



UNIVERSIDAD  
**Finis Terrae**

Universidad Finis Terrae  
Facultad de Derecho  
Escuela de Derecho

## **ANÁLISIS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CUIDADO PERSONAL DE LAS MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD.**

MACARENA ACEVEDO GUZMÁN.

CATALINA BRICEÑO PAREDES.

PAULA VARELA SILVA.

Memoria presentada a la Escuela de Derecho de la Universidad Finis Terrae para  
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor guía: Sr. Rodrigo Ríos Álvarez.

Santiago, Chile 2021.

*A mi ángel,  
Rosario Adelina Estay Quintanilla.*

*Macarena Acevedo Guzmán.*

*A mi abuela,  
Por impulsarme en este camino,  
recorrerlo conmigo y no soltarme nunca.  
Gracias eternas.*

*Catalina Briceño Paredes.*

*A mis padres,  
por ayudarme en este camino.  
A Fernando,  
por siempre estar ahí.*

*Paula Varela Silva.*

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>CAPÍTULO I: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO</b> .....	10
I. Conceptualización del Interés Superior del Niño .....	10
A. Conceptualización doctrinal .....	10
B. Conceptualización jurisprudencial .....	13
II. El Interés Superior del Niño en la Convención sobre los Derechos del niño .....	15
III. El interés Superior del Niño en nuestra legislación .....	18
<b>CAPÍTULO II: EL CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO O NIÑA EN LAS MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD</b> .....	22
I. El cuidado personal del niño, niña o adolescente .....	22
A. Titulares del cuidado personal .....	26
II. El cuidado personal de niños, niñas y adolescentes en relación con el Interés Superior del Niño .....	30
III. El beneficio penitenciario de las madres privadas de libertad .....	32
A. En qué consiste el beneficio penitenciario .....	33
B. Desde cuándo rige en nuestro país .....	34
C. Requisitos para ser beneficiaria .....	35

D. Razones que se tomaron en cuenta para su establecimiento .....	37
<b>CAPÍTULO III: PUGNA ENTRE EL CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO O NIÑA EN LAS MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO .....</b>	<b>39</b>
I. Argumentos a favor del beneficio penitenciario que concede el cuidado personal a las madres privadas de libertad .....	41
II. Argumentos en contra del beneficio penitenciario que concede el cuidado personal a las madres privadas de libertad .....	45
<b>CAPÍTULO IV: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>54</b>
I. Desarrollo de las Etapas Procesales .....	54
A. Causa proteccional .....	54
B. Recurso de protección .....	56
C. Apelación al recurso de protección .....	59
II. Análisis de fallos .....	61
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>66</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>71</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto desarrollar un análisis del principio del Interés Superior del Niño, a raíz del beneficio penitenciario otorgado a las mujeres privadas de libertad, en virtud del cual, se les permite la permanencia dentro del respectivo recinto junto a sus hijos, hasta los dos años de edad. Lo anterior, se ha constituido como una política digna de análisis, toda vez que la situación puede ser considerada como una transgresión al principio en cuestión, principalmente, por el contexto habitacional en el que se encuentran inmersos, toda vez que las condiciones carcelarias en nuestro país no son las más óptimas para dicha estadía, por lo que no se le aseguraría al niño o niña, un ambiente propicio para su correcto desarrollo en una etapa vital de gran importancia, mientras que, por otra parte, se podría catalogar como una aplicación y promoción del principio del Interés Superior del Niño al no efectuarse una separación entre el niño o niña y su madre, promoviendo de esta forma el apego entre ambos y fomentando la relación marento – filial, lo cual es fundamental en los primeros años de vida.

Dicho lo anterior, la presente exposición se desarrollará a partir de cuatro capítulos, en el primero de ellos, se abordará el principio del Interés Superior del Niño, desarrollando un análisis del mismo, su conceptualización y contenido. En este sentido, se estudiará su consagración en la Convención sobre los Derechos del niño, normativa decisiva en la materia de análisis, como asimismo, se analizará su aplicación en el ámbito nacional, el cual se realizará a partir de su categorización de concepto jurídico indeterminado, normativa nacional que lo recepciona y su funcionamiento como principio procesal, orientador y de interpretación.

En un segundo capítulo, se desarrollará el beneficio penitenciario de las madres privadas de libertad, abordando, primeramente, el cuidado personal y sus

principios orientadores para su otorgamiento, cuestión interesante y digna de estudio a la luz de lo analizado en este trabajo, toda vez que uno de los aspectos que se tienen en consideración para la determinación de su ejercicio es, precisamente, la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del niño o niña y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado para su desarrollo. Posteriormente, se estudiará el beneficio en cuestión, abordando su consistencia, requisitos para ser beneficiaria del mismo y las razones que se tuvieron en cuenta para su establecimiento.

Por su parte, en el tercer capítulo se desarrollará la discusión respecto a la pugna existente entre el Interés Superior del Niño y el cuidado personal de las madres privadas de libertad, dando a conocer ambas posturas. Por una parte, aquella postura que afirma que efectivamente existe un atentado al Interés Superior del Niño y, por otra parte, aquella que aboga por la continuidad del beneficio, postulando que es, precisamente, una manifestación y resguardo del Interés Superior del Niño.

Por último, y en un cuarto capítulo, con la finalidad de dar soporte a ambas opiniones desarrolladas en el capítulo precedente, se realizará un análisis jurisprudencial de un fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, el cual acoge un recurso de protección interpuesto, ordenando el ingreso de un lactante de cinco meses de edad al Centro Penitenciario donde se encuentra cumpliendo condena su madre, otorgando sus cuidados personales, haciendo uso, de esta manera, del beneficio penitenciario en estudio, resolución que posteriormente es revocada mediante recurso de apelación ante la Corte Suprema, con un voto disidente.

Como se vislumbra, nuestro trabajo investigativo se centra en el estudio del beneficio penitenciario de las madres privadas de libertad, pero ha sido analizado desde dos aspectos importantes para su desarrollo y otorgamiento, el primero de ellos, el cumplimiento o transgresión del principio del Interés Superior de Niño en



el acceso al beneficio en análisis, foco importante de estudio al tratarse de un principio consagrado en un Tratado Internacional, como es la Convención sobre los Derechos del niño y, además, al constituirse como principio rector en nuestra legislación, por lo cual, debe estar siempre presente en la fundamentación de toda decisión administrativa o judicial. Por otro lado, se analiza el beneficio en atención a los lineamientos entregados por el Código Civil para el otorgamiento del cuidado personal del niño o niña, lo cual, como se enunció en su oportunidad, alguno de ellos dicen relación con las condiciones ofrecidas al menor de edad para su correcto desarrollo vital.

Finalmente, es importante señalar que la presente memoria ha sido ejecutada con la finalidad de contribuir en las investigaciones actuales o futuras sobre la materia, esperando constituirnos como un aporte en el mejoramiento e impulso de toda medida, decisión, beneficio o política pública que contribuya a la protección y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## CAPÍTULO I

### EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Cuando nos enfocamos en la tratativa del derecho de la infancia y la adolescencia, es menester tener a la vista el Interés Superior del Niño, el cual se ha posicionado como una directriz y fundamento capital en toda resolución judicial y legislación que aborde temáticas de infancia y adolescencia, constituyéndose como un factor de radical importancia para el correcto entendimiento y análisis de las diversas decisiones administrativas y judiciales que versen sobre la materia.

No obstante lo anterior, es tal la importancia y el ámbito de aplicación que se le otorga, que se ha posicionado, a juicio de algunos autores, como un concepto amplio, de lineamientos difusos, catalogándolo como “una cláusula general y abstracta, o como un concepto jurídico indeterminado”<sup>1</sup>.

En este orden de cosas, en el presente capítulo pretenderemos entregar algunos lineamientos que se han formulado para describir y definir este principio, abordando su tratamiento tanto en nuestra legislación, como en el ámbito jurídico internacional.

#### **I. Conceptualización del Interés Superior del Niño.**

Primeramente, es importante aclarar que no se cuenta con un concepto legal de Interés Superior del Niño, por lo que, tal como se esbozó anteriormente, su conceptualización a sido un tema no pacifico, toda vez que la amplitud de su ámbito de aplicación no sólo a dificultado la elaboración de una definición, sino que también a llevado a algunos autores a cuestionar su efectiva aplicación y

---

<sup>1</sup> RAVETLLAT, I y PINOCHET, R. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. **Revista Chilena de Derecho**, volumen 12 (3): 903 - 934, 2015.

utilidad, destacando que al tratarse de un concepto abstracto e indeterminado, cuya aplicación pareciera tener cabida en todo ámbito relativo a la infancia y a la adolescencia, ello pudiere fácilmente derivar en una utilización arbitraria del mismo, trayendo como consecuencia un ejercicio abusivo del derecho<sup>2</sup>.

Así las cosas, otra parte de la doctrina, en cambio, ha destacado esta indeterminación conceptual del Interés Superior del Niño, aludiendo a que ello a permitido una amplitud en su aplicación, toda vez que sería dicho carácter el que facilita su adecuación a las distintas situaciones fácticas que surgen en el ámbito de la infancia, colaborando como principio rector y como mecanismo de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, DEL PICÓ RUBIO realiza esta característica y pretende entregar respuesta a la ausencia de conceptualización legal, manifestando que la carencia de determinación se debe, precisamente, a las disímiles circunstancias sociales que condicionan o determinan a los sujetos a los cuales ha de aplicarse<sup>3</sup>, contribuyendo y resguardando su principal cometido, cual es la protección y promoción de los derechos de la infancia.

En este orden de cosas, al posicionarnos ante un principio de radical importancia, frente al cual no se cuenta con definición plasmada en texto legal que determine sus características, límites y naturaleza jurídica, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han intentado abordarlo desde sus distintas facetas de aplicación, con la finalidad de establecer y esclarecer sus lineamientos.

## **1. Conceptualización doctrinal.**

---

<sup>2</sup> PETTIGIANI, Eduardo. El interés superior del menor ¿Es superior o todo interés?. X Congreso Internacional de Derecho de Familia: El niño como sujeto de derecho. Mendoza, Universidad de Cuyo, 1998. pp. 11 – 21.

<sup>3</sup> DEL PICÓ RUBIO, Jorge. Derecho matrimonial chileno. Santiago, Chile: AbeledoPerrot – LegalPublishing, 2010. p.134 .

En la búsqueda de un concepto de Interés Superior del Niño, es importante señalar que nuestra doctrina se ha percatado de una característica primordial al intentar conceptualizar el Interés Superior del Niño, cual es que a su respecto se genera un distanciamiento del modelo legislativo anglosajón, el cual se caracteriza por la indicación de criterios normativos preestablecidos, en cambio, en lo que respecta al Interés Superior del Niño, este se ha caracterizado, precisamente, por su conceptualización indeterminada y abstracta.

De esta manera, autores como LATHROP GÓMEZ, señala que el Interés Superior del Niño “es un principio cuya definición se encuentra en desarrollo, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir un supuesto concreto que permite que sea precisado luego, en el momento de su aplicación, adquiriendo verdadera dimensión cuando son aplicados al caso concreto. **No obstante, podemos afirmar que su cumplimiento equivale al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente**”<sup>4</sup>.

En igual sentido, CILLERO BRUÑOL, indica que es posible afirmar que el Interés Superior del Niño corresponde a “**la plena satisfacción de sus derechos**, cuyo contenido son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican (...) En este sentido, debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del Interés Superior; por el contrario, se debe armonizar su utilización con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos de poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia”<sup>5</sup>.

Así las cosas, es posible afirmar que la doctrina ha optado por abstenerse de formular definiciones estrictas que, de cierto modo, limiten o restrinjan la

---

<sup>4</sup> LATHROP GÓMEZ, Fabiola. Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley de Matrimonio civil y Tribunal de Familia. Santiago, Chile: Editorial Punto Lex S.A, 2005. pp. 33 – 34.

<sup>5</sup> CILLERO BRUÑOL, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño. **Revista Justicia y Derechos del Niño**, (1): 48 – 62, 1999.

aplicación del Interés Superior del Niño, toda vez que es precisamente su conceptualización abstracta donde radica la robustez e importancia del mismo, permitiendo y ampliando su ámbito de aplicación, siendo catalogado, inclusive, como un “principio garantista”<sup>6</sup>, denominación que lo posiciona como un principio de resolución de conflictos de derechos y que a la vez, promueve su protección efectiva.

## **2. Conceptualización jurisprudencial.**

Por su parte, nuestros tribunales de justicia al efectuar la aplicación del Interés Superior del Niño al caso concreto, han intentado otorgar una conceptualización del mismo, pero apartándose, al igual que la doctrina, de entregar una definición estricta, sino que han optado por argumentar sus diversos fallos a partir de la aplicación del Interés Superior del Niño como principio rector en las decisiones judiciales, aplicado al caso específico sometido a su consideración. En este sentido, la jurisprudencia chilena se ha configurado como una manifestación clara de un constante cambio de conceptualización a lo largo de los años.

Así las cosas, nuestra Corte Suprema ha establecido en uno de sus fallos que el Interés Superior del Niño, en atención a su sentido y alcance “consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. Dicho principio se relaciona con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de persona y sujetos de derecho”<sup>7</sup>.

En igual sentido, ha reafirmado que el Interés Superior del Niño “constituye un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar, queda claro que alude al pleno respeto de los derechos

---

<sup>6</sup> CILLERO BRUÑOL, M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, op. cit., p.53.

<sup>7</sup> Sentencia Corte Suprema, dictada 24 de septiembre de 2010, Rol N° 5245 – 2010.

esenciales del niño, niña o adolescente, y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”<sup>8</sup>. Este último punto, tiene radical importancia para el análisis de la problemática central de esta memoria, toda vez que según los lineamientos entregados por nuestra Corte Suprema, uno de los aspectos que pretende resguardar el Interés Superior del Niño es, precisamente, la satisfacción de las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, cuestión que entra en el foco del debate al analizar si dichas necesidades se encuentran resguardadas dentro de los recintos penitenciarios, interrogante que se desarrollará en los capítulos siguientes.

Sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo con la conceptualización entregada por la jurisprudencia, tribunales internacionales también han pretendido determinar las directrices y objetivos de este principio, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso *Atala Riffo y Niña v/s Chile*, establece que, en relación al Interés Superior del Niño, “la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños, se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”<sup>9</sup>. Dicha sentencia vino a marcar un precedente en nuestra legislación en lo que a Interés Superior del Niño refiere, toda vez que destaca que la aplicación de dicho principio, requiere, necesariamente, un análisis profundo del caso en concreto y de las características y necesidades propias del niño, niña o adolescente de causa, por lo que, si bien su conceptualización es abstracta, su aplicación debe realizarse y adecuarse al caso en concreto.

Así las cosas, en atención a lo anteriormente expuesto e independiente de la escases de conceptualización legal, es importante poner en el centro del debate el verdadero sentido o fundamento del Interés Superior del Niño, cual es proteger

---

<sup>8</sup> Sentencia Corte Suprema, dictada 03 de mayo de 2010. Rol N° 620 – 2010.

<sup>9</sup> Fallo Corte Interamericana de Justicia. Caso *Atala Riffo y Niña v/s Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

y garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con la finalidad de promover el libre desarrollo de su personalidad, a través de los valores establecidos en la dignidad inherente a cada uno de ellos<sup>10</sup>.

## **II. El Interés Superior del Niño en La Convención sobre los Derechos del Niño.**

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional, que tiene por objeto el reconocimiento y promoción de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Dicho tratado internacional, se encuentra suscrito por nuestro país desde el 26 de enero de 1990, formando desde entonces parte de nuestro ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

En este sentido, es importante destacar previamente la gran labor que viene a cumplir dicha convención, la cual pretende cambiar la visión adulto-centrista que caracterizaba a la sociedad, donde los niños, niñas y adolescentes parecían no ser sujetos de derecho como tales, sino que personas dependientes de los derechos que gozaban sus progenitores. De esta forma, la Convención sobre los Derechos del Niño viene a posicionar a los menores de edad como sujetos autónomos, titulares de derechos distintos de sus progenitores, aún cuando su autonomía o desarrollo vital se encuentre en proceso<sup>12</sup>.

Dicha convención, en su artículo 3º incorpora como uno de sus lineamientos al Interés Superior del Niño, estableciendo que, *“En todas las medidas concernientes a los niños que toman 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*

---

<sup>10</sup> LÓPEZ-CONTRERAS, R. Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud**, volumen 13 (1): 51 -70, 2015.

<sup>11</sup> Como todo Tratado Internacional suscrito o ratificado, forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico por expresa indicación del artículo 5 de nuestra Constitución Política de la República.

<sup>12</sup> ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela. Efectos jurídicos del divorcio. Santiago, Chile: AbeledoPerrot – Thomson Reuters, 2011. p.93.

*Superior del Niño*<sup>13</sup>. Sin perjuicio de su consideración, como es posible apreciar, su nombramiento es especialmente vago, en el sentido de que lo considera como un antecedente que se debe tener a la vista en todo tipo de decisión o resolución, más no indica qué se entiende por éste.

Dicha indeterminación ha generado gran debate en la comunidad internacional, toda vez que el suscribir o ratificar la convención, implica necesariamente una adecuación o armonización de la legislación local a lo establecido en dicho tratado, por lo que la falta de claridad en alguna de sus normas, torna complejo el cumplimiento del mismo.

Es por esta problemática que, ante la vaguedad conceptual, con fecha 29 de mayo de 2013, el Comité de los Derechos del Niño, viene a dar respuesta a esta interrogante a través de la Observación General N° 14<sup>14</sup>, realizando un análisis pormenorizado del principio enunciado en el artículo 3° de la convención. En este sentido, el comité establece, primeramente, que el Interés Superior del Niño es uno de los principios generales dispuestos en la convención, especificando que su nombramiento en el artículo tercero de dicho cuerpo normativo lo establece como concepto dinámico, el cual requiere una aplicación contextual<sup>15</sup>. Al respecto, para algunos autores la noción del Interés Superior del Niño como un “concepto dinámico”, tiene idéntica significación con la noción de “concepto jurídico indeterminado”<sup>16</sup>, cuestión que viene a darle la razón a nuestra doctrina y jurisprudencia de mantenerse al margen de la elaboración de un concepto de Interés Superior del Niño, limitándose a conceptualizarlo únicamente a la hora de aplicarlo al caso concreto.

---

<sup>13</sup> Convención sobre los derechos del Niño. Asamblea General de Naciones Unidas. 2 de septiembre de 1990.

<sup>14</sup> Observación General N° 14. Comité de los Derechos del Niño. 29 de mayo de 2013.

<sup>15</sup> Párrafo Primero. Observación General N° 14. Comité de los Derechos del Niño.

<sup>16</sup> RAVETLLAT, I y PINOCHET, R. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno, op. cit., p.905.



Cabe señalar, que dicho carácter de indeterminación, sería totalmente pensado y voluntario<sup>17</sup>, ya que ello facilitaría la labor de los agentes sociales en su aplicación e interpretación, permitiendo que se lleve a cabo el cometido de dicho principio, cual es el alcance del pleno y efectivo disfrute de todos los derechos de los niños, niñas y adolescente<sup>18</sup>, cuestión que, como se anunció previamente, viene a constituirse como la característica que le otorga robustez al principio en cuestión.

Así las cosas, si bien es cierto que la convención no define Interés Superior del Niño, como tampoco proporciona un listado de indicadores o directrices que deban tenerse a la vista para la aplicación práctica de este principio de conceptualización abstracta<sup>19</sup>, si es claro y especialmente enfático a la hora de señalar quienes son los llamados a aplicarlo y a velar por él, señalando en este grupo a las autoridades administrativas y a los tribunales, incorporando, además, a las instituciones privadas, lo que viene a hacer aún más extensivo su ámbito de aplicación, toda vez que al ampliar los sujetos llamados a su verificación, genera mayores áreas de protección para los niños, niñas y adolescente, lo que es consecuente con el espíritu de este principio, que pretende abordar y hacerlo aplicable a todas las esferas de desarrollo de los menores de edad.

En este sentido, el objetivo primordial del Interés Superior del Niño establecido en el artículo 3º de la Convención, es velar porque este concepto

---

<sup>17</sup> En este sentido, el párrafo 32 de la Observación General N° 14 cataloga el concepto de interés superior del niño como complejo, “cuyo contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa, podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de Niño, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”.

<sup>18</sup> RAVETLLAT, I y PINOCHET, R. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno, op. cit., p.911.

<sup>19</sup> RAVETLLAT, I y PINOCHET, R. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno, op. cit., p.915.

jurídico indeterminado tenga aplicación y observancia en todas y en cada una de las medidas, decisiones o resoluciones que digan relación con niños, niñas o adolescentes<sup>20</sup>, estableciendo una obligación para los Estados partes, cual es que, cuando se trate de asuntos en los cuales se vean involucrados personas menores de edad, el Estado, los tribunales y las instituciones privadas garanticen y otorguen un estándar analítico mayor, orientado a obtener una mayor protección para dichos sujetos de derecho, para lo cual, deben necesariamente, hacer aplicación del principio en mención.

### III. El Interés Superior del Niño en nuestra legislación.

El principio del Interés Superior del Niño en nuestra legislación, tampoco ha sido una temática exenta de discusión, muy por el contrario, ha generado gran controversia en la doctrina nacional, principalmente, en lo que respecta al rol que cumple en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, diversos autores han intentado otorgar ciertos lineamientos de aplicación para este principio de conceptualización abstracta, con la finalidad de determinar su naturaleza jurídica y, además, facilitar su entendimiento. Así, autores como GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, le atribuyen una triple identidad o función a este principio del Interés Superior del Niño en nuestra legislación<sup>21</sup>, manifestando que, primeramente, éste se constituye como una **garantía** para los niños, niñas y adolescentes, lo cual arrancarían directamente del mandato establecido en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual obliga a todas las instituciones ahí señaladas a respetar y promover dicho principio, resguardando los derechos de las personas menores de edad, como amerita todo sujeto de derecho. Así mismo, en una segunda faceta, dicho principio se constituiría, además, como una **norma orientadora**, debiendo constituir el Interés Superior del Niño la principal directriz y fundamentación de las decisiones

---

<sup>20</sup> Párrafo 20. Observación General N° 14. Comité de los Derechos del Niño.

<sup>21</sup> GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. El Interés superior del niño. Santiago, Chile: Gaceta Jurídica, 2000. p.23.

gubernamentales, judiciales y administrativas que los organismos señalados en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del niño estén facultados a tomar. Por último, el principio en cuestión debe ser analizado como una **norma de interpretación y resolución de conflictos**, debiendo funcionar como el elemento decisivo y la primordial línea argumentativa de dichas decisiones.

De lo anterior, es importante señalar que siguiendo la premisa del Interés Superior del Niño como principio fundamental en nuestra legislación, el cual debe servir como principio orientador, de interpretación y de resolución de conflictos, algunos autores como ORREGO ACUÑA, le adicionan otra funcionalidad consecuente de la importante identidad que se le ha otorgado, manifestando que vendría también a subsanar lagunas legales<sup>22</sup>, esto es, cuando no se cuenta con normativa legal que resolviere el asunto litigioso, al tratarse de un principio general del derecho en nuestra legislación, ello implicaría que estaría incorporado necesariamente en el artículo 24 del Código Civil, es decir, funcionaria, además, como **elemento integrador de la ley** al estar incorporado en el espíritu general de nuestra legislación.

No obstante lo anterior, en lo que respecta a la normativa legal que rige en nuestro país, es menester recordar previamente una de las características principales del Interés Superior del Niño, la cual abordamos al desarrollar la conceptualización del principio en cuestión, cual es su categorización de “concepto jurídico indeterminado”. En este sentido, mencionamos que esta característica de la indeterminación se apartaba de uno de los factores propios de la legislación anglosajona, cuyo actuar recurrente es conceptualizar cada principio o institución ó, al menos, señalar sus lineamientos de aplicación, cuestión que no ocurre en el principio del Interés Superior del Niño. En este sentido, y tal como esbozamos, dicha indeterminación no es una característica que nos parezca cómoda o habitual, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han intentado otorgar, al menos,

---

<sup>22</sup> ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. Temas de Derecho de Familia. Santiago, Chile: Sociedad Editora Metropolitana, 2007. p.14.

sus lineamiento de aplicación, cuestión que se ha plasmado en las normas legales que abordan esta materia.

Así las cosas, nos encontramos con normativa legal, como los artículos 225-2 y 229 del Código Civil<sup>23</sup>, los cuales realizan una especie de listado de ciertos factores o indicadores que deben tenerse en consideración a la hora de resolver las materias que regulan los artículos en mención, constituyendo dichos indicadores una especie de directriz que garantizaría el Interés Superior del niño, niña o adolescente de causa<sup>24</sup>.

Por otra parte, y en lo que respecta a normativa propia del derecho de familia, la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, se constituye como un cuerpo legal completamente acorde y concordante con la legislación internacional actual<sup>25</sup>, toda vez que consagra expresamente, en su artículo 16, el principio del Interés Superior del Niño, siendo regulado, precisamente, en el capítulo de principios del procedimiento, cuestión que implica su observancia en todas y en cada una de las etapas procesales de los procesos regulados en dicha ley, incluso en las gestiones que se realicen fuera del procedimiento, como es el proceso de mediación<sup>26</sup>.

En este sentido, es dable afirmar que el principio del Interés Superior del Niño, tiene un nivel de aplicación tan amplio en nuestra legislación (consecuencia de su indeterminación conceptual) que se le han atribuido múltiples facetas o identidades, concluyendo que su aplicación debe estar presente en toda decisión que involucre o afecte a personas menores de edad, debiendo tener siempre

---

<sup>23</sup> Normativa incorporada y modificada a través de la reforma al Código Civil, introducida por la Ley 20.680, de fecha 21 de junio de 2013.

<sup>24</sup> RAVETLLAT, I y PINOCHET, R. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno. op. cit., p.924.

<sup>25</sup> JARA CASTRO, Eduardo. Derecho Procesal de Familia: Principios Formativos, Reglas Generales, Procedimiento Ordinario. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p.169.

<sup>26</sup> Ley 19.968. Crea los Tribunales de Familia. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 25 de agosto de 2004. Artículo 105.

presente que el principio en cuestión tiene como principal objetivo la protección y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## CAPÍTULO II

### EL CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO O NIÑA EN LAS MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD

Como esbozamos en el capítulo precedente, en donde analizamos el principio del Interés Superior del Niño, pudimos constatar que se trata de un principio de aplicación general, el cual tiene incidencia en todas y cada una de las materias que recaigan en niños, niñas o adolescentes. En este sentido, el cuidado personal de los menores de edad es una de las materias donde mayormente se evidencia su ámbito de aplicación, toda vez que, en virtud de la reforma al Código Civil, introducida por la Ley 20.680, se incorporan a dicho cuerpo normativo una serie de directrices que el Juez debe tener en consideración a la hora de decidir respecto del cuidado personal, directrices que asegurarían la promoción del Interés Superior del niño, niña o adolescente de causa.

En razón de lo anterior, es menester realizar un análisis previo del cuidado personal en nuestra legislación para, posteriormente, realizar el estudio del mismo en el beneficio penitenciario de las madres privadas de libertad, en el sentido de visualizar el cumplimiento de los parámetros en comento y, con ello, la promoción o transgresión del Interés Superior del Niño.

#### **I. El cuidado personal del niño, niña o adolescente.**

El cuidado personal se encuentra regulado en los artículos 224 a 227 del Código Civil, sin embargo, en ellos no se entrega una definición que conceptualice al mismo, así como tampoco se refiere al alcance de las atribuciones, deberes y facultades que le otorga al titular.

En este sentido, y ante la falta de conceptualización legal, ha sido nuestra doctrina la que se ha dispuesto a elaborar la misma. Así las cosas, se pueden encontrar algunas definiciones que lo conceptualizan como un derecho desde la óptica de los progenitores, conceptualizándolo como *“el derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía”*<sup>27</sup>, o *“el derecho paternal de la crianza, educación y establecimiento del menor de edad”*, como también es posible visualizar definiciones elaboradas desde la óptica del deber, conceptualizándolo como *“el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”*<sup>28</sup>.

Por su parte, artículo 224 del Código Civil señala *“toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”*.

Como vemos, en este artículo se hace referencia a los aspectos que involucra detentar el cuidado personal, refiriendo que éstos serían únicamente la crianza y educación de los hijos, sin embargo, la doctrina señala que es erróneo circunscribir el cuidado personal a los aspectos señalados, ya que no sólo comprende a ambos, indicando que el cuidado personal se debe entender de forma amplia, esto es, todo lo necesario para el desarrollo espiritual y material del hijo<sup>29</sup>.

Sumado a lo anterior, es importante señalar que según lo señalado en el Código Civil, el cuidado personal necesariamente se debe entender como un derecho/deber de ambos padres de criar y educar a sus hijos, a lo que debe

---

<sup>27</sup> SCHMIDT HOLT, C y VELOSO VALENZUELA, P., La filiación en el nuevo derecho de familia. Santiago de Chile: Editorial ConoSur, 2001.

<sup>28</sup> BOTTO MUÑOZ, Enzo, "Madres privadas de libertad. Derecho al cuidado personal de los hijos y programa de residencias transitorias", Alicia Salinero Rates, Tesina. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2012.

<sup>29</sup> ABELIUK, RENÉ, La filiación y sus efectos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

sumarse propiciar el desarrollo íntegro del niño, niña o adolescente, siendo un aspecto importante, puesto que si el padre o la madre, no pueden garantizar la crianza, educación y además el bienestar del niño, niña o adolescente, atentaría contra uno de los principios fundamentales, que sería el Interés Superior de los hijos.

En el mismo orden de ideas, el cuidado personal posee un concepto abstracto e indeterminado, esto es para que en cualquier circunstancia pueda ser aplicado, de acuerdo a las necesidades que se presenten caso a caso. Uno de los factores para poder ser titular del cuidado personal es que el niño o niña viva en un ambiente que propicie su desarrollo y crianza, en virtud de que nuestro ordenamiento jurídico tiene como principio rector el Interés Superior del Niño, siendo uno de los principios más importantes en nuestra legislación, es por esto que se analizará más adelante si vulnera o no aquel principio el beneficio que se concede a las madres privadas de libertad.

En este sentido, en el derecho comparado, podemos visualizar que diversas legislaciones presuponen que corresponde a ambos padres, y que se acoge un concepto amplio al igual que nuestra legislación, el cual comprende el desarrollo integral de los hijos.

Así por ejemplo, el Código Civil español, en su artículo 154 señala: *“Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo a su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2º. Representarlos y administrar sus bienes”*. En este sentido, podemos visualizar la tendencia a una conceptualización amplia, sin embargo, el Código Civil español, a su vez, se encarga de señalar el cometido que deberá cumplir quien detenta el cuidado personal, siendo más específico que su listado. Además, en el citado artículo vemos que el legislador se preocupa en mencionar a



ambos padres, y que la patria potestad se debe ejercer siempre en beneficio de los hijos, todo esto para propiciar su desarrollo.

Por su parte, el Código Civil de Argentina en su artículo 264, señala que *“la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos, para su protección y formación integral desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”*, evidenciándose nuevamente la tendencia de amplitud conceptual, pero apartándose de la absoluta generalización, vislumbrando un pequeño acercamiento a una definición legal. En el mismo orden de ideas, también se menciona la formación integral de los hijos, y menciona que los padres son los que tienen este deber de cuidado y la obligación de proporcionar la protección a sus hijos.

Así las cosas, el Código Civil del Perú en su artículo 418, señala que *“por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de los hijos menores”*, similar a la conceptualización escueta establecida en nuestra legislación, cuestión que se puede evidenciar nuevamente en el Código Civil de Uruguay, el que en su artículo 252 establece que *“la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad”*.

Como se puede observar, el cuidado personal en diversas legislaciones al igual que en Chile, no sólo comprende el deber de cuidado, sino que además, la promoción del desarrollo integral y protección de los hijos, aspectos que son mayormente manifestados en la normativa establecida en el Código Civil argentino y español. Además, y como se destacó anteriormente, el cuidado personal corresponde, por regla general, a ambos padres, al contrario de cómo estaba regulado en Chile antes de la vigencia de la Ley N° 20.280, lo que se analizará a continuación.

## A. Titulares del cuidado personal.

De lo expuesto anteriormente, podemos entender que el cuidado personal les corresponde a ambos padres, y en cuanto a las normas jurídicas, ambos tienen los mismos derechos.

Sin embargo, lo anterior no siempre fue así, toda vez que, tal como señala QUINTANA VILLAR “la titularidad del cuidado personal ha sufrido un cambio sustancial con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, mientras en la antigua legislación la atribución era legal, pues el derogado artículo 225 Código Civil en su inciso primero declaraba: "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos"; en la ley actual, la atribución es, en primer lugar, convencional y, en subsidio, de acuerdo entre los progenitores, se establece que los hijos permanezcan con quien están conviviendo (artículo 225, inciso 3° Código Civil)”<sup>30</sup>.

En este sentido, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.680, el ordenamiento jurídico señalaba que en el supuesto caso en que los padres vivan separados, le tocaba el cuidado personal de los hijos a la madre, sin tomar en cuenta más factores, como lo hace la legislación actual, la que considera mismos derechos para ambos padres, además de considerar diversos factores como el bienestar del niño, niña o adolescente y su desarrollo íntegro.

Como se puede comprender, el cuidado personal y su titularidad dependen principalmente del interés superior del niño, niña o adolescente, el cual aplicado a la materia, dice relación con un respeto y protección de sus derechos en relación a su bienestar, siendo la norma derogada vaga y discordante con los principios

---

<sup>30</sup> QUINTANA VILLAR, María Soledad. La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** no.43. Valparaíso, Chile. 22 de diciembre 2014. [En línea] [Consulta: 10 de diciembre 2020]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000200006#footnote-34500-3](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000200006#footnote-34500-3)

fundamentales, en virtud de cual, ante la situación de que los padres viviesen separados, el cuidado personal correspondería automáticamente a la mujer, sin analizar a profundidad si realmente se estaría cumpliendo con el Interés Superior de los hijos, dejando de lado el bienestar y el desarrollo íntegro del niño, niña o adolescente en cuestión.

El actual artículo 225, en cambio, comienza del supuesto de la convivencia conjunta de los padres, atribuyendo a que eso sería lo habitual, correspondiendo entonces, por regla general, el ejercicio conjunto del cuidado personal, independiente si hay filiación matrimonial o no<sup>31</sup>.

Por otro lado, el Código Civil en su artículo 225-2, enumera criterios y diversos factores para poder determinar el cuidado personal, siendo estos:

“a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar

b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.

c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.

d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.

---

<sup>31</sup> LATHROP GOMEZ, Fabiola. Cuidado Personal De Los Hijos: Análisis De Ley De Matrimonio Civil Y Tribunales De Familia. op. cit., p.7.

e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.

f) La opinión expresada por el hijo.

g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.

h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.

i) El domicilio de los padres.

j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.”

La ley es exhaustiva y preocupada de los factores que influyan en el bienestar del hijo, considerando la opinión del niño, niña o adolescente (siendo ésta una manifestación clara del derecho de los menores de edad a ser oídos), el acuerdos de los padres, su domicilio, vinculación afectiva, entre otros.

Incluso, la letra j), considera cualquier otro antecedente que sea relevante para el interés superior del niño, niña o adolescente, dejando la puerta abierta a más factores que puedan ser importantes pero que no estén expresamente en la ley, por lo que no estaríamos ante un artículo taxativo.

En este sentido, nuestra Corte Suprema señala que *“en cuanto a la acción de cuidado personal, a la luz de lo establecido en los artículos 225 y 225- 2 del Código Civil, existen criterios que se deben tomar en consideración al momento de conocer y juzgar sobre el cuidado personal de los hijos de aquellos padres que viven separados, criterios y circunstancias de carácter general que deben ponderarse en su conjunto y que apuntan necesariamente al Interés Superior del*

*Niño, principio respecto del cual deben ceder todas las demás apreciaciones. Así las cosas, el hecho de que la madre de los menores de autos haya mantenido una actitud negativa de cara al ejercicio del derecho a relación directa y regular por parte del padre, a juicio de estos sentenciadores no resulta bastante para modificar la custodia personal de éstos. En efecto, tal circunstancia, siendo indeseable, debe ponderarse, como se ha venido diciendo, junto a los demás criterios proporcionados por la norma, ejercicio que una vez efectuado recomienda mantener el cuidado personal a cargo de la madre. La existencia de una vinculación afectiva de los menores con la madre y demás personas que conforman el grupo familiar materno que aparece cohesionado, un entorno que garantice su bienestar y la mantención del hábitat al que están acostumbrados casa, ciudad, colegio, amistades, etc., adquiere prioridad al momento de decidir con quién deben vivir, crecer y desarrollarse, más allá de los derechos de las partes y de su legítimo ejercicio<sup>32</sup>.*

Por tanto, a pesar de que nuestro Código conceptualice el cuidado personal como un derecho de los padres, la determinación del mismo debe estar siempre centrada en la protección y promoción del bienestar del niño, niña o adolescente, bienestar que estaría resguardado a través del cumplimiento de los múltiples factores tratados anteriormente, los que se deben determinar en el caso a caso.

En la sentencia de la Corte Suprema que fue citada anteriormente, se demuestra lo anterior, en virtud de que la madre mantenía una actitud negativa al ejercicio del derecho a relación directa y regular por parte del padre, aún con este hecho, la Corte consideró que no era suficiente para modificar el cuidado personal, porque se deben considerar más factores para cumplir los criterios que establece la norma jurídica.

---

<sup>32</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Dictada el 9 de Junio de 2014. Rol N° C-197-2013.

## II. El cuidado personal del NNA en relación con el Interés Superior del Niño.

Como se esbozó en la introducción del presente capítulo, el principio del Interés Superior del Niño está fuertemente relacionado con el cuidado personal, siendo uno de los principios fundamentales en este tema, el cual alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en los diferentes aspectos de su vida.

En este sentido, como se señaló en el capítulo en donde abordamos el principio del Interés Superior del Niño, éste se encuentra regulado el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo, existen diversas disposiciones que se refieren al Interés Superior del Niño como un principio relevante y relacionado al cuidado personal.

Así las cosas, en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 9 N° 1 señala que “los Estados Partes **velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos**, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, **que tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño**, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto del maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.”

Este punto es de especial relevancia para el estudio en cuestión, puesto que en el caso de las mujeres privadas de libertad, ya sea por una sentencia condenatoria o prisión preventiva, el Estado tiene la obligación que el niño o niña no sea separado de sus padres, sin embargo, la separación podría ser necesaria en el supuesto que se podría ver afectado su integridad psíquica y física, siendo

perfectamente discutible el hecho de que la residencia en un centro penitenciario podría llegar afectar o no al niño o niña, dadas las condiciones de la cárcel.

Por su parte, el artículo 18 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el Interés Superior del Niño”, en este sentido, visualizamos que nuestra legislación se reforma el año 2013 guardando especial concordancia con lo establecido en la convención, sin embargo, el artículo citado dice relación con el deber que atañe a los padres cuando ambos o alguno de ellos detenta el cuidado personal, sin embargo, el artículo 20 N°1 del mismo cuerpo normativo, se posiciona en la casuística de que los progenitores no sean capaces de cumplir con el deber ahí establecido, siendo necesaria su separación, en cuyo caso, se establece que “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

Por tanto, en caso de que el Interés Superior del niño, niña o adolescente se vea afectado por el ambiente familiar, no se exige que permanezcan con sus padres, pero el Estado tiene el deber de brindarles protección.

Por un lado podríamos afirmar que el cuidado personal si lo podría tener una madre privada de libertad, por las relaciones afectivas, sin embargo, el niño o niña al estar dentro de un recinto penitenciario, podría verse afectado su desarrollo integral y no se exige en tal caso que el niño o niña viva con su madre. Es por esto que se analizará en el presente trabajo los factores en contra y a favor de esto.

En este sentido, podemos visualizar que la Convención sobre los Derechos del Niño en cada una de sus normas tiene como espíritu la promoción y protección del Interés Superior de los hijos, velando por la integridad y desarrollo de los menores de edad, dándole suma importancia y dejando claro que es un principio de carácter fundamental que nuestro ordenamiento jurídico debe respetar y, por consiguiente, los jueces en caso de valorar y ponderar en el caso a caso.

En razón de lo anterior, en materia de cuidado personal visualizamos que si bien los padres tienen el derecho de detentar el cuidado personal de sus hijos, ese derecho, como es característico en el derecho de familia, también es un deber, y nunca debe desvincularse del Interés Superior del Niño, en este sentido, observamos que para la determinación de la titularidad del cuidado personal, es menester tener a la vista el principio del Interés Superior del Niño, de manera que si este se ve transgredido por la concesión del cuidado personal en uno de lo progenitores, este debe ser modificado de forma inmediata.

### **III. El beneficio penitenciario de las madres privadas de libertad.**

En lo que respecta a las mujeres privadas de libertad que son madres de hijos menores de 2 años, el niño o niña en cuestión puede encontrarse en tres posibles escenarios en relación a su cuidado personal:

1. Que el lactante se encuentre junto a padre o con algún familiar que componen la red de familia extensa.
2. Que se otorgue una medida de protección, como por ejemplo, que el niño o niña sea internado en alguna residencia especial para menores de edad.
3. Que el neonato se encuentre con su madre dentro de un establecimiento carcelario, pero con un máximo de dos años.

Este último punto, corresponde al beneficio penitenciario en estudio, en donde nuestro ordenamiento jurídico, le concede a las mujeres privadas de libertad, ya sea por una condena o por prisión preventiva, el derecho de ejercer el



cuidado personal de sus hijos lactante hasta los dos años de edad, dentro del recinto penitenciario donde se encuentra cumpliendo condena la progenitora.

Esto ha sido objeto de discusión, puesto que, en un principio, se constituyó como un beneficio en pos de los niños y niñas, sin embargo, también reconoce un derecho a las madres. La razón de este beneficio es, principalmente, velar por el Interés Superior del Niño. Sin embargo, resulta pertinente analizar si realmente se estarían cumpliendo todos los factores que deben tenerse a la vista al momento de decidir respecto del cuidado personal y, por tanto, dicho beneficio se constituye como una promoción del Interés Superior de Niño ó, por el contrario, se estaría transgrediendo el mismo.

#### **A. En qué consiste el beneficio penitenciario.**

El beneficio en estudio, consiste en que las mujeres que son madres de niños o niñas menores de dos años, se les concede la posibilidad de que sus hijos se encuentren dentro del recinto penitenciario, junto a ellas. En este sentido, las progenitoras que optan al beneficio deben estar separadas del resto de la reclusas, para así ejercer de mejor manera el cuidado personal de sus hijos.

En este sentido, el artículo 19 del Decreto Supremo número 518-1998 del Ministerio de Justicia, el cual establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, dispone expresamente que los centros penitenciarios deben contar con dependencias adecuadas para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de los hijos lactantes, de las mujeres internas<sup>33</sup>. Estos centros son las llamadas “residencias transitorias”, los cuales son lugares especiales, adaptados para mujeres embarazadas o para madres con hijos hasta dos años de edad, que son las usuarias del beneficio en estudio.

---

<sup>33</sup> LORCA, R. y VIAL, L. Los derechos de las mujeres privadas de libertad con hijos lactantes. Enfoque de Género”, Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Nacional. [En línea] [Consulta: 28 diciembre 2020]. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/16a36becc9b30aee9adfa0cb2e5cb46a.pdf>.

El Departamento de Protección de Derechos Servicio Nacional de Menores, describe estas residencias transitorias como: *“Dependencias ubicadas al interior de los Centros Penitenciarios Femeninos que cuentan con espacios habilitados para el cuidado y protección de los/las lactantes con madres internas, así como para la permanencia de las mujeres en condición de embarazo. Estas dependencias están concebidas como una modalidad de protección, que provee a lactantes, entre 0 hasta los 2 años de edad, un contexto residencial que facilita las condiciones para mantener el contacto con sus madres privadas de libertad”*<sup>34</sup>.

En este sentido, las residencias transitorias vienen a cumplir dos objetivos de suma relevancia, uno de ellos, es aquel relativo a las condiciones habitacionales, el cual pretende asegurar dichas condiciones, mediante la adaptación del entorno para la permanencia de los niños y niñas hijos de las reclusas y, por otra parte, aquella que busca potenciar la vinculación, habilidades y competencias parentales, lo que se constituye como el objetivo principal en la adopción de dicho beneficio.

## **B. Desde cuando rige en nuestro país.**

La Ley 20.032 es la encargada de regular la residencia conjunta de los niños o niñas y sus madres privadas de libertad, estableciendo en sus artículos 18 y siguientes un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su correspondiente régimen de subvención creada en el año 2005.

---

<sup>34</sup> Departamento de Protección de Derechos Servicio Nacional de Menores, Gobierno de Chile, lineamientos técnicos específicos modalidad residencias transitorias para niños(as) de madres recluida., p.6. [En línea] [Consulta: 19 de diciembre del 2020]. Disponible en web: [https://www.sename.cl/wsename/otros/proteccion/lineamientos/lineamientos\\_residencias\\_transitorias.pdf](https://www.sename.cl/wsename/otros/proteccion/lineamientos/lineamientos_residencias_transitorias.pdf).

De acuerdo a los lineamientos técnicos de estas residencias transitorias, su implementación comenzó en el año 2007, las cuales vienen a cumplir con las políticas públicas de protección integral a la infancia impulsada a través del sistema “Chile crece contigo” con el objetivo de “asegurar una adecuada calidad de vida a lactantes, atendidos en las residencias, satisfaciendo sus necesidades básicas, físicas, psicológicas y sociales, con el fin de minimizar el impacto que se produce en su desarrollo integral, la separación de su entorno socio familiar extenso, relación entre pares e inclusión social”<sup>35</sup>.

### **C. Requisitos para ser beneficiaria.**

En el caso de que la madre ingrese embarazada a cumplir condena, para que se decrete su ingreso al apartado del centro penitenciario dispuesto para ello, debe presentar un certificado médico de un profesional de salud que preste servicios en el penal que constate dicho embarazo, luego, una vez producido el nacimiento, para acceder al beneficio en cuestión se requiere de la tramitación de una medida de protección ante los Tribunales de Familia, debiendo presentar dicho requerimiento para su posterior conocimiento. Sin embargo, el beneficio penitenciario está sujeto a una limitación, cual dice relación con los cupos con los que cuente el recinto penitenciario.

Para poder ingresar un niño o niña a dependencias de la unidad penal, debe ser a solicitud de la madre, quien iniciará el requerimiento proteccional ante los Juzgado de Familia, quien evaluará la situación de ingreso, debiendo el equipo psicosocial del recinto *“estudiar y analizar la demanda de la mujer que solicita que su hijo permanezca y/o ingrese al establecimiento, con el propósito de identificar y evaluar los factores motivacionales y sociales que influyen en la demanda. Este proceso evaluativo que se realiza a la madre, incorpora la evaluación de capacidades y competencias protectivas presentes en ésta, enfocándose en la capacidad y calidad de vínculo que presenta para con su hijo/a”*.

---

<sup>35</sup> Departamento de Protección de Derechos Servicio Nacional de Menores, ídem. p.7.

Conjuntamente al proceso de evaluación de competencias y capacidades protectivas en la madre, es necesario que se realice contacto con la familia de origen del niño, su padre y hermanos, de modo de evaluar situación familiar, percepción y opinión del padre en cuanto al ingreso del lactante junto a su madre al recinto penitenciario. Es necesario destacar que la capacidad de cuidados y responsabilidad por el proceso de crianza y desarrollo de los hijos/as incluye a la figura paterna por cuanto su opinión no sólo debe ser considerada, sino integrada en el proceso de intervención que se desarrollará posteriormente.

Al momento de formalizar el ingreso ante el Juzgado de Familia, el equipo a cargo y responsable de cada caso debe informar a la magistratura las condiciones en las que se encuentra el niño o niña ingresado o con solicitud de ingreso, la existencia o no de recursos familiares, nucleares y/o extensos. Con estos antecedentes, el juez competente evaluará la medida adoptada, resolverá la mantención de la misma y/o adoptará nuevas resoluciones en pro de garantizar el Interés Superior del Niño<sup>36</sup>, esto denota que la internación de un niño o niña dentro del establecimiento es de manera excepcional, puesto que deben velar por el interés de ellos.

Por último, de estimarse acorde el ingreso del lactante al recinto penitenciario, el Juzgado de Garantía competente será el encargado de ordenar dicho ingreso, previa sentencia dictada en el procedimiento proteccional.

#### **D. Razones que se tomaron en cuenta para su establecimiento.**

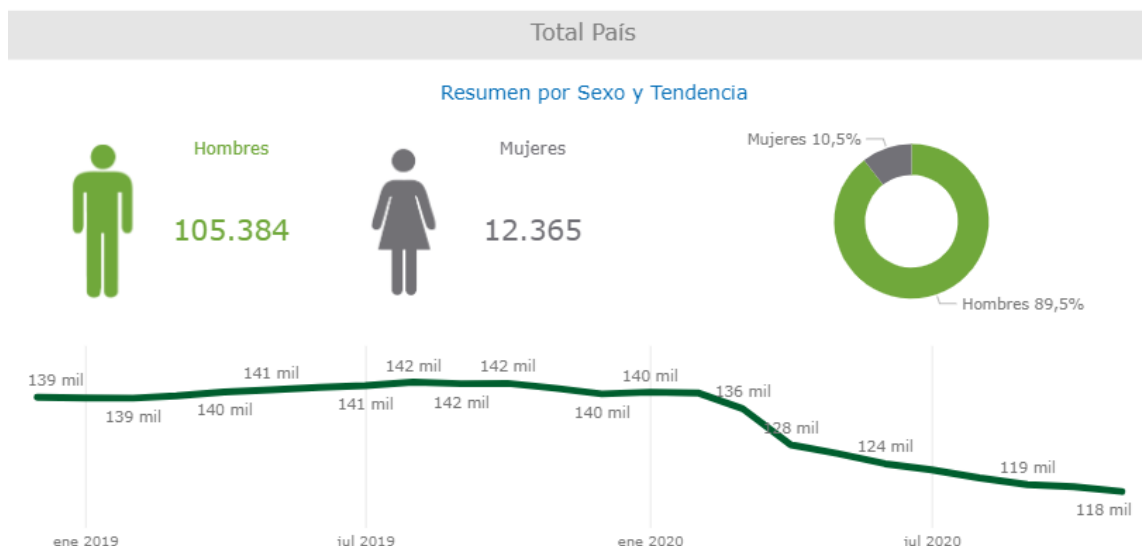
Una vez entendido lo que implica el derecho al cuidado personal en la doctrina, es que cabe analizar en qué estado o situación jurídica se encuentran las madres privadas de libertad. El tema es relevante, ya que hoy en día existe una población penal femenina dentro de la cual un alto porcentaje es madre. El 84%

---

<sup>36</sup> Departamento de Protección de Derechos Servicio Nacional de Menores, ídem. p.10

de las mujeres presas chilenas es madre, haciéndose necesario adoptar las medidas correspondientes para que gocen efectivamente de este derecho.

Es importante también tener en cuenta que las mujeres tienen un índice de criminalidad visiblemente menor que de los hombres, así lo demuestra las estadísticas que se pueden encontrar en gendarmería<sup>37</sup>.



“Debido al número reducido de delincuentes mujeres, éstas por lo general no reciben la misma atención ni son tomadas en cuenta tanto como los delincuentes hombres; esta falta de atención provoca por lo general que las mujeres tengan limitado acceso a los programas y servicios necesarios, además de ser ubicadas en centros de detención lejos de sus familias y comunidades; y la mayoría de las veces, las mujeres tienen responsabilidades importantes relacionadas con niños y niñas a su cargo”<sup>38</sup>.

Sin embargo, si bien en la población penal femenina existe un porcentaje importante de reclusas madres, es imposible propiciar la relación marento – filial

<sup>37</sup> CHILE. Gendarmería. Estadística General. Santiago, Chile: Gendarmería, 2020.

<sup>38</sup> BOTTO Muñoz, Enzo. "Madres privadas de libertad. Derecho al cuidado personal de los hijos y programa de residencias transitorias". op. cit., p.9

en cada una de ellas, por lo que se ha optado por proteger la misma en los primeros años de vida, los cuales se constituyen como una etapa crucial en la vida del ser humano y, además, por propiciar la lactancia materna, la cual tiene múltiples beneficios en el desarrollo del lactante. De esta forma, se ha intentado apaciguar los efectos nocivos que trae la reclusión de progenitoras en la vida de los niños, niñas o adolescentes, intentando resguardar, al menos, la primera infancia, toda vez que si el vínculo que se logra en los primeros años de vida, es mayormente posible la mantención de un vínculo y sano y duradero en los años posteriores, por tanto, la nocividad que trae la reclusión en los hijos de estas madres privadas de libertad, sumado a la promoción y protección del Interés Superior del Niño, hacen necesario y urgente el establecimiento del beneficio en estudio.

### CAPÍTULO III

#### PUGNA ENTRE EL CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO O NIÑA EN LAS MADRES PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Como ya ha quedado de manifiesto, el principio del Interés Superior del Niño en nuestra legislación vigente, debe ser tomado por los Tribunales de Justicia, como el principio rector en todas aquellas materias en donde se encuentre involucrado un niño, niña o adolescente, en este sentido, el artículo primero de la Convención sobre los Derechos Niño, establece que niño, niña o adolescente es todo sujeto *“menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

Conforme a lo anteriormente señalado, toda persona menor de 18 años, debiese considerarse amparada por el principio del Interés Superior del niño, pero ¿Qué conlleva el interés superior del niño? como ya hemos visto, es un concepto indeterminado, pero la Corte Suprema en un fallo del año 2008 trata de explicarnos de la siguiente manera *“alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad”*<sup>39</sup>.

La problemática abordada en la presente investigación aparece cuando estamos ante la situación de todas aquellas mujeres que, al ser privadas de libertad, deben ser separadas de sus hijos. Ante esta situación, muchos estudios han dicho que el rompimiento del lazo madre - hijo, es perjudicial y altamente nocivo para los niños y niñas en cuestión, toda vez que se ven expuestos a situaciones de alto riesgo psicosocial, aún cuando queden bajo el cuidado de instituciones estatales o incluso bajo el cuidado de familiares cercanos.

---

<sup>39</sup> Sentencia Corte Suprema, dictada el 14 de abril del 2008. Rol N° 1384 – 2008.

En este sentido, podemos visualizar que ante la dictación de sentencias condenatorias hacia mujeres que son o están prontas a ser madres, se dictamina una doble sanción, una de ellas, dice relación con la privación de libertad consecuente de la comisión del delito, mientras que, por otra parte, recibe una sanción de tipo psicológica, toda vez que según autores como SANHUEZA, BRANDER y REISER, la separación de una madre con su hijo para el cumplimiento de la condena, genera en ella “un dolor adicional que tiene que ver con la angustia y las tremendas dificultades que las mujeres experimentan para poder ejercer algún control sobre sus hijos mientras están privadas de libertad. En efecto, en muchos casos los hijos permanecen en sus barrios sin figuras adultas claramente responsables de su suerte, con las vidas cotidianas incambiadas en términos de sus obligaciones, pero, a la vez, alteradas por la ausencia de la madre”<sup>40</sup>.

En razón de lo anterior, es dable afirmar que la sanción de privación de libertad a la madre, también se constituye como una sanción al hijo, toda vez que la separación de este vínculo filial es perjudicial tanto para la madre, por la angustia de no poder estar con sus hijos, como también para los hijos que quedan en un estado de indefensión.

Así las cosas, es posible establecer, que además de las dos sanciones que se expusieron precedentemente, las que repercuten en la vida del niño o niña, existiría otra sanción consecuente de la privación de libertad, cual es la privación de la madre al derecho consagrado en el artículo 224 del Código Civil, esto es, la posibilidad de detentar el cuidado personal de su hijo o hija.

Ahora bien, en lo que respecta al niño o niña, al evidenciarse una separación de su madre producto del encarcelamiento, se expone al menor de

---

<sup>40</sup> SANHUEZA, G.; BRANDER, F. y REISER, L. Encarcelamiento femenino en Chile. Calidad de vida penitenciaria y necesidades de intervención. **Revista de Ciencias Sociales**. Vol.32., p.122. [En línea] [Consulta: 3 de diciembre de 2020]. Disponible en web: <[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S079755382019000200119&lng=es&nr=iso](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S079755382019000200119&lng=es&nr=iso)>.



edad a la experimentación de diversos daños que interfieren su desarrollo integral, por lo que queda de manifiesto que el condenar a una madre, no solo provoca daños a la condenada, sino que de manera indirecta, se ve vulnerado el niño, niña y adolescente, lo que lleva a una infracción el principio del Interés Superior del Niño.

En este sentido, al evidenciarse una posible vulneración al principio rector ya mencionado, para tratar de aminorar esta situación, se ha permitido en la mayoría de los países del mundo la mantención de la relación directa y regular de las madres privadas de libertad y sus hijos, al menos, en los primeros años de vida, ya sea por temas de lactancias, por su correcto desarrollo psicosocial, toda vez que la configuración de figuras significativas se genera en los primeros años de vida y por el apego emocional crucial en dicha etapa evolutiva, pero todo ello, analizado siempre desde la perspectiva de la promoción y protección del bienestar del niño, niña o adolescente, por lo que se analiza la situación particular de cada uno de ellos, análisis que a juicio de autores como GIACOMELLO, debe ser de dicha forma casuística, toda vez que “la aplicación de medidas alternativas con base en una aproximación caso por caso; esto tomando en consideración plenamente el impacto que los distintos tipos de sentencia tienen sobre la niña o niño. Las decisiones deben ser individuales y no pueden darse en el nivel de lo abstracto, como suele suceder en el derecho penal tradicional”<sup>41</sup>. Esto quiere decir que no existe una regla única cuando hablamos de toma de decisiones respecto de niños, niñas o adolescentes, sino mas bien, existirán tantas soluciones como menores de edad existan, toda vez que éstas deben siempre adecuarse al bienestar de ellos, como personas individuales, y a las necesidades que presenten en ese momento particular.

---

<sup>41</sup> GIACOMELLO Corina. 2018. Niña y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada, primera edición. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Estudios, Promoción y Desarrollo de los Derechos Humanos. Serie: Derechos Humanos, Ciudad de México, p.133. [En línea] [Consulta: 5 de diciembre de 2020]. Disponible en: <http://fileserv.idpc.net/library/Ni.pdf>.

En razón de lo anterior, para intentar subsanar esta doble condena a la madre y la consecuencial condena al niño o niña, se ha optado por adoptar medidas tendientes a apaciguar la problemática en estudio, siendo una de esas soluciones el beneficio penitenciario descrito en el capítulo precedente. Sin embargo, y según lo expuesto en el apartado anterior, visualizamos que el cuidado personal debe ser analizado en relación al niño o niña de causa, por lo que, cuando se trata de madres privadas de libertad, es dable cuestionar la efectiva promoción y protección del bienestar del niño o niña.

En este sentido, se han elaborado dos posturas al respecto, por un lado, aquellos que postulan que es la madre quien debe estar con sus hijos, al menos los primeros años de vida, sin importar que estén o no dentro de una residencia penitenciaria, toda vez que se trata de una etapa crucial de en el desarrollo del niño o niña, siendo la madre la única adulta capaz de propiciar y cubrir muchas de las necesidades presentes en los primeros años de vida, y por otro lado, se encuentran aquellos que postulan que los infantes no deben estar dentro de un penitenciario, pues afectarían a su integridad y su desarrollo social y, en definitiva, existiría una transgresión al principio del Interés Superior de Niño.

#### **I. Argumentos a favor del beneficio penitenciario que concede el cuidado personal a las madres privadas de libertad.**

En primer lugar, analizaremos la postura de quienes afirman que lo mejor es optar por que la separación madre – hijo sea lo más tardía posible, quienes desarrollan una serie de argumentación al respecto.

Primeramente, afirman que la mantención de la relación marento – filial genera el llamado “apego”, el cual es considerado como un elemento fundamental para el desarrollo personal del niño o niña en su vida, en este sentido “la separación de la madre a una edad tan temprana puede aumentar la probabilidad de desarrollar una relación de apego inseguro o desorganizado con la madre o

con los cuidadores sustitutos, lo cual facilita la aparición de los resultados negativos asociados. Por tanto, a estas edades tan vulnerables, la separación constituye un gran desafío para que el niño establezca un nexo sólido con el cuidador”<sup>42</sup>.

En razón de lo anterior, argumentan que la etapa etaria para la cual está dispuesta el beneficio penitenciario en estudio es sumamente importante y se considera crucial que el infante no sienta un desapego muy abrupto, puesto que podrían ser perjudicial para ellos, ya que “si un progenitor, que también es su cuidador primario, “desaparece” para ir a la cárcel, el niño experimentará un trauma, interfiriendo seriamente no sólo con el desarrollo de la confianza sino también con la relación que se gestó con el nuevo cuidador. Es importante tener en cuenta que en esta etapa, la confianza y las tareas básicas de apego pueden encontrarse amenazadas si el niño es mudado de hogar en reiteradas veces o si se presenta cualquier otra interrupción en la relación cuidador - niño”<sup>43</sup>.

Bajo esta lógica, es primordial que exista una relación directa madre e hijo, idealmente, lo más duradera posible, pero ello llevado y analizado siempre en el caso a caso, en este sentido, ADALIST - ESTRIN destaca que “el fomento de la relación materno-filial y menores riesgos para las niñas y los niños de ser enviados a instituciones o de ser abandonados. Dicho de otra manera, la vida en prisión

---

<sup>42</sup> SROUFE L. y CAUSADIAS J. 2012. Encarcelamiento Materno, Separación y Desarrollo Infantil: Evidencia y Alternativas. Instituto de Desarrollo Infantil, Universidad de Minnesota, Minneapolis, Estados Unidos. p.6. [En línea] [Consulta: 5 de diciembre de 2002] Disponible en: [https://www.researchgate.net/profile/Jose\\_Causadias2/publication/328513275\\_Encarcelamiento\\_Materno\\_Separacion\\_y\\_Developmento\\_Infantil\\_Evidencia\\_y\\_Alternativas/links/5bd1dd9aa6fdcc631cfa1b2a/Encarcelamiento-Materno-Separacion-y-Desarrollo-Infantil-Evidencia-y-Alternativas.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Jose_Causadias2/publication/328513275_Encarcelamiento_Materno_Separacion_y_Developmento_Infantil_Evidencia_y_Alternativas/links/5bd1dd9aa6fdcc631cfa1b2a/Encarcelamiento-Materno-Separacion-y-Desarrollo-Infantil-Evidencia-y-Alternativas.pdf)

<sup>43</sup> ADALIST-ESTRIN Ann. 2008. Biblioteca Sobre Hijos de Padre Encarcelados. Centro Nacional de Recursos para Hijos y Familias de personas encarceladas de la Rutgers University Camden, Cadem de Estados Unidos. p.43.

puede ofrecer mejores y mayores cuidados que la vida en el exterior, en algunos casos”<sup>44</sup>.

Dicho lo anterior, no se evidenciaría una vulneración al principio del Interés Superior de Niño, en caso de otorgar el cuidado personal del niño o niña a su madre privada de libertad, esto, mientras se ajuste todo para que el niño o niña no se vea afectado, siendo primordial la promoción de la relación de madre e hijo, otorgando los medios suficientes para el buen desarrollo de los niños y niñas, constituyéndose la separación de este vínculo familiar en el real aspecto perjudicial para ambos sujetos de derecho, cuestión que ha sido afirmado por la UNICEF, señalando que *“el encarcelamiento de los padres, en especial de la madre, es un factor que trae una serie de problemas para niño y niñas de corta edad. Ello porque esta privación de libertad implica tanto un castigo al padre como al niño”*<sup>45</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que para que dicho beneficio sea realmente favorable al niño o niña, debe ser acompañado de la adopción de todas las medidas necesarias para tener un entorno lo más adecuado para un niño o niña, en este sentido, existen una serie de tratados internacionales que tienen por objeto, precisamente, garantizar los derechos de la mujer en su labor de madre, un ejemplo de ello es la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), Tratado que establece *“el deber estatal general de garantizar servicios apropiados a la mujer embarazada, antes, durante y después del parto, incluyendo la alimentación adecuada durante la lactancia. **Esta norma es de aplicación general, por lo que también ampara a las mujeres privadas de libertad.** Por esto, el Comité CEDAW, que vigila el cumplimiento de dicho tratado, requiere a los*

---

<sup>44</sup> GIACOMELLO, Corina. Niña y niños que viven en prisión con sus madres. op. cit. p.85

<sup>45</sup> CORTÁZAR A. , FERNÁNDEZ P., LÉNIZ I, QUESILLE A., VILLALOBOS C. y VIELMA C. ¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad. Instituto de Políticas Públicas de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad Diego Portales., Santiago de Chile. 2015. p.4. [En línea] [Consulta: 7 de diciembre de 2020] Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=117002&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

*Estados que mantengan estadísticas precisas sobre mujeres privadas de libertad y su acceso a los servicios de salud*<sup>46</sup>. Esto da a demostrar que, independiente de que la madre esté en una situación carcelaria, se le deben otorgar todos los servicios básicos, para el bienestar de ella y el de sus hijos, por lo que supone y da indicios que el vínculo madre e hijos debe estar presente, pero para su correcto ejercicio y consecuencial impacto en el desarrollo del niño o niña, es imprescindible que se otorguen las medidas necesarias para ello.

En Chile, se permite que la madres privadas de libertad ejerzan el cuidado personal de sus hijos hasta los dos años de edad, medida que se desarrolla en lugares distinto al normal de las reclusas, lo anterior, según lo establecido en el artículo 19 del Decreto Supremo N° 518-1998, del Ministerio de Justicia, siendo este un Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en cual expresa lo siguiente: *“Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y 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”*. Existen lugares ambientados para afianzar y proteger a los niños y niñas que se encuentren dentro de un penitenciaro. En nuestro país, en la actualidad hay 32 centros especiales para la permanencia de mujeres junto a sus hijos, implementación que se ha llevado a cabo a través del programa “Creciendo Juntos” *“El programa cuenta con una dupla psicosocial por región (trabajadora social y psicóloga) más una gendarme, quienes deben acompañar a las mujeres en su proceso de embarazo y lactancia, abordando temáticas como crianza responsable, lactancia, apego, y velar porque se establezca una cuidadora fuera del recinto penal para cuando los niños/as estén por cumplir dos años. La alimentación, pañales, ropa y medicamentos que requieran los niños y niñas son entregados por Gendarmería a todas las mujeres que forman parte de Creciendo*

---

<sup>46</sup> MEZA-LOPEHANDÍA M., TRUFELLO P. y WEIDENSLAUFER C. 2019. Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad. Asesoría Técnica Parlamentaria. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Valparaíso de Chile. p.2.

*Juntos*<sup>47</sup>. Evidenciando que existen herramientas para asegurar una crianza adecuada según el contexto de privación de libertad en cual se encuentra la madre.

En conclusión, si existirían y se garantizarían los medios para un correcto ejercicio del cuidado personal de la madre privada de libertad y su hijo o hija, lo cual es crucial en los primeros años de vida, siendo este beneficio una promoción del Interés Superior del Niño, debido a que se vela por el buen desarrollo que deben tener los lactantes en sus primeros años de vida, lo cual repercute en todo su ciclo vital.

## **II. Argumentos en contra del beneficio penitenciario que concede el cuidado personal a las madres privadas de libertad.**

Por otra parte, algunos afirman que no es óptimo que un lactante conviva con su madre en un recinto penitenciario, pues se infringiría el Interés Superior del Niño, elaborando una línea argumentativa para corroborar aquello.

Primeramente, se apunta a la igualdad, derecho fundamental, inalienable, no tan solo de los niños y niñas, si no que del ser humano como tal, que nuestra Constitución Política de la República la consagra en su artículo primero al establecer que “las personas nacen, libre e iguales en dignidad y derechos”. En este sentido, afirman que un neonato o neonata al nacer en un contexto carcelario o crecer en él, ya creó una situación de desigualdad respecto a niños que nacen fuera de este contexto, afirmando que *“estos niños y niñas no nacen iguales, primero, porque nacen privados de libertad y porque se les restringe una serie de derechos que tienen que ver con vivir en un medioambiente libre, tener condiciones adecuadas para su salud, el poder tener contacto con sus familias, no*

---

<sup>47</sup> Orellana Camila. “Políticas Penitenciarias de Género para mujeres madres privadas de libertad”. Profesor: Eduardo Sepúlveda Crerar. Memoria de pregrado. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago, 2019, p.61.

*solamente con su madre, sino que el hecho de estar insertos dentro de un sistema social* <sup>48</sup> .

En razón de lo anterior, establecen que si bien es imposible desconocer que en los primeros años es importante que la madre este junto a hijo, evidenciándose muchísimos aspectos positivos para el lactante, el problema se suscita en el entorno en donde se genera el vínculo, pues este espacio no es el ideal para que un niño o niña se desenvuelva los primeros años de vida, debiendo tener presente que el lactante también se encuentra en un lugar donde personas están cumpliendo sus condenas por la comisión de un delito, es decir, están cumpliendo una pena que a la madre le corresponde, no al niño o niña, por lo tanto nacen insertos en un lugar que no les corresponde, cumpliendo una condena por infracciones legales no cometidas.

En segundo lugar, también se ve afectado otro derecho fundamental consagrado en el Artículo 19 numeral 10 de nuestra Constitución Política de la República, esto es, *“la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”*. En este sentido, si bien existen “herramientas” para tratar de aminorar esta situación como el programa “Creciendo Juntos”, esto no es suficiente, ya que no hay un pleno y completo desarrollo en las primeras etapas de la vida de una persona, el que se encontraría limitado por el sólo hecho de que su madre está privada de libertad, existiendo restricciones para el infante desde los primeros días de su vida, al encontrarse encerrado en el mismo entorno y al no recibir estimulaciones sociales o al interactuar con otros integrantes de su familia.

Así las cosas, y si bien el programa *“Creciendo Juntos”* hace realizables en un primer momento los derechos de la madre, demostrando que el cumplimiento

---

<sup>48</sup> ABARCA Vasti. Nacer tras las rejas: La realidad de los niños que viven encarcelados por los delitos de sus padres. Centro Regional de Derecho Humanos y Justicia de Género. 2019.

de la condena no excluye *per se* el ejercicio de la maternidad, en un segundo momento, al establecer el egreso del menor de edad, restringe el derecho consagrado en el artículo 19 n°10 de nuestra Carta Fundamental e ignora que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y medio natural donde debe desarrollarse el niño, lo cual afecta derechos de madres e hijos reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales que Chile ha ratificado<sup>49</sup>.

Así las cosas, es imposible desconocer la existencia de variados tratados internacionales ratificados por Chile, normativa nacional y programas gubernamentales que intentan aminorar el perjuicio que pueden llegar a sufrir estos niños y niñas dentro de un recinto penitenciario, sin embargo, en la práctica éstas no son aplicadas, incurriendo en infracciones al Interés Superior del Niño, puesto que las condiciones no son las óptimas ya sea en temas de salud, salubridad e incluso dignidad para el neonato o neonata, *“por otro lado, queda de manifiesto que los recintos penitenciarios no poseen los medios de salud apropiados para atender las necesidades de los lactantes y de las mujeres embarazadas o en proceso de parto, ante lo cual siempre hay que recurrir a una institución de salud externa, cuyo traslado se hace conflictivo y demoroso, ya que si un menor no tiene familiar directo que lo pueda llevar al hospital, debe ser acompañado por un gendarme. Por su parte, si es la mujer quien debe ser trasladada, deberá hacer uso de un chaleco amarillo que refleja su condición de privada de libertad pudiendo ser considerado un trato denigrante que vulnera su dignidad”*<sup>50</sup>.

En Chile, quedó de manifiesto que no se cumplen con los parámetros para que un niño nazca y se desarrolle mientras la madre esta cumpliendo una condena, lo cual se evidencia en el informe de la Secretaría de Servicios Sociales, el cual describe que *“las mujeres cuentan con celdas a veces individuales para ellas y sus hijos, y en otros casos son comunes, es decir, cohabitan varias mujeres*

---

<sup>49</sup> ORELLANA Camila. “Políticas Penitenciarias de Género para mujeres madres privadas de libertad”. op.cit., p.62.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 85



*con sus hijos dentro de un mismo dormitorio. En el caso de las embarazadas también tienen acceso a esto, dependiendo del centro penitenciario donde cumplan la condena. Lo mismo sucede en el caso de las madres con lactantes, esto genera sin duda hacinamiento en la sección. Muchas veces existe hacinamiento dentro de estas secciones por lo que las condiciones físicas dificultan todo el proceso. El espacio de los dormitorios no es suficiente para el desarrollo adecuado de los niños, ya que después de cierta hora (17:00hrs) no pueden salir de la sección materno-infantil, por lo que tienen menos espacio para recrearse. En la mayoría de los centros penitenciarios femeninos no existen espacios de recreación, ni áreas verdes, lo que hace que los niños no puedan desarrollar todas sus habilidades. Los dormitorios (celdas) tienen su propio baño, pero no cuentan con duchas, por lo que a los niños se los baña en bañeras dentro de los dormitorios o bien en la sala cuna, la cual es el único lugar con agua caliente”<sup>51</sup>. Este informe demuestra que por más que en la teoría se intente proteger el Interés Superior del Niño, en la práctica no cumple con los parámetros mínimos que un niño o niña este dentro de una cárcel, ya que bajo a esta descripción, es poco salubre para ellos, no tienen mayor estimulaciones al no tener un espacio propicio para ello, lo que sumado al hacinamiento en el que se encuentran, son factores suficientes para afirmar que estos infantes están siendo privados y vulnerados en sus derechos.*

En otros países, se ha llegado a la determinación de evitar derechamente que los niños y niñas estén dentro de un recinto penal, manteniendo el vínculo materno – filial, que no se deja de ser importante, pero a través de una relación directa y regular con la madre, cuestión que no implica el encarcelamiento del niño o niña. En este sentido, ORELLANA manifiesta que *“queda entonces de manifiesto que la cárcel no es un lugar adecuado para imponer responsabilidad penal a determinados colectivos especialmente vulnerables, como lo son las madres de niños/as pequeños, y que la opción tampoco es separar a estas madres de sus*

---

<sup>51</sup> MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, 2019. Estudio de Sistematización del Diseño e Implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos. Informe Final de Resultados en Chile, p.18.

*hijos, dado la importancia del vínculo filial para el Interés Superior del Niño durante sus primeros años de vida, por lo cual es importante presentar alternativas al respecto que vayan acorde a lo que exige la normativa internacional de derechos humanos que nuestro país ha suscrito y ratificado”<sup>52</sup>.*

Estas medidas alternativas, lo que buscan es que las madres estén presentes en los primeros años de vida de sus hijos, pero ya no dentro de la cárcel, sino que fuera de estos establecimientos, puesto que no hay que olvidar quienes son la prioridad en la adopción de estas medidas, en este sentido, la comunidad internacional a adoptado otros mecanismos, como lo son los “Programas comunitarios y residencias familiares”, establecidos en países como Polonia, Finlandia, Alemania, Inglaterra, Holanda, Australia, Estados Unidos, entre otros. Respecto de este último país, dichos programas “están presentes en 32 de los 50 estados. Estos programas alejan de la prisión a mujeres embarazadas o madres de niños pequeños, ofreciéndoles la oportunidad de cumplir sus sentencias dentro de una comunidad. En las residencias la madre y el niño comparten habitación, con el propósito de promover el estrechamiento de los lazos entre ambos. Los niños que participan de estos programas no necesariamente nacen en custodia, sino que a la madre se le permite integrar a sus hijos pequeños al programa, cuya estadía está condicionada a la duración de la sentencia de la madre y a la edad que tenga el niño. En general, estos programas están diseñados para mujeres con un historial de abuso de sustancias o procesadas por penas menores”<sup>53</sup>.

En razón de lo anterior, es dable afirmar que los países desarrollados han optado por evitar que los niños e incluso las embarazadas se encuentren bajo prisión, pues debería ser el último recurso, ya que es necesario que los niños y

---

<sup>52</sup> ORELLANA Camila. “Políticas Penitenciarias de Género para mujeres madres privadas de libertad”. op. cit., p.89.

<sup>53</sup> CORTÁZAR A; FERNÁNDEZ P; LÉNIZ I; QUESILE A; VILLALOBOS C; y VIELMA C. ¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad. op. cit., p.5.

niñas estén en un ambiente saludable para ellos, inclusive, países como Italia, Rusia o Argentina, contemplan la suspensión de la condena privativa de libertad, respecto a mujeres que estén embarazadas o que sean madres de hijos menores. En el caso de Italia es hasta los 6 años, en Rusia, donde llega a los 14 años y en Argentina 4 años<sup>54</sup>.

Por su parte, en nuestro país, a propósito del caso de Sayén (recién nacida cuya madre se encontraba privada de libertad al momento de su embarazo), existe una iniciativa para realizar una modificación a la Ley para regular de mejor manera este beneficio y, con ello resguardar efectivamente los derechos de los niños y niñas y también de sus madres. En este sentido, y para un mejor entendimiento, realizaremos un breve resumen del caso en cuestión.

Lorenza Cayuhán, era una mujer que se encontraba cumpliendo condenada por el delito de robo con intimidación en el Centro de Detención Preventiva de Arauco, ingresando a dicho centro embarazada. En este contexto, la mujer comenzó a tener contracciones durante una semana, sin ser atendida por profesionales, ya que no existían médicos especialista para asistirle dentro del recinto. En vista de la falta de profesional, fue trasladada de urgencia en un taxi, engrillada y custodiada por dos funcionarios de gendarmería, hacia el hospital Regional de Concepción, donde no contaban con camas disponibles, por lo que debió ser trasladada a la Clínica de la Mujer de la ciudad de Concepción. En dicho establecimiento, fue sometida a una cesarí de urgencia, encontrándose durante toda la intervención amarrada de pies, dando a luz en presencia de gendarmes. Posterior al nacimiento, se efectúa la separación de la madre y su hija, llamada Sayén, ya que la reclusa fue trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivo de otra

---

<sup>54</sup> CHILE, SENADO. LEY SAYEN: *ONG's aseguran que "no se trata de un perdono para las madres privadas de libertad sino velar por el bien superior del niño"*. República de Chile, Senado, 2019. Valparaíso de Chile. [En línea] [Consulta: 7 de diciembre de 2002] Disponible en: <https://www.senado.cl/ley-sayen-ong-s-aseguran-que-no-se-trata-de-un-perdono-para-las/senado/2019-08-02/123135.html>.

clínica por el diagnóstico de preeclampsia, mientras que la niña requirió de cuidados en una incubadora.

Este caso en particular, dejó en evidencia las carencias de nuestro sistema penitenciario, las que no garantizan el bienestar de las reclusas embarazadas y, menos aún, para que un lactante resida junto a su madre.

De lo anterior, WALSER, representante de la ONG Leasur, afirma que *“la presencia de los niños en las cárceles es un problema que se ha invisibilizado hace años, el que se ha acentuado considerando que desde el 2005 se observa un aumento de la población penal femenina. Estamos hablando de malas condiciones para llevar a término un embarazo. No se cuenta con la suficiente tranquilidad ni menos con elementos más básicos como son la alimentación y abrigo. Se pasa frío y hambre, lo que también termina por enfermar a los menores que viven hacinados igual que sus progenitoras. Como los lactantes no son reos, aunque vivan en las cárceles, no pueden ser atendidos por la red de salud carcelaria, entonces pasan dos situaciones: si el niño tiene un familiar fuera del recinto, se espera que llegue para que él se haga cargo mientras está enfermo; y de no contarse con ese apoyo externo, personal de Gendarmería debe coordinar el traslado del niño con el Centro de Salud Familiar (Cesfam) u hospital más cercano”*<sup>55</sup>.

A raíz de lo relatado, se presentó un proyecto ley por el Senador Alejandro Navarro que busca modificar dos aspectos:

1. El Código de Procedimiento Penal en el artículo 141, se pretende agregar una causal de improcedencia en la medida cautelar de la prisión preventiva, de mujeres imputadas ya sea que estén embarazadas o sean actualmente madres de niños o niñas menores de 3 años.

---

<sup>55</sup> CHILE, SENADO. LEY SAYEN. ídem.

2. Propone una nueva regla para ejecución de una pena, que busca suspender la condena respecto de aquellas mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de 3 años, hasta que el niño cumpla dicha edad, pudiendo prorrogar por tres años mas en caso del que niño o niña padezca al una enfermedad o discapacidad grave.

En este sentido, se afirma que el proyecto de Ley, llamada “Ley Sayén”, *“pretende que las mujeres embarazadas o con hijos e hijas hasta 3 años, no cumplirán su sentencia en un centro penal, ya que las cárceles no son un espacio que garantice que puedan desarrollarse plenamente en sus primeros años de vida. Nunca se habla de “perdonazo”, la propuesta es establecer otras formas a la privativa de libertad para que las mujeres puedan cumplir su pena, en beneficio del derecho de niños y niñas a crecer al cuidado de su familia y desarrollarse en un espacio libre”*<sup>56</sup>. Todo esto se da para que evitar que la relación madre e hijos se lleve a cabo bajo contexto carcelario y así los infantes puedan desarrollarse de manera plena, desarrollo que se ve limitado al interior de un centro penitenciario, permitiendo el acceso inmediato y menos dificultoso a centros de salud, mejorar las relaciones sociales y familiares, especialmente, con su familia extensa, toda vez que no hay que olvidar que para nuestro ordenamiento jurídico la familia es el núcleo fundamental y que el Interés Superior del Niño, es un principio rector a la hora de aplicar la ley.

En conclusión, para esta parte de la doctrina, no se desconoce el hecho de que es fundamental propiciar la relación materno – filial en las primeras etapas de vida, vínculo que debería mantenerse aún ante la privación de libertad de la madre, pero si a través del ingreso del niño o niña al recinto penitenciario se infringe el Interés Superior del niño debido a la falta de condiciones presente en dicho establecimiento, de manera que no se cumplen con los estándares donde un niño o niña pueda desarrollarse de manera óptima, como ocurriría con la situación carcelaria de nuestro país, es mejor optar por otras medidas para propiciar dicho

---

<sup>56</sup> CHILE, SENADO. LEY SAYEN. ídem.

vínculo, de manera que no involucre el ingreso del niño o niña al recinto penal, siendo la falta de condiciones carcelarias la precisa razón de que al día de hoy exista un proyecto de ley que pretende evitar la estadía de un infante dentro de una cárcel, a fin de evitar que sufra las consecuencias negativas ya enunciadas, como desigualdad, pérdida de libertad, falta de salubridad y de atención médica, barajando otras alternativas para la promoción de la relación madre - hijo.

## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Como se esbozó en los capítulos anteriores, la real controversia existente en el beneficio penitenciario en estudio, radica en la observancia o transgresión del principio del Interés Superior del Niño. En este sentido y con la finalidad de orientar el debate a lo acontecido en la realidad práctica, se analizará un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta y de la Corte Suprema que revoca la sentencia emitida por el tribunal de alzada, mediante el cual, se interpone primeramente un recurso de protección, el cual es acogido por la Corte de Apelaciones respectiva, ordenando el ingreso de un lactante de cinco meses al recinto penitenciario donde se encuentra su madre privada de libertad, haciendo uso del beneficio penitenciario en estudio, sentencia que posteriormente es revocada mediante apelación del recurso de protección ante la Corte Suprema, con un voto disidente.

#### **I. Desarrollo de las etapas procesales.**

En razón de lo anterior y para su mejor entendimiento, haremos un recorrido por cada una de las etapas procesales, de manera que nos permita identificar de mejor manera la fundamentación de los fallos en estudio y su posterior análisis.

#### **A. Causa Proteccional<sup>57</sup>.**

Causa comienza a través de requerimiento proteccional ante el Juzgado de Familia de Antofagasta, con fecha 26 de junio de 2008, procedimiento iniciado por

---

<sup>57</sup> Sentencia Juzgado de Familia de Antofagasta, dictada el 06 de noviembre de 2008. RIT P-925-2008.

remisión de antecedentes por parte del señor alcaide del Centro Penitenciario Femenino de Antofagasta, haciéndose parte de la causa el Servicio Nacional de Menores.

La presente causa tiene por objeto determinar la necesidad de una medida de protección a favor de un lactante de 5 meses de edad, el cual al inicio del procedimiento se encontraba dentro del Centro Penitenciario Femenino de Antofagasta, bajo el cuidado personal de su progenitora, quien se encontraba privada de libertad en el recinto mencionado, cumpliendo una condena de 541 días de presidio menor en su grado medio, por el delito de tráfico ilícito de drogas.

En este orden de cosas, en sentencia de fecha 06 de noviembre de 2008, el juez de la causa, ordena el egreso del niño del programa de residencias transitorias para madres privadas de libertad, decretando su ingreso al Centro de Tránsito y Distribución para Lactantes (CTL "Amor y Vida"). Fundamentando la dictación de la medida de protección en atención a que la progenitora padecería de trastornos de la personalidad, dependencia de drogadicción, alta impulsividad y autoflagelación, agregando que diversos informes evacuados en la causa, darían cuenta de una transgresión en los derechos del lactante al mantener el cuidado personal en su progenitora.

En razón de lo anterior, se vislumbra informe de habilidades parentales elaborado por profesionales de la Fundación "Tierra de Esperanza", pesquisando un debilitamiento en las habilidades parentales de la peritada, siendo catalogadas como insuficientes. En este sentido, y ante lo informado, sugieren se otorgue el cuidado personal del niño de causa en familiares que se encuentren debidamente capacitados para detentar el mismo, estableciendo especial énfasis en la búsqueda de adultos responsables a través de red de familia extensa que sean capaces de detentar un rol afectivo, protector y de crianza.



Contrariamente a lo señalado, trabajadora social, representante del programa de residencias transitorias para madres privadas de libertad, sugiere la mantención del niño en el programa en cuestión, con una proyección de ingreso hasta el año de edad, fundamentando lo anterior, en la necesidad de afianzar el vínculo básico de apego y propiciar la lactancia materna.

Sin perjuicio de lo anterior, sopesando los antecedentes que constaban en la causa, Tribunal ordena el egreso del niño, decretando a su vez, el ingreso a un centro de tránsito y distribución de lactantes, ordenando un régimen de relación directa y regular amplia entre el niño y su abuela paterna, con la finalidad de fortalecer la vinculación entre ambos y visualizar un posible egreso de la residencia en cuestión, hacia la red familiar. Asimismo, se ordena la medida cautelar de suspensión de la relación directa y regular entre el niño y su madre, por estimarse que se constituye como un peligro para el bienestar del niño. Lo anterior, bajo la argumentación de que *“la situación actual del niño al interior del Centro Penitenciario, se constituye en una grave vulneración de sus derechos a la integridad física y psíquica, toda vez que la madre no está en condiciones de crear un vínculo sano y perdurable con él, por tanto, privilegiando el Interés del Superior del Niño, se opta por poner fin a su situación carcelaria, implementando una solución que busque su integración con algún referente familiar de largo plazo ó, si ello no es posible, por su mantención en la institución que vele por ello, con miras a su desarrollo futuro, disponiendo su egreso a la brevedad”*.

## **B. Recurso de protección<sup>58</sup>.**

En atención a la sentencia dictada por el Juzgado de Familia de Antofagasta, se deduce recurso de protección en contra del Juez de la causa, por presunta transgresión al derecho contemplado en el artículo 19 número 1 de la

---

<sup>58</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, dictada el 25 de noviembre de 2008. Rol N° 657-2008.

Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

El recurso en cuestión es deducido por la Defensoría Penal Pública, en representación de la progenitora y del niño de causa, argumentando que la resolución emitida por el juez recurrido, en virtud de la cual, se dispuso la entrega del cuidado personal del niño a un hogar de lactantes y ordena la separación de su madre, medida que es catalogada por la parte recurrente como arbitraria y carente de argumentación, toda vez que únicamente se consideró la situación inicial de la madre, haciendo omisión a los informes respecto de su situación actual, avances y alcances de objetivos propuestos en el programa de rehabilitación en el cual se encuentra inmersa, así como tampoco se tuvo en cuenta la estrecha relación que ha forjado con su hijo y la necesidad de potenciar y fortalecer la relación materno – filial, optando por el distanciamiento categórico entre ambos, prohibiendo todo contacto, argumentando que dicha decisión afectará el posterior desarrollo del niño y es un atentado a su integridad psíquica, solicitando que se dispongan las providencias necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho y, en definitiva, se deje sin efecto la resolución del Juez de Familia.

En este sentido, el juez recurrido argumenta que la decisión fue ajustada a derecho, priorizando siempre los derechos del niño de causa, teniendo a la vista toda la prueba vertida, entre ellos, los informes aludidos por la parte recurrente. Sumado a lo anterior, fundamentan, además, que la interposición de un recurso de protección, no es la vía para impugnar las resoluciones judiciales, por lo que solicitan el rechazo del recurso interpuesto.

En atención a lo anterior, la Corte de Apelaciones de Antofagasta declara admisible el recurso interpuesto toda vez que éste procede siempre que se produzca una acción u omisión arbitraria o ilegal, que provoque una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías

dispuestas en el artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República, entre ellas, la señalada en el numeral 1, lo que sumado a las facultades propias de las Cortes de Apelaciones, cual es *“adoptar las medidas inmediatas que se estimen necesarias para el restablecimiento del derecho vulnerado, de manera que se asegure una oportuna protección del afectado”*<sup>59</sup>, se opta por declarar la procedencia del recurso interpuesto.

Resuelta la procedencia del recurso, los sentenciadores destacan que de la lectura de la sentencia emitida por el Juzgado de Familia de Antofagasta, se evidencia que la razón principal que se tuvo en consideración para adoptar la decisión impugnada, radica en la inhabilidad manifiesta de la progenitora para detentar los cuidados personales de su hijo, lo cual habría sido fundamentado por el recurrido en razón de la historia de vida de la madre, la cual dice relación con una historia clínica de consumo poliadictivo de sustancias, destacando su falta de adherencia e inconclusión a tratamientos de rehabilitación anteriores, inobservando la iniciación de un proceso de rehabilitación al interior del Centro Penitenciario, vigente al momento de la interposición de la causa proteccional, concluyendo el sentenciador que la relación materno – filial no está en condiciones de desarrollarse como un vínculo sano y perdurable en el tiempo, agregando que la situación del niño al interior del Centro Penitenciario, se constituye como una grave vulneración a sus derechos, por lo que, en razón del Interés Superior del Niño, se opta por poner término a su situación carcelaria, disponiendo su ingreso a residencia.

En este sentido, la Corte de Apelaciones estima como efectivo que el juez a quo consideró sólo la condición de drogadicta de la madre, por lo que, aún cuando su intención fue la de brindar protección del niño de causa, se ha incurrido en un acto arbitrario *“que afecta no sólo al lactante, sino también a la madre, pues la decisión tan categórica de separación y de incomunicación, pasaría a ser una*

---

<sup>59</sup> Considerando Primero. Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, dictada el 25 de noviembre de 2008. Rol N° 657-2008.

*condena más para la madre y una orfandad para el niño*<sup>60</sup>, evidenciándose de esta manera una trasgresión a lo establecido en el artículo 19, número 1 de la Constitución Política de la República.

En razón de los fundamentos anteriormente expuesto, los sentenciadores concluyen a través de una fundamentación sumamente categórica que, *“la relación madre-hijo es fundamental, independientemente de si la madre es drogadicta, delincuente, prostituta, etc. Especialmente, si el hijo es un recién nacido que requiere ser alimentado por ella. Hoy se considera que en los primero cinco años de existencia de una persona, es primordial el vínculo con sus padres y, en especial, con la madre, situación que tiene que ver con el desarrollo de la inteligencia emocional y con la integridad física y psíquica en aras de convertirse en un sujeto sano, sin traumas y normal. Por tal razón, **aparece como muy importante que el niño no sea separado de su madre en esta etapa de su vida, aún cuando esté en un Centro Penitenciario, porque lo determinante aquí es el vínculo entre ambos***<sup>61</sup>.

En vista de la tajante argumentación entregada, se dispone acoger el recurso de protección interpuesto, ordenando se deje sin efecto la sentencia dictada en la causa proteccional.

### **C. Apelación al recurso de protección<sup>62</sup>.**

En razón de la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la cual acoge el recuso de protección interpuesto, ordenando, inclusive, la revocación de la sentencia emitida por el juez de familia, se deduce recurso de apelación en contra de dicha resolución.

---

<sup>60</sup> Considerando Noveno. Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, dictada el 25 de noviembre de 2008. Rol N° 657-2008.

<sup>61</sup> Considerando Décimo. Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, dictada el 25 de noviembre de 2008. Rol N° 657-2008.

<sup>62</sup> Sentencia Corte Suprema, dictada el 26 de enero de 2009. Rol N° 7775-2008.

En la tramitación de la apelación deducida, la Corte Suprema estima que no es procedente la revocación de la sentencia emitida por el juez a quo y, menos aún, corresponde el pronunciamiento sobre el fondo de dicha resolución, toda vez que ésta no se encontraba ejecutoriada, existiendo otras vías procesales de impugnación acorde a la misma, como es el recurso de apelación.

En este sentido, se argumenta que además de que el mecanismo utilizado no corresponde a los medios de impugnación procedentes para ello, tampoco se reúnen los presupuestos necesarios para dar curso a un recurso de protección, toda vez que la actuación atribuida al juez de familia recurrido, no se constituye como un actuar arbitrario o ilegal, toda vez que su sentencia fue debidamente fundamentada y, además, corresponde a una atribución propia de los jueces de familia, por lo que *“lo acertado o no de la decisión debe ser resuelto en la instancia correspondiente”*<sup>63</sup>.

En razón de lo anterior, se decide revocar la sentencia apelada y, en su lugar, se rechaza el recurso de protección interpuesto. No obstante lo anterior, el fallo en cuestión es dictado con un voto disidente, el cual optaba por la confirmación de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, toda vez que existía un bien jurídico superior y se estaba ante una transgresión evidente al principio del Interés Superior del Niño, no debiendo perder el foco en que el niño de causa es un lactante de cinco meses de edad, que requiere ser alimentado por su madre, situación que se constituye como primordial para su salud y desarrollo, por lo que, a su juicio, ameritaba adoptar la correspondiente medida cautelar, mientras se deduce el recurso de apelación procedente respecto de la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, medio de impugnación acorde para el pronunciamiento sobre el fondo de dicho asunto, de manera tal que el resguardo y protección del niño en comento fuere inmediato a

---

<sup>63</sup> Considerando Séptimo. Sentencia Corte Suprema, dictada el 26 de enero de 2009. Rol N° 7775-2008.

través de la adopción de las medidas tendientes y concernientes para ese cometido, no manteniendo al niño en una situación aparentemente vulneratoria por cuestiones de forma, como es el hecho de no haberse utilizado la vía idónea para la impugnación.

## **II. Análisis de fallos.**

Como se esbozó en el apartado precedente, los fallos de nuestros tribunales superiores de justicia difieren a la hora de fallar, sin embargo, la Corte de Apelaciones entrega poderosos argumentos a favor del beneficio en comento, mientras que la Corte Suprema toma una posición más formalista en el sentido de no pronunciarse sobre lo favorable o nocivo de la decisión impugnada, sino que únicamente revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones por cuestiones de forma, no obstante, de dicha sentencia es posible obtener argumentación a favor del beneficio penitenciario a través de su voto disidente, estimando que tiene mayor importancia restablecer el derecho del niño aparentemente quebrantado, que mantener una situación presuntamente vulneratoria por no ser la vía de impugnación acorde para ello.

En este sentido, como ya señalamos, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta se observa una clara condescendencia con el beneficio penitenciario entregado a las madres privadas de libertad, estimándolo como una medida beneficiosa para los niños y niñas que pueden optar a él, toda vez que fortalecería la relación madre e hijo y propiciaría el apego, cuestión fundamental en los primeros años de edad. Así las cosas, los sentenciadores fundamentan su resolución a través de argumentación tajante al respecto, indicando que para el análisis de la procedencia del beneficio en comento, no se debiese sopesar únicamente la condición de la madre, como lo habría hecho el juez de familia, sino que el provecho que puede obtener el niño a partir de él, aludiendo inclusive, que es indiferente si la madre es delincuente, drogadicta o prostituta, toda vez que la

relación entre ambos es crucial para la etapa de desarrollo en la cual se dispone el beneficio penitenciario.

De esta manera, observamos que aún cuando no es la vía para impugnar una resolución judicial, la Corte de Apelaciones estima que la separación ordenada por el juez de familia es tan nociva para el niño de causa, que existiría incluso un actuar ilegal o arbitrario que transgrede derechos fundamentales, optando por acoger el recurso interpuesto, adoptando como medida necesaria la revocación de la sentencia del tribunal a quo para restablecer el imperio del derecho.

Por otra parte, vemos que la Corte Suprema toma una posición formalista a la hora de resolver el recurso de apelación interpuesto, optando por revocar la sentencia apelada bajo el fundamento de que la acción de protección no es el medio de impugnación acorde para la revocación o modificación de las sentencias emitidas por los tribunales de primera instancia, refiriendo que la decisión adoptada por el juez de familia malamente puede ser catalogada de ilegal o arbitraria para el cumplimiento de los presupuestos necesarios para conceder un recurso de protección, toda vez que lo por él realizado corresponde al cumplimiento de sus deberes como juez de la República, estando y cumpliendo con el pleno ejercicio de sus facultades. Sin perjuicio de lo anterior, refiere que al no ser el recurso de protección el medio idóneo para pronunciarse sobre el fondo de una resolución judicial, en la apelación formulada sobre el mismo, tampoco se hará lo propio, añadiendo que lo acertado o no de la decisión adoptada por el juez de familia se analizará en la instancia correspondiente para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, uno de los ministros conocedores del recurso, evidencia la urgencia de adoptar medidas tendientes a la protección del niño, estimando que la separación ordenada por el juez de familia es perfectamente considerable como una situación potencialmente vulneratoria o transgresora de los derechos del lactante, por lo que, independiente de que el recurso de protección

no sea el medio acorde para la impugnación de resoluciones judiciales, cierto es que se ha tomado conocimiento de una situación que puede afectar el normal desarrollo del niño de causa, toda vez que la relación materno – filial es crucial en los primeros años de vida, agregando el no menor antecedente de que se trata de un lactante, por lo que su alimentación depende de su madre, de manera tal que, a juicio del ministro de voto disidente, debiese priorizarse la situación de la que se ha tomado conocimiento, adoptando las medidas cautelares que permitan el restablecimiento del derecho presuntamente quebrantado, mientras se deduce el recurso de apelación procedente para le pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pero no porque no se haya realizado por la vía acorde para ese cometido, se va a obviar y mantener una situación aparentemente vulneratoria para el niño.

En este sentido, observamos que el ministro toma una postura más bien ecléctica al respecto, toda vez que no concuerda del todo con la apreciación realizada por la Corte de Apelaciones en cuestión, en el sentido de catalogar el actuar del juez a quo como un acto ilegal o arbitrario para dar con los presupuestos necesarios para la procedencia del recurso de protección interpuesto, lo que no implica desconocer la necesidad de adoptar medidas tendientes a la protección del niño de causa, que tampoco significa estimar la procedencia del recurso interpuesto, sino que únicamente la adopción de medidas tendientes a la protección del lactante, mientras se resuelve lo propio en la instancia acorde para ello.

En razón de lo anteriormente expuesto, observamos una Corte de Apelaciones sumamente categórica a la hora de priorizar, proteger y velar por la relación madre e hijo, no solo revocando la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, sino que además, enfatizando la priorización del Interés Superior del Niño a la hora de evaluar la procedencia del beneficio en cuestión, agregando que las condiciones de la madre pasan a un segundo plano en razón del provecho que significa para el lactante la mantención de sus cuidados personales en su madre. Mientras que, visualizamos a una Corte Suprema pasiva sobre el tema fondo,



priorizando la formalidad y utilidad de cada recurso, sin perjuicio del voto disidente que pesquisa una situación de posible transgresión en el niño que, a su juicio, requiere de la intervención de la justicia a través del establecimiento de medidas tendientes a su protección.

Por último, es importante tener a la vista la argumentación entregada por el juez de familia en sentencia de procedimiento de medida de protección, cual es la priorización del estado físico, psíquico, social, habitacional e historia de vida de la madre, siendo categórico en afirmar que la utilización del beneficio en cuestión no asegura ni otorga el establecimiento de un vínculo sano y perdurable entre ambos, estimando que los derechos del niño se encuentran vulnerados al interior del Centro Penitenciario, argumentos por los cuales ordena poner fin a su situación carcelaria, toda vez que su bienestar se encontraría mayormente resguardado en la residencia de lactantes, que bajo el cuidado personal de su madre, fundamentación que es perfectamente plausible para aquellos que visualizan el beneficio penitenciario en estudio como una transgresión al principio del Interés Superior del Niño.

## CONCLUSIÓN

En el presente trabajo de investigación, en el cual se ha realizado un análisis del beneficio penitenciario otorgado a las madres privadas de libertad, a la luz del cumplimiento o presunta transgresión del principio del Interés Superior del Niño, es dable en este sentido afirmar que dicho beneficio es implementado en pos de la promoción del principio en estudio, fundamentado en la necesidad de fomentar el vínculo filial, crucial para las primeras etapas de vida, por tanto, sin la instauración del beneficio penitenciario, las madres privadas de libertad se verían inevitablemente obligadas a ser separadas de sus hijos, lo cual no sólo provoca un daño psicológico a la mujer, sino que también, y muy especialmente, a los niños y niñas hijos de estas reclusas.

Sin embargo, y sin perjuicio de que el objetivo por el cual se instaura el beneficio es de indiscutible necesidad, ello podría ser perfectamente considerado como una situación transgresora al principio del Interés Superior del Niño, puesto que, dada la situación carcelaria y las precarias condiciones habitacionales con las que se cuentan en nuestro país, son factores que no permiten asegurar que en la cárcel el niño o niña tenga un ambiente óptimo para su desarrollo, cuestión fundamental para la promoción del principio en estudio.

Así las cosas, en el desarrollo de esta investigación, se analizó el significado del principio del Interés Superior del Niño, llegando a la conclusión que es un concepto abstracto e indeterminado, adaptable a toda circunstancia posible que pueda presentarse, en este sentido, tras la conceptualización realizada tanto por la doctrina y la jurisprudencia, es dable afirmar que se constituye como un principio rector que informa a todo nuestro ordenamiento jurídico, para la protección y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, velando así para su pleno desarrollo de acuerdo a la necesidades que se presenten caso a caso.

En razón de lo anterior, estamos frente a un principio que debe ser tomado en consideración en todas las decisiones judiciales o administrativas que digan relación con niños, niñas o adolescentes, siendo precisamente una de ellas, el cuidado personal, derecho/deber del que gozan los progenitores y en virtud del cual, nuestro ordenamiento jurídico a procurado entregar las directrices para su determinación, directrices que si son correctamente observadas, se estaría cumpliendo y velando con el principio en cuestión, siendo en esta materia donde se torna el foco de nuestro análisis, toda vez que uno de los aspectos que se tienen en consideración para la determinación de su ejercicio es, precisamente, la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del niño o niña y la posibilidad de procurar un entorno adecuado para su desarrollo.

En este sentido, podemos vislumbrar que dichos conceptos orientadores para su otorgamiento, pretenden asegurar el bienestar del niño, niña o adolescente y su desarrollo íntegro, por lo que, teniendo presente las condiciones carcelarias en las cuales se desenvuelven las madres privadas de libertad y sus hijos, en principio, no podría garantizar el entorno adecuado para su desarrollo, siendo discutible que un niño o niña pueda obtener un desarrollo íntegro si vive dentro de un recinto penitenciario.

Es por lo anterior, que ante este posible impedimento de asegurar un desarrollo íntegro y adecuado, se han dictado diversas normativas para evitar una posible transgresión al principio del Interés Superior del Niño, como lo es la Ley 20.034, el Decreto Supremo número 518-1998 y el programa “Creciendo Juntos”, los cuales pretenden adoptar centros penitenciarios para niños menores de 2 años, pues, como se dijo primeramente, es indiscutible la necesidad del vínculo materno – filial, el apego y la lactancia, todo lo cual es fundamental para el desarrollo sano e íntegro del niño o niña.

En este sentido, para un correcto análisis, es importante partir de la base de que el ingreso a recintos penitenciarios de estos niños y niñas es excepcional, y es precisamente por su característica de excepción que es necesaria la revisión o evaluación de su pertinencia por parte de los tribunales de justicia, evidenciando

que la consagración del beneficio en estudio está lejos de ser una decisión antojadiza o arbitraria, pues el principal análisis que se debe realizar es, precisamente, si ello es adecuado y óptimo para el niño o niña que se pretende ingresar al establecimiento penitenciario, siendo además evaluadas las condiciones y características particulares de la madre que opta al beneficio, todo lo cual eviencía que el espíritu del beneficio no está en la progenitora, sino que en el niño o niña y la promoción de su desarrollo de forma integral.

Ahora bien, analizando el presente beneficio en la práctica, es donde se demuestran las falencias del mismo, pues de acuerdo a los informes que versan y describen su implementación, dan cuenta de un hacinamiento evidente, falta de atención inmediata de salud y una carencia notoria de espacios para la recreación, todos factores que se estiman como insuficientes para asegurar un desarrollo y crecimiento pleno del niño o niña.

En este sentido y en razón del análisis plasmado en esta memoria, es dable concluir que si bien el vínculo materno – filial es fundamental y se debe velar por su promoción en razón de la importancia del mismo, lamentablemente, las condiciones carcelarias actuales en nuestro país, no permitirían asegurar, resguardar y promover un desarrollo adecuado en los niños y niñas sujetos del beneficio, toda vez que las situaciones habitacionales no son las óptimas, se le priva de un espacio recreacional y de estimulación temprana y carecen de atención médica inmediata en caso de urgencia, claro ejemplo de ello es el caso de Sayen, el cual dejó de manifiesto las carencias antes mencionadas y la necesidad de una ley que asegure de manera efectiva la formación de un vínculo materno – filial sano y perdurable en el tiempo, para lo cual se pretende eximir al lactante del ingreso a un recinto, optando por un cumplimiento de condena alternativo para mujeres madres de lactantes.

Tal sería la transgresión, que para algunos podría constituirse, inclusive, como una vulneración a principios y garantías fundamentales plasmadas en nuestra carta fundamental, como el artículo 1º que establece *“las personas nacen,*

*libres, iguales en dignidad y derechos*”, lo cual no se respetaría, ya que éstos niño y niñas nacen y se crían bajo un contexto de privación de libertad, a lo que además se agregaría una vulneración al artículo 19 numeral primero, derecho fundamental que describe la integridad física y psíquica, el cual también se vería transgredido por la falta de personal médico especializado en niños y niñas, como de mujeres embarazadas, sumado a las condiciones habitacionales presentes en el recinto. Así las cosas, existiría, además, una transgresión del artículo citado, pero esta vez en su numeral décimo, dado que el Estado no brinda el pleno desarrollo de la educación en las primeras etapas de vida dentro del recinto penitenciario.

Sin embargo, todas las falencias anteriormente descritas, dicen relación únicamente con el contexto carcelario, pero además es dable percibir otras dificultades, como es la privación al niño o niña de establecer otro tipo de vínculos de igual importancia, como es la vinculación con la familia extensa, privando al niño de la formación y percepción de figuras significativas para su vida.

En este sentido, podemos concluir que sin perjuicio de ser la relación materno – filial un factor crucial para el desarrollo íntegro de los niños y niñas, importancia que se intensifica en sus primeros años de vida, es tal la falencia en las condiciones carcelarias, que al parecer no compensa priorizar el ingreso del niño o niña al recinto para propiciar el vínculo y la lactancia, toda vez que traería consecuencias más nocivas aún para el menor de edad, lo cual deja en evidencia la urgencia de la generación de políticas públicas que se hagan cargo de aquello, requiriendo una reforma urgente, profunda y rápida en nuestro sistema carcelario, que permita mejorar las condiciones en que se encuentran, para poder asegurar una promoción del principio del Interés Superior del Niño, toda vez que, actualmente, y en las condiciones descritas, el ingreso de los niños y niñas a recintos penitenciarios no se constituiría como una solución acorde al mismo, aclarando, que dicha afirmación corresponde a una visión general del beneficio,

toda vez que la aplicación del mismo debe ser analizado en el caso a caso, pudiendo en muchos de ellos, resultar beneficioso su ingreso.

## BIBLIOGRAFÍA

ABARCA, VASTI. Nacer tras las rejas: La realidad de las niños que viven encarcelados por los delitos de sus padres. Centro Regiola de Derecho Humanos y Justicia de Género. 2019.

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. La filiación y sus efectos. Editorial Jurídica de Chile. 2000.

ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA. Efectos jurídicos del divorcio. AbeledoPerrot – Thomson Reuters. 2011.

ADALIST – ESTRIN, ANN. Biblioteca sobre hijos de padres encarcelados. Centro nacional de recursos para hijos y familias de personas encarceladas de la Rutgers University Camden. 2008.

BOTTO MUÑOZ, ENZO. “Madres privadas de libertad. Derecho al cuidado personal de los hijos y programa de residencias transitorias”. Universidad Alberto Hurtado. 2012.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 1, 1999.

CORTÁZAR, ALEJANDRA; FERNÁNDEZ, PAULA; LÉNIZ, IRENE; QUESILLE, ANUAR; VILLALOBOS, CRISTOBAL Y VIELMA, CONSTANZA. ¿Qué pasa con los hijos de las madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad. Instituto de Políticas Públicas de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad Diego Portales. 2015.

DEL PICÓ RUBIO, JORGE. Derecho matrimonial chileno. AbeledoPerrot – LegalPublishing, 2010.

Estudio de sistematización del diseño e implementación del piloto Línea Materno Infantil – Programa abriendo caminos. Ministerio de Desarrollo Social, Gobierno de Chile. 2019.

GIACOMELLO, CORINA. Niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada. Suprema Corte de Justicia de México, dirección general de estudios, promoción y desarrollo de los Derechos Humanos. 2018.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. El Interés superior del niño. Gaceta Jurídica, 2000.

JARA CASTRO, EDUARDO. Derecho Procesal de Familia: Principios Formativos, Reglas Generales, Procedimiento Ordinario. Editorial Jurídica de Chile. 2011.

LATRHOPE GÓMEZ, FABIOLA. Cuidado personal de los hijos. Análisis de la Ley del Matrimonio civil y Tribunal de Familia. Punto Lex S.A. 2005.

Lineamientos técnicos específicos para la modalidad de residencias transitorias para niños y niñas de madres recluidas. Departamento de Protección de Derechos, Servicio Nacional de Menores (SENAME). Gobierno de Chile.

LÓPEZ CONTRERAS, RONY. Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. En Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, volumen 13, N° 1, 2015.

LORCA, Rocío y VIAL, LUIS. Los derechos de las mujeres privadas de libertad con hijos lactantes. Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Nacional. 2012.



MEZA – LOPEHANDÍA, MATÍAS; TRUFELLO, PAOLA y WEIDENSLAUFER, CHRISTINE. Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad. Asesoría Técnica Parlamentaria, biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2019.

Observación General N° 14 (29 de mayo de 2013). Comité de los Derechos del Niño.

ORELLANA, CAMILA. Políticas Penitenciarias de género para mujeres madres privas de libertad. Memoria de pregrado. Universidad de Chile, facultad de derecho. 2019.

ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. Temas de Derecho de Familia. Sociedad Editora Metropolitana. 2007.

PETTIGIANI, EDUARDO. “El interés superior del menor ¿Es superior o todo interés?. Ponencia para X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Universidad de Cuyo. 1998.

RAVETLLAT BALLESTE, ISSAC y PINOCHET OLAVE, RUPERTO. “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Civil chileno”. En Revista Chilena de Derecho, volumen 12, N° 3, 2015.

QUINTANA VILLAR, MARÍA SOLEDAD. La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 43. 2014.

SANHUEZA, GUILLERMO; BRANDER, FRANCISCA y REISER, LAUREN. Encarcelamiento femenino en Chile. Calidad de vida penitenciaria y necesidades de intervención. En Revista de Ciencias Sociales, volumen 32, N° 45, 2019.

SCHMIDT HOLT, CLAUDIA y VELOSO VALENZUELA, PAULINA. La filiación en el nuevo derecho de familia. Editorial ConoSur. 2001.

SROUFE, ALAN y CAUSADIAS, JOSÉ. Encarcelamiento materno, separación y desarrollo infantil: Evidencia y Alternativas. Instituto de Desarrollo Infantil, Universidad de Minnesota. 2012.

### **JURISPRUDENCIA CITADA**

Sentencia Corte Interamericana de Justicia. Atala Riffo v/s Chile, de 24 de febrero de 2021.

Sentencia Corte Suprema. ROL N° 5245 – 2010, de 24 de septiembre de 2010.

Sentencia Corte Suprema. ROL 620 – 2010, de 03 de mayo de 2010.

Sentencia Corte Suprema. ROL 1384 – 2008, de 14 de abril de 2008.

Sentencia Corte Suprema. ROL 7775 – 2008, de 26 de enero de 2009.

Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt. ROL 195 – 2013, de 09 de junio de 2014.

Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta. ROL 657 – 2008, de 25 de noviembre de 2008.

Sentencia Juzgado de Familia de Antofagasta. RIT P-925-2008, de 06 de noviembre de 2009.

## LEGISLACIÓN CITADA

Constitución Política de la República. Editorial Jurídica de Chile, Septiembre de 2005.

Convención sobre los Derechos del Niño. Suscrita el 26 de Enero de 1990.

Código Civil. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Septiembre de 2020.

Ley 19.968. Crea los Tribunales de Familia. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 25 de Agosto de 2004.

Decreto Supremo N° 518 – 1998. Aprueba reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 21 de Agosto de 1998.

Código Civil español. España, Enero de 2021.

Código Civil y Comercial de la Nación. Argentina, Agosto de 2015.

Código Civil del Perú. Perú, Febrero de 2020.

Código Civil de Uruguay. Uruguay, Febrero de 2010.