

LOS EFECTOS DE LA LEY DE DROGAS EN MADRES EXTRANJERAS Y SUS HIJOS¹⁻²

THE EFFECTS OF DRUG LAW ON FOREIGN MOTHERS AND THEIR CHILDREN

Alejandra Zuñiga Fajuri*

Resumen:

El uso del derecho penal como herramienta de control del tráfico de drogas tiene consecuencias muy diferentes cuando se aplica a mujeres y hombres. Al ser ellas las principales cuidadoras, el impacto de la cárcel en el núcleo familiar es inmenso y, muchas veces, devastador y permanente. Este trabajo revisa los datos sobre crecimiento desproporcionado de la población carcelaria femenina de extranjeras a consecuencia de la Ley N°20.000 y la reciente reforma en materia de medidas alternativas, que dificulta a los jueces acceder a la solicitud de expulsión. Se repasan algunos estándares legales del derecho internacional sobre mujeres infractoras de ley para luego examinar el impacto intergeneracional de la cárcel y la necesidad consecuente de dar cumplimiento a las normas sobre derechos de niños, niñas y adolescentes.

1 Artículo recibido el 26 de septiembre de 2024 y aceptado el 23 de abril de 2025.

2 Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto ANID–Iniciativa Científica Milenio NCS2021_003, titulado “Núcleo Milenio para la Evaluación y Análisis de Políticas de Drogas”, del cual la autora es la investigadora responsable.

* Doctora en Derecho por la U. Autónoma de Madrid. Profesora e investigadora de la U. de Valparaíso.  0000-0001-9620-4910. Dirección postal: Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alejandra.zuñiga@uv.cl.

Palabras clave:

Drogas, Madres, Extranjeras, Niños.

Abstract:

The use of criminal law as a tool to control drug trafficking has very different consequences for women and men. Since women are the primary caregivers, the impact of prison on the family unit is profound and, in many cases, devastating and permanent. This paper reviews the data on the disproportionate growth of the female prison population as a result of Law N°20.000 and the recent reform on alternative sanctions that prevents judges from granting the expulsion request of foreign mothers. It reviews some legal standards of international law on women offenders. It also examines the intergenerational impact of imprisonment and the urgent need to comply with international and comparative law standards on children's rights.

Keywords:

Drugs, Mothers, Foreigners, Children.

1. INTRODUCCIÓN

El 14 de marzo del 2023, dos hermanos –una niña de 15 años y un niño de 13– murieron en un incendio que destruyó la casona donde vivían en Valparaíso. Los niños estaban solos pues su padrastro había viajado a Talca para visitar a la madre de los menores, que estaba presa por microtráfico³. De inmediato las noticias se llenaron de acusaciones de abandono y negligencia parental, sin embargo, pocos se preguntaron sobre la responsabilidad que tiene el Estado, y en particular los tribunales de justicia, cuando se priva de libertad a los únicos cuidadores de los niños y, más aún, cuando la madre estaba recluida en una ciudad distinta a la que viven sus hijos ¿qué ocurre con el derecho de los hijos a mantener una relación directa y regular con

3 BIO BIO (2024), s/p.

sus padres encarcelados? ¿Qué obligaciones tienen los tribunales respecto de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) a cuyos padres privan de libertad?

Las investigaciones muestran que los niños cuya madre ingresa en prisión de pequeños tienen más probabilidades que sus pares de tener dificultades en el futuro, como involucrarse en delitos, padecer problemas de salud mental, drogadicción, morir antes de los 65 años, ganar menos que sus homólogos cuando sean adultos y dejar de estudiar a una edad más temprana. Además, el hijo de una madre encarcelada experimenta más efectos negativos que el hijo de un padre encarcelado⁴. La evidencia internacional indica que los efectos adversos del encarcelamiento parental son mayores cuando es la madre la que está en prisión pues la mayoría de los niños y niñas viven previamente con ella⁵. Debido a esto, el aumento permanente del encarcelamiento femenino es una preocupación emergente en materia de política criminal y derechos de los NNA.

El número de mujeres encarceladas en el mundo ha crecido cerca de un 60% desde el año 2000, en un porcentaje muy superior al 22% de los hombres en igual período⁶. En Latinoamérica, la principal causa del encarcelamiento femenino es por delitos drogas⁷ y Chile es el país sudamericano con la más alta proporción de mujeres privadas de libertad, con un 8.2% de presas que, en su mayoría, cumplen también condena por delitos de drogas⁸. Según los datos del Ministerio de Justicia y DDHH, cerca de un 57 % de las mujeres que se encuentran recluidas en establecimientos penitenciarios, lo está por un delito asociado con la ley de drogas (Ley N°20.000). Además, aproxi-

4 MINSON (2019), pp. 519-536; BUSH-BASKETTE (2000), pp. 919-928; JOHNSTON (1996); Valenzuela et al. (2012), pp. 307-309; WOLA (2016); HUEBNER y GUSTAFSON (2007), pp. 283-296, y MURRAY, FARRINGTON y SEKOL (2012), pp. 175-210.

5 CREWE et al. (2017), pp. 1359-1378 y EPSTEIN (2014).

6 CASTRO (2019), p. 141.

7 INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (2023).

8 HIGHEST TO LOWEST-FEMALE PRISONERS (PERCENTAGE OF PRISON POPULATION), s/d.

madamente el 90% de las presas son madres y siete de cada diez tiene hijos menores de edad de los que son el principal sustento⁹. Así, el costo social de encarcelar a una mujer supera con mucho el costo de encarcelar a un hombre¹⁰.

Las normas internacionales de derechos humanos disponen que cuando un tribunal condena a un infractor de ley con responsabilidades de cuidado, tiene el deber de indagar sobre el impacto potencial de la sanción en sus hijos dependientes. El principio del interés superior del niño (en adelante, ISN) y el derecho del niño a la vida familiar requieren de una consideración jurídica específica e independiente por parte de los jueces a la hora de dictar sentencia. Pero ¿cómo debe considerarse en el fallo el impacto probable de la pena en los niños a cargo de la condenada? Más específicamente, cuando un tribunal decide sobre la condena a prisión de una mujer cuidadora ¿cómo debe sopesar el ISN frente a otras circunstancias, como la proporcionalidad de la pena o la seguridad pública?

Varios países del *common law*, Europa y también de Latinoamérica han construido estándares, tanto por vía jurisprudencial, legislativa o reglamentaria, para que los jueces penales discurren sobre el ISN cuando una madre cuidadora corre peligro de ser condenada a prisión. En Chile, sin embargo, no sólo no contamos con estándares, sino que además las recientes reformas legislativas en materia de tráfico de drogas han ido encaminadas en el sentido contrario. Así, la reforma del año 2021 que modificó la Ley N° 18.216 en su artículo 34, impide a los jueces hacer uso de la pena sustitutiva de expulsión a las madres extranjeras imputadas o condenadas por delitos sancionados en la ley de drogas (N°20.000), vulnerando directamente la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para las Mujeres delincuentes (conocidas como Reglas de Bangkok).

9 CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021), pp. 6, 7, 55 y 56.

10 WOLA (2019), pp. 35 y 36.

En las páginas que siguen se revisa esta problemática analizando, primero, los datos sobre crecimiento desproporcionado de la población carcelaria femenina a consecuencia de la Ley N°20.000 y la reciente reforma en materia de medidas alternativas que dificulta a los jueces acceder a la solicitud de expulsión de madres extranjeras. A continuación, se repasan algunos estándares legales del derecho internacional sobre mujeres infractoras de ley para luego examinar el impacto intergeneracional de la cárcel y la necesidad, consecuente, de dar cumplimiento con el derecho internacional sobre NNA.

2. CRECIMIENTO DESPROPORCIONADO DE LA POBLACIÓN CARCELARIA FEMENINA A CONSECUENCIA DE LA LEY N°20.000

En Chile, la tasa de encarcelamiento femenino ha aumentado desproporcionadamente en los últimos años. Según datos de Gendarmería, las mujeres en la actualidad representan al 7,6% de la población privada de libertad y en su mayoría cumplen condena por delitos tipificados en la Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹¹. Así, la entrada en vigor de esta ley en el año 2005 ha afectado principalmente a las mujeres, aumentando su criminalización y encarcelamiento a niveles nunca vistos. De hecho, antes de entrar a regir la Ley N°20.000, el promedio anual de condenadas en prisión se mantenía relativamente estable en 1.300 mujeres, situación que con posterioridad a su publicación aumentó progresivamente hasta aproximadamente 3.400 en promedio anual.

Como veremos, las mujeres pobres, mayoritariamente jefas de familia, se ven tentadas a ingresar a las redes del narcotráfico por los ingresos que se obtienen y porque pueden realizar el tráfico “desde casa”. Se trata de mujeres que acumulan una serie de desventajas sociales combinadas con situaciones de trauma y abuso en sus familias de origen o de sus parejas¹². Además, casi el 90% de las mujeres presas en Chile es madre y más de la mitad tuvo a su

11 GENDARMERÍA DE CHILE (2023).

12 FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2016); SANHUEZA et al. (2018) pp. 119-145.

primer hijo antes de los 18 años¹³. Asimismo, a diferencia de los hombres, la mayoría de las mujeres privadas de libertad se hacen cargo casi exclusivamente de sus hijos (cerca del 70%)¹⁴ generando, por la suspensión de la maternidad, consecuencias muy perjudiciales a nivel de vínculo afectivo. La evidencia muestra que la principal causa de sufrimiento para las madres encarceladas es por la separación de sus hijos y la angustia que les genera el tener que ejercer control parental desde la cárcel¹⁵.

3. REFORMA A LA LEY DE DROGAS Y ENCARCELAMIENTO DE MUJERES

Las alternativas a la privación de libertad en Chile se gestaron desde comienzos hasta mediados del siglo XX, casi de manera paralela a como se fueron desarrollando en los sistemas comparados. Las razones para su inclusión obedecen especialmente al carácter negativo de las penas privativas de libertad y a la necesidad de buscar mejores formas de reinserción social de las personas condenadas. En el año 1983 se gestó la modificación normativa más importante en la materia a través de la Ley N°18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Según la historia de la norma, la *ratio legis* consistió en el reconocimiento de la cárcel como una institución de contagio criminógeno y al medio libre como el apto para alcanzar la reinserción social y evitar la reincidencia futura. El nuevo ordenamiento contempló la remisión condicional de la pena y nuevas medidas como la reclusión nocturna y la libertad vigilada¹⁶.

En junio de 2012 se modificó la norma a fin de cambiar la denominación de “medidas alternativas” a “penas sustitutivas”, para saldar así la discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica. A partir de ese entonces no se trataron como beneficios, sino que como sanciones que se imponen en forma sustitutiva a la pena privativa de libertad originalmente

13 CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021), p. 5.

14 UNDURRAGA y CÁRDENAS (2014). pp. 286-309.

15 CREWE et al.(2017), pp. 1359-1378.

16 SALINERO y MORALES (2019),pp. 255-292.

impuesta, las que pueden ser revocadas en el evento de ser incumplidas. La reforma también amplió el catálogo de penas sustitutivas: remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, prestación de servicios en beneficio de la comunidad y expulsión en caso de extranjeros. A la vez que estableció un catálogo de delitos excluidos respecto a los cuales no procedía la aplicación de penas sustitutivas.

El año 2016, en el contexto de la llamada “Agenda Corta Antidelincuencia”, se dispuso que, en el caso de los extranjeros, se permitiría la sustitución de una pena igual o inferior a 5 años por la expulsión del territorio, en el evento de que el condenado fuera “no residente legal” (además de establecer la prohibición de reingreso al país por un plazo de 10 años). La regulación de la expulsión tuvo detractores durante la discusión legislativa, tanto del mundo parlamentario como académico. Se sostuvo que la reforma implicaba la renuncia del fin de “prevención general de la norma” pues la expulsión no permitiría cumplir con la función disuasiva de las penas al constituir más bien “una real invitación a cometer delito”¹⁷. Por esto, el año 2021 se modifica la Ley N°18.216 en su artículo 34 introduciendo un nuevo inciso por el cual la pena sustitutiva de expulsión no se puede aplicar en el caso de personas condenadas por delitos sancionados en la Ley N°20.000.

En efecto, el artículo dispone:

Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional. La sustitución se aplicará respecto del extranjero que resida legalmente en el país, a menos que el juez, fundadamente establezca que su arraigo en el país aconseje no aplicar esta medida, debiendo recabar para estos efectos un informe técnico al Servicio Nacional de Migraciones, el que deberá ser evacuado al tenor del artículo 129 de la Ley de Migración y Extranjería.

17 Ibid.

Y en su parte final, el precepto legal señala que,

No procederá esta sustitución respecto *de los delitos cometidos con infracción de la Ley N°20.000* y de los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, ni de los condenados por los delitos contemplados en el párrafo V bis, de los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, del Título octavo del Libro Segundo del Código Penal [resaltado propio].

Si se revisa la discusión legislativa de dicha norma, se puede observar que no se consideró, en modo alguno, el sexo de los condenados ni la afectación de los derechos del niño. La incorporación de una norma que dificulta la sustitución de la pena e impide a las madres extranjeras condenadas por delitos de drogas volver a sus países con sus familias, no tomó en cuenta el *efecto de la reforma en los niños* encarcelados con sus madres que, mayoritariamente, no sólo deben vivir en prisión con ellas, sino que luego de haber formado el vínculo afectivo y de apego más importante, son separados de ellas al cumplir los dos años, generándoles un trauma difícilmente reparable.

Incorporar las preocupaciones de género en la legislación y en la resolución de casos supone considerar, por ejemplo, la importancia que tiene para las madres las medidas alternativas a la prisión destinadas a mantenerlas fuera del circuito carcelario, evitando las nefastas consecuencias que tiene la cárcel para ellas y sus familias. Más aún si se trata de extranjeras que han ingresado a Chile sólo para transportar droga y mantener a sus familias, sin intención migratoria o de residencia y dejando a sus hijas e hijos en su país de origen con la expectativa de volver para continuar con su cuidado.

4. ESTÁNDARES LEGALES DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE MUJERES INFRACTORAS DE LEY

La Comisión Interamericana para el Control del Abuso de la Drogas define las medidas alternativas al encarcelamiento —siguiendo a la Oficina de las Naciones Unidas para las Drogas y el Delito (UNDOC)— como todas

aquellas medidas (que pueden ser reformas jurídicas, estrategias, programas o políticas) que buscan: i) reducir el procedimiento penal; ii) limitar el uso del encarcelamiento como retribución penal o como sanción, o iii) disminuir el tiempo efectivo de privación de libertad en el caso de encarcelamiento para personas que hayan cometido delitos relacionados con las drogas¹⁸.

En vista de los efectos perjudiciales y contraproducentes del incremento de la población carcelaria, la comunidad internacional sostiene que, a pesar de que el encarcelamiento puede ser necesario en caso de delitos violentos graves, es importante evitarlas políticas penales de mano dura y considerar la implementación de medidas sustitutivas al encarcelamiento y medidas alternativas no-punitivas, tanto en la etapa previa como en la posterior al proceso de justicia penal. Los estándares legales internacionales sostienen que las medidas no privativas de libertad deben considerarse como primer recurso e implementarse de manera que cumplan con los derechos humanos y el debido proceso legal. Las soluciones alternativas que abordan los riesgos y necesidades de las personas que entran en contacto con la ley generarán un mayor rendimiento para las comunidades en términos de cohesión social, reducción de costos y seguridad pública a largo plazo¹⁹.

Las elevadas tasas de crecimiento de la población de mujeres encarceladas, la evidencia sobre sus características criminológicas y sociodemográficas relacionadas con la decisión de delinquir, la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraban ellas y sus hijos, motivaron a la comunidad internacional, desde inicios de los años 90, a prestar mayor atención a las mujeres y niños que se encontraban en prisiones, a fin de identificar problemas y proponer soluciones específicas para ellos²⁰. El año 2011 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes. Estas reglas, conocidas como Reglas de

18 COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (2015), pp. 19-24.

19 UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2020).

20 VIEDMA (2019), pp. 10 y 11.

Bangkok, consideran las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal y la necesidad de priorizar, en su caso, la aplicación de medidas no privativas de libertad.

La normativa se refiere de forma particular a las mujeres embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel, extranjeras y pertenecientes a grupos minoritarios y pueblos indígenas. Así, sobre las mujeres extranjeras, la regla 53 señala que,

cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente. En estos casos, se estudiará la posibilidad de reubicar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes en su país de origen, en particular si tienen hijos en él.

Sobre las medidas no privativas de libertad, las Reglas de Bangkok abogan para que el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se elabore con reglas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena. Se deben concebir específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas (regla 57). También se respalda no separar a las mujeres de sus parientes y comunidades, prestando especial atención a su historial y vínculos familiares (regla 58). De este modo, cuando sea posible y apropiado, se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo²¹.

La Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) y el Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC, por sus siglas en inglés) recuerdan que las políticas de drogas deben ser integrales, tener perspectiva de género y basarse en un enfoque de salud pública y reducción de daños, con estricto apego a las obligaciones de los Estados en materia de

21 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2020).

derechos humanos e inclusión social. Así, se identifican una serie de ejes transversales que no pueden dejar de considerarse en las decisiones que se refieren a los delitos relacionados con drogas en el caso de las mujeres:

-Es fundamental el principio jurídico de que la herramienta penal debe ser utilizada solo como un recurso de última *ratio*. También es imperativo atender el enfoque de transversalización de género en el desarrollo, la implementación y la evaluación en las reformas de la legislación y las políticas de drogas. Puesto que el derecho penal se construye desde una mirada androcéntrica y el sistema penitenciario ha sido pensado por y para hombres, se hace necesaria una revisión con perspectiva de género de los delitos, las penas y los modos en que las personas que transgreden las normas pueden retribuir a la sociedad.

-En aras de minimizar sus efectos colaterales, las políticas de drogas deben reconocer el impacto diferencial e incremental de su aplicación sobre las mujeres y sus familias; las leyes y las políticas de drogas han de tomar en cuenta las condiciones de mayor vulnerabilidad de las mujeres indígenas, afrodescendientes, de la diversidad sexual, y embarazadas y madres con hijos/as lactantes, así como en situación de pobreza, desprotección y exclusión social.

-Las mujeres deberían tener un papel fundamental en la formulación, implementación y evaluación de las políticas de drogas; el enfoque de salud pública que debe guiar las políticas de drogas garantiza que prevalezcan las respuestas de inclusión social y de protección de la salud sobre las de carácter punitivo.

-Las políticas de drogas deben tener un enfoque en el desarrollo humano. Han de implementarse programas de desarrollo económico en áreas rurales donde prevalecen los cultivos dirigidos a mercados ilegales y en áreas urbanas marginadas donde existen mercados de drogas²².

22 WOLA (2016), pp. 35 y 36.

Sobre las extranjeras que, debido a la prisión, quedan detenidas interrumpiendo sus vínculos familiares, sociales e institucionales (como el caso de las “mulas” o correos humanos) se hacen las siguientes recomendaciones:

-Para el caso de mujeres extranjeras, si ellas dan su consentimiento, se debe facilitar que cumplan la condena en su país (mediante la transferencia internacional de personas detenidas por medio de cooperación bilateral). Incluso, se podrían adoptar políticas que sustituyan el procedimiento penal, como el decomiso de la droga y la repatriación al momento del arresto.

-Garantizar el acceso a los beneficios en la ejecución de la sentencia, y al derecho a la no discriminación por su nacionalidad, para obtener los beneficios penitenciarios como progresión de la sentencia, salidas temporales y libertad condicional.

-Desarrollar redes de apoyo social y económico para correos humanos de mujeres extranjeras, y asegurar que tengan acceso a traductores en el proceso legal.

-Activar indagaciones tendientes a establecer los casos en que las mujeres han sido forzadas a portar la droga, y activar mecanismos que garanticen la seguridad de la familia de las mujeres que han sido convertidas en correos humanos²³.

Hay varios ejemplos de políticas alternativas para las mujeres extranjeras que terminan cumpliendo el rol de “mulas”. En España, para penas de menos de seis años, la sentencia puede ser sustituida por su expulsión del territorio español. En Argentina, la ley permite la expulsión de las extranjeras no residentes al cumplir la mitad de la condena²⁴. Los organismos internacionales recomiendan no usar esta medida cautelar en caso de mujeres embarazadas o que tengan a su cargo personas dependientes (hijos, adultos mayores y

23 Ibid.

24 Ibid., p. 35.

personas con discapacidad). En estos casos, su aplicación ha de circunscribirse a la privación de libertad en su domicilio, a libertad vigilada o a la expulsión. Cuando se trata de mujeres madres y embarazadas, el encarcelamiento debe ser el último recurso o incluso debería evitarse por completo.

5. IMPACTO INTERGENERACIONAL DEL ENCARCELAMIENTO DE MUJERES EN SUS HIJOS

Existe evidencia sobre el daño que genera la prisión respecto a los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad. El impacto intergeneracional de la pena se produce cuando el Estado no considera el costo social de la pena pues, cuando se trata de mujeres cuidadoras, los perjuicios de la sanción exceden con mucho a la propia mujer. Las actuales políticas de droga en Chile criminalizan a las familias aumentando su condición de vulnerabilidad. Los estudios muestran el impacto demoledor y de largo plazo del encarcelamiento de la madre en la vida de los hijos²⁵. Y las consecuencias negativas se multiplican cuando la familia vive en el extranjero pues, debido a la distancia y la frontera, se produce un quiebre casi definitivo del vínculo con los hijos. De este modo, la sanción penal deja de ser personalísima y pasa a ser una sanción colectiva, una sanción a las familias. El encarcelamiento además es un factor de riesgo en el desarrollo del comportamiento antisocial de los hijos a consecuencia del trauma de la separación y la desestructuración profunda del vínculo.

La desintegración familiar, en el caso de mujeres extranjeras, se produce porque, aunque ellas buscan la permanencia del vínculo con los hijos, no les es posible mantenerlo debido a la frontera. El contacto frecuente con los hijos es crucial para ellas y disminuye los riesgos de suicidio y agresiones entre las internas. Cuando la distancia les impide recibir visitas, se genera un

25 VALENZUEL Aet al. (2012), pp. 307-309.

riesgo de desenraizamiento y abandono, haciendo peligrar cualquier proceso de reinserción²⁶. En especial, cuando además han sufrido abandono, abusos sexuales y violencia intrafamiliar²⁷.

Casi todas las mujeres manifiestan que lo que más les afectaba de estar privada de libertad es no poder estar con sus hijos²⁸. El dolor por la separación familiar es una constante durante el encarcelamiento, se pierden etapas importantes de sus seres queridos, y a pesar de que las comunicaciones son limitadas, muchas se arriesgan a conseguir y usar un teléfono celular, a pesar de las sanciones asociadas. La suspensión de la maternidad genera angustia y depresión profunda en las mujeres que se ven impedidas de ejercer control parental desde la cárcel²⁹.

Para una niña o un niño, la separación de su madre por la reclusión puede tener un impacto desolador. En muchos casos, la madre es la única persona adulta de la que dependen y la separación puede resultar en situaciones de pobreza extrema, institucionalización o vida en la calle. En 2010, la psicóloga brasileña Claudía Stella realizó un análisis de censos penitenciarios internacionales en el que demuestra que cuando el padre está preso, la mayoría de los niños y las niñas continúan siendo cuidados por sus madres; sin embargo, cuando se trata de un encarcelamiento materno, apenas el 10% queda a cargo de sus padres. Esta diferencia hace pensar en cómo penas igualmente estrictas para mujeres y hombres, van a castigar de diferente manera a hijos e hijas³⁰.

En el caso además de las madres extranjeras privadas de libertad por el delito de tráfico de drogas, los estudios muestran que la mayoría se han involucrado en el tráfico para aumentar sus ingresos económicos al ser jefas de familia³¹. Durante la privación de libertad, son sus madres, hermanas,

26 FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2016).

27 SANHUEZA et al. (2018), pp. 119-145.

28 Ibid.

29 COLLICA (2010), pp. 314-347; CREWE et al. (2017), pp. 1359-1378.

30 WOLA (2016), pp. 35 y 36.

31 FERNÁNDEZ (2019), pp. 219-234.

cuñadas, en unos pocos casos los padres y hasta vecinas del poblado o la comunidad quienes cumplen el rol de cuidadoras, y en casi todos los casos en los países de origen³². Por ello los niños, junto con perder a su madre, además se enfrentan a cambios que agregan estrés y trauma a sus vidas como el cambio de residencia, abandono del colegio o agresión y victimización escolar. También se producen problema de salud importantes como la depresión y drogadicción³³. En definitiva, para los niños la separación de su madre por la reclusión en la cárcel tiene, casi siempre, un enorme impacto y frecuentemente los hunde aún más en la pobreza, provoca su institucionalización o los obligar a vivir en la calle.

6. ESTÁNDARES LEGALES DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE NNA

Las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que se vulneran debido a la reforma del artículo 34 de la Ley N°20.000 son:

Artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los Órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá es el interés superior del niño (...). En todo momento, al preparar una decisión que tenga repercusiones fundamentales en la vida del menor, se deberá justificar y documentar la consideración del interés superior.

Artículo 8: 1. Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Artículo 9: Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley

32 ZÚÑIGA (2025).

33 VALENZUELA et al. (2012), pp. 307-309.

y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...) niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir con sus familias y el Estado debe prestar el apoyo necesario para que ello sea garantizado. De requerirse una separación, debe fundamentarse en su interés superior. Ningún niño o niña debe ser separado de su madre a menos que sea absolutamente necesario para su bienestar.

La Constitución chilena declara que la familia es núcleo fundamental de la sociedad (art. 1.2) y reconoce que la familia es objeto especial de protección constitucional. En la misma línea el Tribunal Constitucional ha reconocido “como un mandato para el juez” el tener “siempre” “en consideración principal, al momento de decidir sobre cuestiones de su competencia... el ISN”³⁴.

A su turno, la nueva Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia instituye que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de los niños y que en la interpretación de las leyes y demás normas y reglas referidas a los niños, se deberá atender especialmente a los derechos y principios contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales (TT.II.), en especial, la CDN (art. 3). La ley, además, prohíbe cualquier interpretación que afecte los derechos de los niños en su esencia; dispone el derecho a la igualdad y no discriminación por cualquier condición, entre otras, por aquellas relacionadas con el estatus de sus padres (art. 8); insiste en el rol protector de la familia y en el derecho preferente de los padres a cuidar de sus hijos y dispone que los órganos del estado deben entregar la debida prioridad a los niños en la formación y ejecución de las políticas públicas, en especial, cuando se trate de niños vulnerables (art. 16).

En definitiva, todas estas normas buscan instaurar un simple principio: que una condenada que es cuidadora debe ser sentenciada a prisión sólo si es absolutamente necesario pues los derechos de sus hijos se ven siempre

34 Tribunal Constitucional, Rol N°2867-2015, de 12 de abril de 2016.

comprometidos. Y, además, que los tribunales deben realizar un ejercicio de equilibrio entre los intereses amparados por la sanción penal y el interés superior del niño.

La reforma en comento fue aprobada sin considerar las normas citadas, que exigen a los jueces sopesar, de entre los numerosos factores que generalmente se consideran al resolver la imposición de una pena, las circunstancias personales del condenado, el interés superior del niño y su derecho a la vida familiar. A la luz de la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley de garantías, los jueces debieran tener siempre en cuenta los daños probables causados a los hijos de una imputada a la hora de dictar una sentencia penal, por lo que una norma como la del art. 34 de la Ley N°18.216, que impide a los jueces hacer esa evaluación, resulta inconstitucional.

7. CONCLUSIÓN

El sufrimiento de las mujeres extranjeras en prisión a consecuencia de la reforma a la Ley N°18.216 no cumple ninguno de los objetivos de una política criminal racional y eficiente. Las madres extranjeras, mayoritariamente primerizas y con un perfil criminógeno bajo, no se rehabilitan en prisión ni mejoran su capacidad para mantener a sus familias. Al ser sustancialmente fungibles dentro del escalafón criminal, encerrarlas genera un nulo impacto en la lucha contra el narcotráfico. Es más, la pobreza multidimensional en la que viven con sus hijos favorece un círculo de criminalidad intergeneracional permanente.

El inconmensurable daño que la política de drogas chilena causa a los niños implica una violación de sus derechos humanos. La actual política de drogas causa más perjuicios de los que puede prevenir pues el derecho penal tiene consecuencias muy diferentes para mujeres y hombres. Son ellas las principales cuidadoras de los niños, los enfermos y los ancianos, por lo que las repercusiones del encarcelamiento en los miembros de la familia y la comunidad toda son inmensas, a menudo devastadoras y permanentes.

Para las mujeres extranjeras encarceladas en Chile el impacto de la reforma ha sido enorme. Deportar a las mujeres extranjeras para que cumplan sus condenas en casa, donde pueden estar más cerca de sus familias, les daría una oportunidad. Las distancias se hacen casi insalvables cuando los muros de la cárcel, por no hablar de la frontera de un país, les niegan el derecho a mantener vínculos con sus hijos.

Es urgente reconocer que una gran parte de las mujeres encarceladas por delitos de drogas no son objetivos apropiados, sino actores menores que son castigados como chivos expiatorios de políticas criminales equivocadas. Urge una reforma legislativa adecuada y la formulación de políticas basadas en evidencia y acordes con la normativa internacional de derechos humanos. Dado que mantener juntos a las madres extranjeras y a los niños dependientes puede ayudar a mitigar el impacto del encarcelamiento, las alternativas para esta población merecen una consideración especial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSH-BASKETTE, Stephanie (2000): “The war on drugs and the incarceration of mothers”, en: *Journal of Drug Issues* (Vol. 30, N°4), pp. 919-928.

CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2018): “Reinserción, Desistimiento y Reincidencia en Mujeres Privadas de Libertad en Chile”. Disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2022/01/Estudio-Reinserción-Desistimiento-en-Mujeres-WEB.pdf> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD (2021): “Datos en perspectiva. Más allá del 8M. La condena penal y social de las mujeres privadas de libertad en Chile”. Disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2021/12/5.-La-condena-penal-y-social-de-las-mujeres-privadas-de-libertad-en-Chile.pdf> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

COLLICA, Kimberly (2010): “Surviving Incarceration: Two Prison-Based Peer Programs Build Communities of Support for Female Offenders”, en: *Deviant Behavior* (Vol. 31, N°4), pp. 314-347.

COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (2015): “Alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas”. Disponible en: <https://www.oas.org/ext/es/seguridad/alternativas-al-encarcelamiento#:~:text=derivaci3n%20o%20remisi3n%2C%20tribunales%20de,en%20enfoces%20de%20justicia%20terap3utica> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

CREWE, Ben, HULLEY, Susie y WRIGHT, Serena (2017): “The gendered pains of life Imprisonment”, en: *British Journal of Criminology* (Vol. 57 N°6), pp. 1359-1378.

EPSTEIN, Rona (2014): “Mothers in prison: The sentencing of mothers and the rights of the child”, en: *The Howard League for Penal Reform*. Disponible en: https://howardleague.org/wp-content/uploads/2016/04/HLWP_3_2014.pdf. [Fecha de última consulta: 15.10.24].

FERNÁNDEZ, Francisca (2019): “Mujeres y cárcel: Ser migrante e indígena en el norte de Chile”, en: *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* (Vol. 30 N°2), pp. 219-234.

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2016): *Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad* (Santiago de Chile, Fundación Paz Ciudadana y Fundación San Carlos de Maipo).

GARCIA CASTRO, Teresa (2019): “Pretrial detention in Latin America: The disproportionate impact on women deprived of liberty for drug offences”, en: *Women, Drug Policy And Incarceration Policy Brief*. Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2019/05/Pretrial-detention-in-Latin-America_June-2019.pdf [Fecha de última consulta: 11.04.25].

GENDARMERÍA DE CHILE (2023): “Estadística general penitenciaria”. Disponible https://www.gendarmeria.gob.cl/est_general.html [Fecha de última consulta: 15.10.24].

HUEBNER, Beth y GUSTAFSON, Regan (2007): “The effect of maternal incarceration on adult off spring involvement in the criminal justice system”, en: *Journal of Criminal Justice* (Vol. 35 N°3), pp. 283–296.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS (2023): “Women Deprived of Liberty in the Americas”. Disponible en: https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad_ENG.pdf [Fecha de última consulta: 15.10.24].

JOHNSTON, David (1996): “Interventions”, en: GABEL, Katherine y JOHNSTON, Denise (eds.): *Children of incarcerated parent* (New York, Free Press).

KAILAHEIMO-LÖNNQVIST, Sanna; KUJA-HALKOLA, Ralf; LARSSON, Henrik; LICHTENSTEIN, Pauly y LATVALA, Antti (2022): “Parental criminality and children’s educational attainment: A population-based extended family study”, en: *Journal of Criminal Justice* (N°81), pp. 1-7.

KURY, Helmut (2021): “Prisoners and Their Families: The Effects of Imprisonment on the Family”, en: KURY, Helmut y REDO, Slawomir (eds.): *Crime Prevention and Justice in 2030* (Londres, Springer), s/p.

MINSON, Shona (2019): “Direct harms and social consequences: An analysis of the impact of maternal imprisonment on dependent children in England and Wales”, en: *Criminology & Criminal Justice* (Vol. 19, N°5), pp. 519-536.

MURRAY, Joseph; FARRINGTON, David y SEKOL, Ivana (2012): “Children’s antisocial behavior, mental health, drug use, and educational performance after parental incarceration: A systematic review and meta-analysis”, en: *Psychological Bulletin* (Vol. 138, N°2), pp. 175-210.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2020): “Estrategia Hemisférica sobre Drogas”. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/AboutCICAD/BasicDocuments/Estrategia_Hemisferica_sobre_Drogas_OEA_ESP.pdf [Fecha de última consulta: 15.10.24].

SALINERO, Sebastián y MORALES, Ana María (2019): “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (N°52), pp. 255-292.

SANHUEZA, Guillermo y BRANDER, Francisca (2018): “Las mujeres privadas de libertad en Chile y sus necesidades de intervención”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (N°32), pp.119-145.

UNDURRAGA, Rodrigo y CÁRDENAS, Ana (2014): “El sentido del trabajo en mujeres privadas de libertad en Chile”, en: *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia* (N°9), pp. 286-309.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2020): “Prevención del delito y justicia penal. Alternativas al encarcelamiento”. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/CPCJ/E4J_CPCJ_Module_07_-_Alternatives_to_Imprisonment_-_Spanish_-_Final.pdf [Fecha de última consulta: 15.10.24].

VALENZUELA, Eduardo; MARCAZZOLO, Ximena; STUVEN, Ana María; LARROULET, Pilar y SIMONETTI, Estefanía (2012): “Impacto social de la prisión femenina, en Propuestas para Chile”. Disponible en: <https://justiciaysociedad.uc.cl/wp-content/uploads/2023/02/Impacto-social-de-la-prision-femenina-en-chile.pdf> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

VAN WORMER, Katherina y BARTOLLAS, Clemens (2021): *Women and the Criminal Justice System* (New York, Routledge).

VIEDMA, Antonio (2019): “Perspectiva de género y alternativas a las penas de privación de libertad en prisión: estrategias para mejorar los procesos de inserción y abandono del delito de mujeres”. Disponible en: https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2019/09/09_PERSPECTIVA_DE_GENERO-004.pdf [Fecha de última consulta: 15.10.24].

WOLA (2016): “Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento”. Disponible en: <https://www.wola.org/es/2023/11/gobiernos-de-america-latina-deben-liberar-a-mujeres-encarceladas-por-drogas/> [Fecha de última consulta: 15.10.24].

ZÚÑIGA-FAJURI, Alejandra; VARELA, Patricia; BOADO, Renata y ROMERO, Laura (2025): “Impact of the Drug Act on Foreign Mothers Incarcerated in Arica”, en: *Feminist Criminology*, s/p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal de Chile. Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874.

Decreto N°100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N°30, aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley de Hacienda N° 213, de 1953, sobre ordenanza de aduanas. Diario Oficial, 4 de junio de 2005.

Decreto N°830, promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Diario Oficial, 27 de septiembre de 1990.

Ley N°18.216, establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Diario Oficial, 14 de mayo de 1983.

Ley N°20.000, sustituye la Ley N°19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Diario Oficial, 16 de febrero de 2005.

Ley N°21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Diario Oficial, 15 de marzo de 2022.

Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y medidas No Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 65/229, 21 de diciembre de 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de abril de 2016, rol N°2867-2015.