y cuidados específicos antes y después del parto.”

Bajo el subtítulo “Mantenimiento de los lazos familiares y de las relaciones sociales” el Parlamento Europeo hace recomendaciones: “(Nº16) que se recurra en mayor medida a las penas de sustitución de la reclusión, como las alternativas sociales, en particular para las madres, en aquellos casos en que las penas impuestas y el riesgo para la seguridad pública



sean reducidos, en la medida en que su encarcelamiento pudiera generar graves perturbaciones a la vida familiar, en particular en aquellos casos en que sean cabezas de familia monoparentales o tengan hijos de corta edad o recaigan en ellas la responsabilidad de atención y cuidado sobre personas dependientes o discapacitadas; recuerda que las autoridades judiciales deberían tener en cuenta estos elementos al escoger la pena y, en particular, el interés superior del hijo del progenitor condenado(...).”.

Además, el Parlamento insiste (Nº18) en la necesidad de que la administración judicial se informe sobre la existencia de hijos antes de tomar una decisión sobre la prisión preventiva o antes de pronunciar una condena, y que vele por la adopción de medidas que garanticen la totalidad de sus derechos.

- España

No tiene referencia directa a esta limitación, sin embargo, a partir del artículo 508 que limita la medida cautelar de prisión preventiva, podría abarcarse este tipo de situaciones:

“Artículo 508: 1. El juez o tribunal podrán acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado se verifique en el domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, *cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud.*”

xxv) Casas et Al, 2005: 100 y ss, Olavarría et Al, 2009: 9-51.

xxvi) Las siglas S.A.R.A. (Spouse Abuse Risk Assessment) corresponden a un test estandarizado que fue diseñada para identificar el riesgo de violencia física y sexual contra la pareja en el contexto familiar y doméstico por P. Randall Kropp, Stephen D. Hart, Christopher D. Webster i Derek Eaves, y se editó por primera vez en 1993 (Pueyo et al., 2007). Sobre este test se han diseñado en Chile las fichas predictivas de riesgo utilizadas por la policía y la Fiscalía.

BIBLIOGRAFÍA

Arpini, Paula; Castrogiovanni, Natalia; y Epstein, Maia. 2012. La Triple Jornada: ser pobre y ser mujer, En: Margen: revista de trabajo social y ciencias sociales, ISSN-e 0327-7585, Nº. 66.

Arriagada, Irma y Gálvez, Telma. 2014. Estructura de restricciones a la participación laboral y a la autonomía económica de las mujeres: estudio orientado a mejorar las políticas de equidad de género. Serie de estudios. Servicio Nacional de la Mujer, Santiago.

Baca, Norma (2003). Experiencias y significados del contexto del hogar en las relaciones trabajo doméstico-extradoméstico. Papeles de Población. Vol. 8 (32), abril-junio.

Bergalli, Roberto; Bustos Ramírez, Juan; González Zorrilla, C.; Miralles, Teresa y De Sola, A. 1983. El pensamiento criminológico. Estado y control, Temis, Bogotá.

Bustos Ramírez, Juan. 1989. Manual de derecho penal parte general. 3ª Ed., Ariel, Barcelona.

Casas Becerra, Lidia, Cordero Vega, Rodrigo, Espinoza Mavila, Olga y Osorio Urzúa, Ximena. 2005. Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal, Santiago.

Casas, Lidia; Molina, Natalia. 2003. Guía de tribunales de los derechos de la mujer, Chile, CEJA.

Castelletti Font, Claudia. 2011. ¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Cometario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5. En: Informe Anual de los Observatorios de Sentencias Judiciales y de Medios – 2010 CHILE. Los derechos de las mujeres en la mira, Corporación Humanas.

Castelletti Font, Claudia. 2015. Las asociaciones ilícitas de drogas: empresa, familia y relaciones de género. Tesis para optar al grado de magíster en estudios de género y cultura mención Ciencias Sociales.

Clérico, Laura y Novelli, Celeste. 2014. La violencia contra las mujeres en las producciones de la comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Estudios Constitucionales, Año 12, Nº 1, 2014, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 15-70.

Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (Coords.). s.f. La mujer a través del derecho penal. Colección “Género, Derecho y Justicia”.

Cury Urzúa, Enrique. 2005. Derecho penal. Parte general, Santiago, Ed. U. Católica de Chile.

Dutton, Mary Ann. 1997. Critique of the “Battered Woman Syndrome” Model. National Electronic Network on Violence Against Women, National Resource Center on Domestic Violence, Canadá. Rev. 1/20/97.

Frías, Lorena y Matus, Verónica. 2000. La ley hace el delito, LOM Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, LOM Ediciones La Morada, Santiago, Chile.

Graham D. L. y Rawlings E. L. 1991. Bonding with abusive partners: dynamics of Stockholm syndrome, en Levy ed. Dating, Violence, Women in Danger, Seattle, WA, Seal Press.

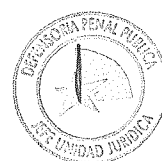
Lagarde, Marcela. 1990. Cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Larrauri, Elena. 2000. La herencia de la criminología crítica, Siglo XXI.

Maffía, Diana. 2012. Hacia un lenguaje inclusivo, ¿es posible?, En: Jornadas de actualización profesional sobre traducción, análisis del discurso, género y lenguaje inclusivo (Buenos Aires, Universidad de Belgrano).

Montecino, Sonia. 1996, Devenir de una traslación: de la mujer al género o de lo universal a lo particular. En: Conceptos de Género y Desarrollo. PIEG. Serie de Apuntes. Santiago.

Montero Gómez, Andrés. 2001. Síndrome de adaptación paradójica a la violencia de pareja: una propuesta teórica, Clínica y Salud, vol. 12, n. 1, pp. 371-397.



Moser, Caroline, 1991, "Planificación de género en el Tercer Mundo: Enfrentando las necesidades prácticas y estratégicas de género", en Guzmán et al, (Ed.), Una Nueva Lectura: Género en el Desarrollo, Lima, Flora Tristán, Entre Mujeres.

Moser, Caroline. 1995. Planificación de género y desarrollo. Teoría, práctica y capacitación. América del Sur: Flora Tristán Ediciones, Lima.

Nash Rojas, Claudio y David C., Valeska. 2011. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. En: Derechos Humanos y juicio justo, Claudio Nash R. e Ignacio Mujica T., Eds., Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, Lima.

Olavarría A., José, Casas B., Lidia; Valdés E., Teresa; Valdés S., Ximena; Molina G., Rodrigo, Da Silva, Devanir y Bengoa V., Ana. 2009. Evaluación de las concepciones de género de los/as defensores/as penales públicos, Santiago, Defensoría Penal Pública.

Ortner, Sherry. 1979. ¿Es la mujer con respecto al hombre lo que la naturaleza con respecto a la cultura? En: Antropología y Feminismo. Editorial Anagrama. España.

Palacios Zuloaga, Patricia. 2006. La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Perdomo Torres, Jorge. 2001. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. La contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución, Bogotá, UEC.

Pueyo, Antonio Andrés y López Ferré, Sandra. 2007. Adaptación de la S.A.R.A. Evaluación del riesgo de violencia de pareja, Documentos de Trabajo. Investigación (Ayudas a la investigación, 2006). Generalitat de Catalunya.

Rubin, Gayle. 1986. El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo. En: Nueva Antropología, Vol. VIII, N° 30, México.

Scott, Joan. 1990. El género, una categoría útil para el análisis histórico. En: Género e Historia. Valencia.

Walker, L.E. 1977-78. Battered women and learned helplessness. Victimology: an International Journal. 2(3/4), 525-534.

Walker, L.E. 1984. The battered woman syndrome. New York: Springer Publishing Company.

Walker, L.E. 1992. Battered women syndrome and self-defense. Symposium on Women and the Law, Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy, 6(2), 321-334.

2°: Establécese que el presente manual de actuaciones mínimas constituye un protocolo de actuación sobre defensa de género para quienes ejercen defensa penal.

3°: Establécese que se considerarán no conformidades de defensa penal las actuaciones que sean contrarias a este manual de actuaciones mínimas.

4°: Establécese que el presente manual de actuaciones mínimas regirá a contar del 1° de abril de 2019, y su observancia será sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones

aplicables a los defensores penales públicos en el ejercicio de sus funciones, cualquiera sea su índole, naturaleza o fuente.

5° Publíquese en el banner de Gobierno Transparente, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

Anótese, comuníquese y archívese,



ANDRÉS MAHNKE MALSCHAFSKY
Defensor Nacional
Defensoría Penal Pública

UAJ/DECR/DEP/UDPJE/CCF/oge
Distribución:

- Of. de Partes
- Director Administrativo Nacional
- Defensores Regionales
- Jefes de Estudio Regionales
- Directores Administrativos Regionales
- Jefes de Departamentos y Unidades Defensoría Nacional
- Defensores Locales Jefes
- Inspectores Zonales.