Boletín N° 14.233-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Latorre, señora Muñoz, y señores Huenchumilla y Navarro, que modifica normas del Código Procesal Penal en materia de prisión preventiva.

Antecedentes

El encarcelamiento masivo es un problema actual que, además de inhumano, clasista e injusto, es una pésima respuesta al problema de la delincuencia, toda vez que genera efectos criminológicos, aumentando los niveles de violencia y delincuencia. Por lo mismo, si queremos construir una sociedad más justa, humana y con menos delincuencia, debemos implementar políticas públicas penales que vayan en la dirección de la descarcelación masiva[1].

Dentro del problema del encarcelamiento masivo, un punto especialmente crítico lo constituye la prisión preventiva que supone el encarcelamiento de personas de las cuáles aún no existe condena y cuya inocencia se presume.

Sin dejar de tener claridad sobre el problema central, esto es, el encarcelamiento masivo, y su casi necesaria consecuencia de hacinamiento, esta moción parlamentaria refiere, principalmente, a la situación de la prisión preventiva utilizando criterios de *lege ferenda* que buscan una disminución real al frecuente uso de esta. Asimismo, el proyecto busca hacer frente a los problemas de la prisión preventiva femenina, con perspectiva de género, toda vez que el encierro de las mujeres trae aparejadas consecuencias específicas que resulta imperioso atender.

La prisión preventiva en efecto, de hace un tiempo a la fecha ha sido desnaturalizada como herramienta de control y represión penal anticipada a la sentencia, generando una indeseada discriminación, y abuso en su aplicación, generando la agudización del ya crítico hacinamiento carcelario.

En este contexto, se proponen alternativas para la revisión y puesta en libertad de las personas. Modificar la regulación actual de la prisión preventiva y/o revisar aquellos casos que sean susceptibles de tener una pena sustitutiva; casos de personas sin antecedentes penales; casos en que se asegure su comparecencia al proceso por una medida cautelar más benigna; y/o, aquellos casos que hayan pasado un tiempo excesivo en prisión preventiva en comparación con la pena efectiva que arriesgan en el evento de ser condenados[2].

1 RIVERA, Iñaki (2017), *Descarcelación, principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical*); Valencia: Tirant lo Blanch.

2 Para la elaboración de la presente iniciativa se tuvo a la vista el oficio remitido por la Defensoría Penal Pública, Oficio Institucional Nº 609, de diciembre de 2020, así como el informe elaborado por el académico en Derecho Penal, Dr. Silvio Cuneo.

1. Concepto de encarcelamiento masivo y sus causas

No porque las cosas sean de una forma significa que deban ser así. La esclavitud, la pobreza, las injusticias sociales y la explotación, al igual que el encarcelamiento masivo, no son fenómenos naturales: son construcciones sociales que se pueden y se deben modificar. El encarcelamiento masivo es un fenómeno actual. Consiste en el encierro de un enorme número de personas en la prisión por parte de determinados estados. Se trata de una anomalía sin precedentes en la historia y es, sin duda, uno de los experimentos históricos más imprevistos y crueles de la era democrática[3]. Lo que produce el encarcelamiento masivo, en su aspecto cuantitativo, es la diferencia entre el número de personas que entra a la cárcel y el número –mucho menor- que sale de ellas. Mientras mayor sea la diferencia y el tiempo en que ésta se mantenga, mayores serán también los índices o niveles de encarcelamiento. En su aspecto cualitativo, el encarcelamiento masivo obedece a una política criminal que, sin atender a sus efectos, aumenta el punitivismo como respuesta a percepciones agigantadas del fenómeno de la delincuencia que suelen no tener un respaldo fáctico.

Las causas inmediatas se encuentran directamente en las legislaciones penales. Por ejemplo, en el amplio catálogo de delitos que se sancionan con penas privativas de libertad, en la larga extensión que tienen dichas penas, en la imposibilidad o dificultad de obtener formas de libertad antes de cumplida la condena, etc. Dentro de estas normas, un papel importantísimo en el encarcelamiento masivo lo desempeñan las leyes procesales que hacen que la justicia penal sea mucho más rápida permitiendo condenas privativas de libertad de manera expedita. En Estados Unidos de forma clara, pero también en otras latitudes, la Guerra contra las Drogas y las leyes que sancionan los delitos vinculados al narcotráfico son la causa directa más importante del aumento del encarcelamiento. Sin embargo, detrás de estas causas inmediatas hay un contexto más general que primero permite y aprueba, y luego exige y aplaude, el encierro. David Garland entiende que "el campo actual del control del delito es el resultado de opciones políticas y decisiones administrativas, pero estas opciones y decisiones están radicadas en una nueva estructura de las relaciones sociales y están coloreadas por un nuevo patrón de sensibilidades culturales"[4].

No debe confundirse encarcelamiento masivo con hacinamiento o sobrepoblación de reclusos en las cárceles, fenómeno este último que no necesariamente se vincula al alto número de presos de un estado determinado, sino a la presencia de más internos en las prisiones que aquellos para los que ha sido diseñada. Al sobrepoblarse las prisiones, las indignas condiciones de los internos se suelen agravar. Ambas situaciones muchas veces coinciden, pero esto no es siempre así[5].

3 WACQUANT, Loïc (2002), *Simbiosi mortale, Neoliberalismo e politica penale*, Ombre Corte, Verona, p. 44.

4 GARLAND, David (2005), La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona, p. 39.

5 Si bien no debe confundirse hacinamiento con encarcelamiento masivo, entre ambos conceptos hay una clara relación. Normalmente el mayor encarcelamiento será causa directa del hacinamiento. Como usualmente la

Las ideas que le dan soporte al encarcelamiento masivo no son compatibles con la noción de dignidad humana. El concepto de persona que se deriva de éste es uno que divide el mundo entre amigos y enemigos, entre nosotros y ellos, entre incluidos y excluidos. Detrás del encarcelamiento masivo está la lógica de la guerra, de la segregación y de la masacre. Conocidos los nefastos efectos que la prisión produce en quien la padece y en sus cercanos, el respaldo a las decisiones políticas que se traducen en el encierro masivo responde a procesos complicados. Dentro de la complejidad del fenómeno, hay también una banalización y un acostumbramiento al dolor ajeno. Así como ya nadie se sorprende por las escalofriantes cifras de muertes por desnutrición crónica en el mundo, ni por los bombardeos que matan constantemente a víctimas inocentes, ni por los millones de muertos por falta de acceso a los medicamentos, ni por la pobreza extrema en que vive un importante porcentaje de personas en el planeta, así también el sufrimiento de los presos en sus inhumanas condiciones parece no sorprender a nadie[6]. Esta indiferencia moral, esta banalidad del mal[7], es el racismo actual, "entendiendo por racismo una antropología de la desigualdad en función de la cual poblaciones enteras o categorías de personas pueden ser destruidas por ser consideradas humanamente inferiores y privadas de identidad y de la dignidad como personas. El racismo que subyace a esta aceptación y a esta indiferencia es en realidad un mecanismo político de exclusión basado en la negación de la humanidad de categorías enteras de personas"[8]. La crueldad del encierro se encuentra banalizada y normalizada. Ni las muertes en riñas y motines, ni las denuncias de torturas parecen escandalizar a nadie. La fatalidad se entiende como algo natural e imposible de combatir y se olvida que es consecuencia de decisiones políticas que mantienen y acrecientan las desigualdades. Tomemos como ejemplo reciente la resolución del 7º Juzgado de Garantía de Santiago que dió cuenta de condiciones infrahumanas en que viven los privados de libertad del módulo 88 en el Centro de Detención Preventiva Santiago 1[9].

El encarcelamiento masivo es en estos días un rasgo distintivo, quizá uno de los más importantes, del autoritarismo de los estados. Junto al encarcelamiento masivo, los estados extienden la red punitiva mediante la implementación de otras formas de control como: penas en libertad condicional o bajo fianza, monitoreos electrónicos, listados públicos de

construcción de nuevas prisiones no logra mejorar las condiciones de hacinamiento, es posible sostener que el hacinamiento es consecuencia necesaria del encarcelamiento masivo. Un desarrollo más detallado en CUNEO, Silvio (2018), Cárceles y pobreza. Distorsiones del populismo penal, Uqbar, Santiago de Chile.

6 El encarcelamiento masivo y las inhumanas condiciones de las prisiones constituyen una forma moderna y aceptada de tortura y, por lo mismo, la criminología debiera incluir en su objeto de estudio el encarcelamiento masivo como un crimen de estado. Wayne Morrison propone y promueve el desarrollo de una criminología global que asuma como objeto de estudio el "delito global" ampliando su horizonte a los crímenes de estado o a los crímenes de los mercados (Morrison, 2012 y 2014). Hasta ahora tanto el derecho penal como la criminología tradicional han centrado su estudio en delitos cometidos por particulares sin prestar mayor atención a las grandes masacres. Ante este silencio surgen voces que reclaman la criminalización de los genocidios, de las guerras de agresión, de los crímenes de estado, etc.

7 ARENDT, Hannah (2013), Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, Lumen, Barcelona.

8 FERRAJOLI, Luigi (2013), "Criminología, crímenes globales y Derecho Penal: El debate epistemológico en la Criminología Contemporánea", Revista Crítica Penal y Poder, nº 4, p. 85.

9https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2021/04/12/juez-denuncia-grave-violacion-de-derechos-fundamentales-en-modulo-de-cdp-santiago-1.shtml

condenados, etc. Asimismo, los estados más punitivos aumentan abruptamente los gastos del sector judicial, policial y penitenciario, llegando el propio aparato penal del estado a ejercer un rol central en la generación de empleos vinculados al control y al cumplimiento de las penas. El encarcelamiento masivo es el resultado de una política criminal equivocada que provoca más daño social que el que pretende contener.

El advenimiento del encarcelamiento masivo y el nacimiento de una retórica punitivista ha sido un proceso gradual, pero veloz, que fue posible debido a una mutación de las preferencias del público. Al mismo tiempo, el mayor punitivismo es también causa (no sólo consecuencia) de un giro autoritario de las opiniones públicas. La demostración más grosera consiste en la mediática y exitosa campaña de "tolerancia cero" que sólo triunfan en un contexto de desprecio por el delincuente, que reconoce su condición de enemigo haciéndolo desmerecedor de todo tipo de tolerancia.

En Chile, la respuesta que han dado las autoridades políticas al problema de la criminalidad ha sido la represión de un grupo de delincuentes que se identifican con un estereotipo social de criminal. Se trata en su mayoría de hombres jóvenes, provenientes de barrios pobres y marginales, de escasa educación, tez morena, rasgos indígenas, pelo tieso, modo de andar y de hablar típico de quienes habitan estos barrios. Con las leyes de control de estupefacientes, la persecución penal se ha extendido también a extranjeros inmigrantes y mujeres pobres. Esta respuesta ha sido promovida por distintos grupos e impulsada por los medios de comunicación.

El gran error de la respuesta punitiva chilena consiste en pretender atacar un problema centrándose casi exclusivamente en una parte de sus efectos. La respuesta ha sido equivocada en primer lugar porque con la mayor penalización se vulnera la dignidad de muchas personas y se violan los derechos humanos. Además, este análisis miope no consigue reducir los índices de delincuencia. De esta manera, el aumento del gasto público en represión y cárceles ha resultado inhumano e ineficiente. La persecución penal, y la cárcel como su consecuencia más extrema, recaen casi exclusivamente en los sectores más pobres de la población y se desatienden delitos perpetrados por personas que no cumplan con dichas características. El punitivismo a la americana que ha seguido Chile reproduce, a menor escala y con menos recursos, varios de los errores cometidos por las políticas punitivas llevadas a cabo en Estados Unidos. En ambos contextos, delincuencia y marginalidad social aparecen como sinónimos. Lo incomprensible es explicar por qué si la delincuencia se presenta como el gran problema de nuestros días, se desatienden sus causas sociales y se gastan enormes cifras en represión y castigos que sólo logran fortalecer el círculo vicioso y empeorar las cosas.

2. El proceso penal y la prisión preventiva

Un rol fundamental en los índices de encarcelamiento le cabe al proceso penal. Con la llegada de la democracia a Chile, los nuevos gobiernos se comprometieron con la modernización del

estado. Es en este contexto en el que se comienza a idear un nuevo sistema procesal penal, en principio más liberal y democrático. En dicho período también comenzó a cobrar especial importancia la delincuencia como tema que preocupaba a los ciudadanos y, por lo mismo, como cuestión central en la agenda política. La reforma penal, no exenta de contradicciones axiológicas, prometía ser más respetuosa de los derechos humanos y más eficiente con las demandas sociales de mayor control. Sin embargo, el propio mensaje presidencial del código procesal penal, de 9 de junio de 1995, reconoce que en el estudio y redacción del proyecto no invitaron a instituciones defensoras de derechos humanos[10].

Hasta antes de la reforma regía en Chile un sistema procesal penal inquisitivo en el que el juez tenía las funciones de investigar, acusar y sentenciar. En la práctica, debido a la enorme carga de trabajo de los jueces, gran parte de las actuaciones recaían en funcionarios judiciales que normalmente no eran abogados y que muchas veces carecían de formación jurídica. Asimismo, este sistema era muy ineficaz y solo el 30% de las causas terminaba con sentencia, en tanto el 70% restante eran sobreseídas.

El nuevo proceso penal prometía resguardar las garantías constitucionales y ser más eficiente que su antecesor. Para el cumplimiento de ambos principios, la reforma crea o restablece distintas instituciones: el Ministerio Público, como ente independiente encargado de la investigación y persecución penal; la Defensoría Penal Pública, encargada de brindar asesoría jurídica a todos los imputados; los Tribunales de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal. Se establecen además diversos mecanismos de justicia negociada, que en términos reales significan la posibilidad de condena a una pena atenuada a cambio de la renuncia al juicio por parte de los imputados. Este mecanismo con apariencia liberal –pues el imputado es libre de aceptarlo o no- ha resultado ser un factor determinante del encarcelamiento masivo al permitir condenar y encerrar con una premura sin precedentes.

Este punto evidencia la incompatibilidad en que se sustenta el nuevo proceso penal. Por una parte, se funda en el respeto por las garantías o derechos del ciudadano, pero, por otra parte, el principio de eficiencia, al poco andar, muestra que esa cara que busca la celeridad de los procesos –y de las condenas- puede perfectamente restringir las garantías procesales. En cuanto el garantismo, como principio, se opone a la eficiencia, el conflicto se ha ido resolviendo de manera progresiva en favor de la eficiencia.

Mientras se diseñaba la reforma procesal penal, los grupos más conservadores criticaron el nuevo modelo por considerarlo muy garantista. Se decía que el equilibrio entre garantía y persecución penal estaba desequilibrado favoreciendo extremadamente al primero. Tras veinte años desde su implementación, conocidos los niveles actuales de encarcelamiento, resulta difícil considerar garantista a un sistema penal que los números muestran como más punitivista. No obstante, si analizamos, por una parte, el tipo de condenados y sus características sociales y económicas y, por otra, quiénes son perfectos candidatos para salidas no punitivas, podemos concluir que este nuevo sistema puede ser más punitivo o garantista dependiendo de las características económicas

10 HERNÁNDEZ, A. (2002-2005). *El Nuevo régimen procesal penal chileno. ¿Justicia para todos?*, texto inédito, Valparaíso, p. 4.

y sociales del imputado. Antes de entrar en vigor la reforma, muchos se preguntaban si ésta favorecería o perjudicaría a los delincuentes (imputados o condenados). La práctica nos ha demostrado que la pregunta estaría mal formulada, toda vez que los favorece o perjudica según su clase social.

Este mayor punitivismo del nuevo proceso penal se ve alimentado por el miedo al delito y ha sido manipulado y direccionado en una clara orientación autoritaria. Asimismo, el inherente conflicto garantismo-eficiencia se resolvió a favor de esta última dejando cada vez más de lado los derechos y garantías de los imputados. El fenómeno, tal como lo advierte Garland[11], se mostró como un juego de suma cero en el que todo reconocimiento de garantías o derechos de los imputados se entiende como un desprecio por el dolor de las víctimas. Los gobiernos y los parlamentarios, aprovechándose del miedo ciudadano y del dolor de las víctimas, renunciaron a toda racionalidad y aceitaron la máquina punitiva. El nuevo proceso penal hizo posible y fue condición necesaria del encarcelamiento masivo en Chile y su instrumento predilecto fue la justicia negociada y la renuncia voluntaria al juicio contradictorio.

Dicha voluntariedad en la aceptación de responsabilidad, necesaria en los procesos negociados, resulta cuestionable, puesto que la alternativa a los procesos negociados es arriesgarse a penas elevadísimas. Así, la aceptación del procedimiento negociado (mediante el reconocimiento del delito) puede resultar la única posibilidad cierta de no tener que pasar enormes períodos de tiempo preso.

Uno de los principales efectos de la reforma fue el incremento cuantitativo y cualitativo en los ingresos y términos de los procesos judiciales[12]. A diferencia de lo que pasaba en el antiguo sistema, con la reforma el número de sentencias y de condenas aumentan en términos absolutos. En 1999 (un año antes de la entrada en vigor de la Reforma), la tasa de condenas en Chile era de 226 por cada 100.000 habitantes. Con la entrada en vigor de la reforma, la tasa de condenas aumentó año a año desde el año 2000 al 2009, llegando a una tasa sin precedentes de 1.467 (por cada 100.000 habitantes) en 2009, lo que significa 248.140 sentencias condenatorias ese mismo año[13].

Dentro de las múltiples alteraciones que se le han realizado al sistema penal, en 2005, se promulgó la Ley Nº 20.074 que modificó el código procesal penal y el código penal. Dicha ley amplió los supuestos de prisión preventiva quitándole su carácter de *ultima ratio.* Con la modificación del artículo 139 del Código Procesal Penal se establece que la prisión preventiva procederá -además del objeto que ya se establecía de asegurar las finalidades del procedimiento- para asegurar la seguridad del ofendido y de la sociedad. Asimismo, se modifican los artículos 140 y 141 intensificando su aplicación. Así, por ejemplo, se suprime el inciso del artículo 141 que

11 GARLAND, David (2005), La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona.

12 SALINERO, S. (2012). "¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal", Revista de Ius et Praxis, 18(1), p. 124, disponible en: http://148.215.2.11/articulo.oa?id=19723169005

13 Datos en Salinero 2012: 127. Las condenas no necesariamente implican una pena efectiva de prisión.

disponía que "[n]o se podrá imponer la prisión preventiva cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable".

En 2006, el Gobierno de Michelle Bachelet propuso un proyecto de ley que pretendía perfeccionar la reforma procesal penal. Se trata de la llamada primera Agenda corta antidelincuencia, que se materializó en la Ley Nº 20.253, que terminó aprobándose en 2008 y que fue publicada el 14 de marzo de dicho año con una clara orientación punitivista. El propio Ministro de Justicia de entonces, Isidro Solís, sostuvo el 8 de julio de 2006 que la finalidad de dichos proyectos era endurecer la política criminal para controlar la delincuencia. Al año siguiente, el Ministro de Justicia Carlos Maldonado sostuvo: Soy partidario, y trabajo en el parlamento para que se apruebe el proyecto de Agenda corta que establece criterios más rigurosos en materia de prisión preventiva. Algunos jueces son demasiado garantistas[14].

Dicha norma agrava la reincidencia de delitos graves, señala el peligro de fuga como nueva causal de la prisión preventiva, amplía las facultades policiales autorizando que ingresen y registren lugares cerrados, aún sin autorización de juez o de fiscal, cuando existan antecedentes de la comisión de un delito, etc. Se trataría, a nuestro entender, de normas inconstitucionales al vulnerar la inviolabilidad del hogar sin orden judicial. Además, esta ley introduce modificaciones que facultan a las policías a controlar la identidad cuando existan indicios de que los sujetos controlados hayan cometido o intentado cometer un delito. Se amplía el plazo de flagrancia de cualquier delito hasta doce horas. Asimismo, esta reforma aumenta las restricciones al otorgamiento de libertades y restringe las garantías individuales. Se trata, en términos generales, de una norma que aumenta el control penal.

Un estudio de Ulises Gómez[15] muestra que el 65% de las personas sometidas a prisión preventiva terminan sin una condena privativa de libertad, ya sea porque son absueltos o porque obtienen algún tipo de beneficio. Otro estudio basado en las estadísticas de la Defensoría Penal Pública[16] muestra que el 22% de los imputados absueltos estuvo en prisión preventiva.

Resulta inaceptable que condenados que pueden cumplir la pena en libertad -y con mayor razón quienes han sido absueltos- hayan debido estar en prisión en calidad de imputados. No puede defenderse, según criterios de racionalidad o proporcionalidad, que la "pena" de un inocente sea más gravosa que la pena de un condenado.

La propia falta de proporcionalidad hace incompatible este sistema con fines de la pena basados en la justicia o en principios retributivos. Asimismo, conocidos los efectos del encarcelamiento, tampoco resulta plausible encontrar criterios utilitaristas o preventivistas para defender esta

14 "Voy a ser bien directo: la prisión es un mal necesario", El Mercurio, 14 de julio de 2007, D 10. Resulta llamativo el título del artículo del exministro. Si efectivamente cree que la prisión es un mal necesario, ¿no debiera ésta aplicarse de manera excepcional y como ultima ratio? Ampliar los supuestos de prisión preventiva va justamente en la dirección opuesta, es decir, en la de encerrar con más facilidad a personas que técnicamente son inocentes y que, como lo demuestran las cifras, muchas de ellas terminan siendo absueltas. Aumentar los supuestos de la prisión preventiva significa invertir el principio in dubio pro reo por uno de in dubio pro carcerem.

15 GÓMEZ, U. (2012). "¿Cómo se justifica la prisión preventiva?", Nova Criminis, 3:203-318.

16 MEDINA, G. (2009). "Prisión preventiva y seguridad ciudadana: una corta agenda", Revista 93 de la Defensoría Penal Pública 1, Año 1, Santiago de Chile, p. 23.

situación. Simplemente estamos ante violencia estatal que no puede justificarse ni legitimarse. Se trata sólo de un fenómeno de poder y no de derecho.

En 2016, y bajo el segundo gobierno de Michelle Bachelet, se promulgó la Ley Nº 20.931, "que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos", conocida como la nueva o segunda Agenda corta antidelincuencia. Dicha norma, entre otras cosas, amplía las posibilidades de la justicia negociada, incluso ofreciendo la rebaja de un grado para quienes acepten no ir a un juicio contradictorio. Si bien medidas como éstas pueden suponer una menor pena en el caso concreto, dicho mecanismo posibilita el aumento de condenas con un menor esfuerzo y así puede favorecer el encarcelamiento masivo.

De alguna manera el Código procesal penal original contemplaba la prisión preventiva como una cuestión excepcional, pero sus modificaciones dieron más espacio a su aplicación. Por otro lado, también ha habido mucha presión e intervención de la clase política en la tarea de los jueces. Por lo mismo, jueces y juezas ya casi aplican la prisión preventiva automáticamente tratándose de delitos que pueden parecer muy graves (por ejemplo, los vinculados al tráfico, aunque se trate muchas veces de mujeres "burreras" o de los últimos eslabones -por lo mismo, los más sustituibles- de la cadena del tráfico).

Por múltiples razones, la prisión preventiva, como medida cautelar de la mayor intensidad y excepcional, se ha ido desnaturalizando como herramienta de control y represión, y se ha abusado de su aplicación.

3. El encarcelamiento femenino

Especial atención debe generarnos el encarcelamiento femenino, como resultado de las diversas legislaciones penales que castigan el tráfico de estupefacientes. Ya en 2004 el 53,6% del total de mujeres privadas de libertad era por infracción a la ley de drogas y estupefacientes[17].

El aumento sin precedentes del encarcelamiento femenino trae consigo efectos extremadamente perjudiciales para la vida de las condenadas, dado que haber estado en la cárcel acarrea una estigmatización social más intensa para ellas. Junto a eso, no podemos obviar el efecto perjudicial que tiene la encarcelación de mujeres, que, en nuestro contexto social androcéntrico, y dada la desigual carga de labores de crianza tiene sobre los hijos e hijas de las mujeres encarceladas y la consiguiente perpetuación de la exclusión, la violencia y la pobreza.

La Ley Nº 20.000, que sanciona diversos delitos de tráfico de estupefacientes, es una de las principales causas del aumento de los índices de encarcelamiento. El resultado de la guerra contra las drogas en los países que implementaron las políticas y los principios legislativos promovidos en su momento por EE.UU., se ha concretado en el encarcelamiento masivo de personas, incrementando particularmente, como algo novedoso, el encarcelamiento femenino,

17 STIPPEL, J. A. (2006). Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile, Lom, Santiago de Chile, p. 150.

llegando incluso Chesney-Lind[18] a sostener que la guerra contra las drogas es una guerra contra las mujeres. Esta situación del encarcelamiento femenino reviste especial gravedad, toda vez que la cárcel, desde sus inicios, ha sido "una herramienta dirigida fundamentalmente al control de la población masculina"[19]. La selectividad en las mujeres reclusas opera al encerrar muy especialmente a un grupo vulnerable que en su mayoría comparte tres características: son mujeres sin poder ni influencias, generalmente encarceladas por delitos vinculados al tráfico de drogas; han vivido en la pobreza; y en una elevada proporción pertenecen a grupos étnicos minoritarios[20]. La principal razón del porqué las mujeres cometen delitos vinculados al tráfico más que otros, se relaciona con un rol histórico que han debido cumplir. La mujer, que muchas veces es madre, encuentra mayores dificultades sociales y culturales para separarse de su maternidad (cuestión muy distinta para el hombre con la paternidad), y la actividad de tráfico de drogas, a diferencia de otros delitos, puede perpetrarse desde el hogar. Así, la mujer cumpliendo su rol de madre y de dueña de casa, con actividades vinculadas al tráfico de drogas puede generar ingresos sin tener que salir a buscar trabajo y desatender la casa y el cuidado de los hijos e hijas. En este mismo sentido, sostiene Anthony García[21], que "las limitaciones que acarrea la maternidad que las impide conseguir o conservar sus trabajos (…) explica el por qué eligieron actividades [de tráfico de drogas]". Además, por la propia condición desfavorecida que sufren las mujeres, lo normal es que su actividad en el tráfico corresponda a tareas subalternas y de gran visibilidad[22], lo que las hace sustituibles y fácilmente apresables.

Dada esta dinámica, el encarcelamiento de un significativo grupo de mujeres puede resultar particularmente lesivo, puesto que el encierro de las mujeres que son madres significa, o bien el encarcelamiento de su hijo o hija, o bien la separación de estos de su madre. Incluso algunas veces los hijos e hijas deben sufrir ambas situaciones, esto es, el encierro hasta que cumplan una edad determinada, que varía de legislación en legislación (2 años, por ejemplo), y luego la separación de su madre, con los efectos traumáticos que esto puede generar tanto para el hijo o hija, para la madre y para los demás miembros de la familia.

4. "Inocentes" presos

Entre las consecuencias más graves del aumento el uso de la prisión preventiva está, por una parte, el aumentar las posibilidades de que les sea aplicado a personas que luego serán

18 CHESNEY-LIND, M. (2003), "Imprisoning Women: The Unintended Victims of Mass Imprisonment", e M. Chesney-Lind, & M. Mauer, Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment, New Press, New York.

19 RIVERA, Iñaki (2009), La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria. Volumen I; con prólogo de Roberto Bergalli y Massimo Pavarini, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 264.

20 Carlen, citado en Rivera, 2009: 264.

21 ANTONY GARCIA, C. (2002), "Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas". En A. Facio, & L. Fries, Género y Derecho (págs. 511-516), LOM / La Morada, Santiago, p. 512.

22 MAQUEDA ABREU, M. (2014). Razones y sinrazones para una criminología feminista, Dykinson S.L., Madrid, p. 247.

condenadas, pero a penas no privativas de libertad, o que derechamente le sea aplicada como medida cautelar a personas que luego no deberán cumplir condena alguna.

En el caso de aplicarse una medida cautelar como la prisión preventiva a personas que pueden acceder a una pena sustitutiva resulta un despropósito y contraviene principios básicos de proporcionalidad. La situación resulta aún más indignante cuando la persona que estuvo sujeta a prisión preventiva no resulta condenada.

La Defensoría Penal Pública desarrolló el proyecto "inocentes", donde se recoge información de personas que han estado encarceladas en prisión preventiva y, sin embargo, no han sido condenadas. Las estadísticas de la Defensoría Penal Pública muestran una tendencia al alza en esta situación. En concreto, en 2007, el número de personas que estuvo en prisión preventiva sin que ulteriormente haya sido condenada fue de 1.339. Para 2017 el total aumentó a más del doble, esto es, 3.092 personas estuvieron en prisión sin llegar a ser condenadas.

5. Propuesta de *lege ferenda*

Si bien, el problema del encarcelamiento masivo debiera abordarse con la implementación de políticas públicas respetuosas de la dignidad humana y, en ese sentido, se debieran modificar numerosas normas, tanto sustantivas como adjetivas, además de establecer una ley penitenciaria respetuosa de normativa internacional, la presente moción se limitará a abordar sólo un punto de este tema, a saber, el relativo a las prisiones preventivas.

Para evitar el uso desproporcionado de la prisión preventiva se deben establecer parámetros muy claros para que jueces y juezas, usen otras medidas cautelares en general, reservando la prisión preventiva (como enseñan manuales y tratados de derecho procesal penal) para situaciones muy excepcionales. En sintonía con varias de las sugerencias de la Defensoría Penal Pública se podrían incorporar a nuestra legislación los siguientes criterios:

1. Reservar la prisión preventiva exclusivamente para aquellos delitos que tengan una pena cuya duración no sea menor a la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo.
2. Establecer, como regla general, la improcedencia de la prisión preventiva respecto de personas con problemas graves de salud física y/o mental, en términos generales y, en casos específicos -como una pandemia, por ejemplo- establecer el mismo criterio respecto de enfermos crónicos cuya situación pueda ser muy vulnerable en caso de contagio. Esta limitación se justifica en relación con la proporcionalidad, como principio cardinal del Derecho Penal y Procesal Penal, toda vez que no puede, en ningún caso, establecerse una medida cautelar que constituya un serio riesgo para la vida e integridad física del imputado o imputada.

4. Establecer, como regla general, la prohibición de decretar la prisión preventiva para personas que no tengan antecedentes penales. Sin perjuicio de un precepto general en este sentido, establecer la posibilidad de que el juez fundadamente considere necesaria la medida para asegurar el resultado del juicio y en consideración a la gravedad del delito.
5. Establecer revisiones de oficio cada 3 meses, donde debe siempre considerarse el solo paso del tiempo como un cambio en las circunstancias, debiendo el Ministerio Público probar nuevos antecedentes que hagan recomendable mantener la prisión preventiva.
6. Establecer de manera categórica que, en términos generales, no procederá la prisión preventiva para personas mayores de 60 años. En este caso, al igual que respecto de las personas que no tienen antecedentes penales, establecer una excepción que entregue al juez o jueza la posibilidad de fundamentar una decisión de excepción a la regla general.
7. Asimismo, establece de modo general que no procederá la prisión preventiva cuando el imputado sufra de problemas graves de salud física, mental o por la concurrencia de ambas, o que -por otras circunstancias sanitarias- el imputado se encuentre en un situación de vulnerabilidad, como en el caso de los enfermos crónicos.
8. Modificar el artículo 149 del Código procesal penal que concede la facultad al Ministerio Público de apelación verbal contra la resolución que niega la prisión preventiva, tratándose de ciertos delitos, sin que en tales casos el imputado pueda ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución para dejar en manos del juez o jueza de Garantía la decisión de la medida cautelar aplicable, sin perjuicio de lo que se decida por parte de la respectiva Corte de Apelaciones. La razón de esta modificación responde a que no debe depender puramente del Ministerio Público la decisión de una medida cautelar.
9. Establecer que los jueces y juezas de garantía valorarán los delitos imputados, a efecto de decretar medidas cautelares, según la correspondiente sanción establecida en la ley penal ordinaria.
10. Incorporar una regla que establece como requisito de la sentencia que declara la prisión preventiva, una fundamentación en torno a los motivos por los cuales se estima que no es suficiente la medida de arresto domiciliario u otra medida cautelar, para los fines cautelares buscados.
11. Establecer, como regla general, que no procederá la prisión preventiva respecto a madres o padres que estén a cargo del cuidado de sus hijos o hijas menores de edad. Como la finalidad de esta norma es el interés superior del niño y niña, se establecen excepciones en atención a la gravedad de los delitos o el interés superior del niño o niña.

Por tanto, vengo en presentar el siguiente proyecto de ley.

Artículo único.- Modifíquese el Código Procesal Penal en los términos siguientes:

1. En el artículo 140, para incorporar un nuevo inciso del siguiente tenor:

   “El tribunal, en caso de conceder la prisión preventiva, deberá fundamentar su procedencia explicitando el cálculo mediante los factores y reglas de determinación, que justifiquen la pena probable en concreto, la proporcionalidad de la cautelar en relación a ésta y los motivos por los cuales se estima que no es suficiente la medida de arresto domiciliario u otra medida cautelar para los fines cautelares buscados.”.

2. En el artículo 140 letra a), a continuación de la expresión “delito que se investigare” y antes del punto y coma, se agrega un punto seguido y la siguiente frase: “En caso que el tribunal estime una calificación jurídica del delito, un grado de desarrollo o una forma de participación diferentes de aquellos por los cuales formalizó el Ministerio Público, para determinar la procedencia, o no, de una medida cautelar y su entidad, deberá estarse a la resolución del tribunal”.

3. En el artículo 141, para agregar un literal d) del siguiente tenor: “Cuando bajo el examen o revisión del Juez, ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la pena probable en concreto que merecería el imputado en el evento de ser condenado”.

4. En el artículo 141, para reemplazar las letras a), b) y c) actuales, por las siguientes:
   a. “Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo según la ley penal ordinaria;
   b. Cuando se tratare de un delito de acción privada, y
   c. Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas o sustitutivas a la privación o restricción de libertad.

5. En el artículo 141, para agregar un literal e) del siguiente tenor: “Cuando el imputado esté a cargo del cuidado de sus hijos o hijas menores de edad. En todo caso, el juez podrá considerar otros antecedentes relativos a asegurar el resultado del juicio, la gravedad del delito y el interés superior del niño o niña.”

6. En el artículo 141, para agregar un literal f) del siguiente tenor: “Cuando el imputado sufra de problemas graves de salud física, mental o por la concurrencia de ambas, o que por otras circunstancias sanitarias, el imputado se encuentre en un situación de vulnerabilidad, como en el caso de los enfermos crónicos. En todo caso, el juez podrá considerar otros antecedentes relativos a asegurar el resultado del juicio y a la gravedad del delito.”

7. En el artículo 141, para agregar un literal g) del siguiente tenor: “Cuando el imputado no tenga antecedentes penales o sea mayor de 60 años, situación que en todo caso podrá ser ponderada por el juez de la causa en caso de existir la sospecha fundada respecto a la gravedad del delito que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva.”

8. En el artículo 141, para agregar un nuevo inciso final del siguiente tenor: “El juez no deberá tomar en consideración los supuestos de improcedencia de la prisión preventiva en los casos de imputados por violaciones a los derechos humanos”

9. En el artículo 145, para sustituir en su inciso segundo la palabra “seis” por “tres”.

10. En el artículo 149, en su inciso segundo, para agregar, a continuación del punto aparte, que pasa a ser punto seguido, la siguiente frase. “Con todo, esta disposición sólo procederá en los casos en que, conforme a lo dispuesto en el artículo 140 letra a), el tribunal esté de acuerdo con la calificación jurídica efectuada por el Ministerio Público en la formalización o, discrepando de ella, estime, sin embargo, que se trata de la comisión de alguno de los delitos mencionados precedentemente”.