Concepción, catorce de febrero de dos mil diecisiete.

Visto:

A fojas 1 comparece don ALEJANDRO NAVARRO BRAIN, Senador de la República, domiciliado en calle Las Heras N°305 Penco, interponiendo recurso de protección en favor de la niña recién nacida S.I.N.C., hija de LORENZA BEATRIZ CAYUHAN LLEBUL, en contra de Clínica Sanatorio Alemán de Concepción, representada legalmente por su Gerente General Jorge Plaza de los Reyes Ulloa, y por el Presidente de su Directorio Javier Álvarez P., ambos domiciliados en Pedro de Valdivia N° 801 Concepción; y en contra de Gendarmería de Chile, representada legalmente por Jaime Rojas Flores, ambos domiciliados en Rosas 1264, Santiago Centro, y contra el Director Regional de Gendarmería de la VIII Región, Christian Alveal Gutiérrez, domiciliado en Barros Arana 1019, Concepción, argumentando que la menor, no estaría en condiciones de ser dada de alta por su estado de prematura y que, en todo caso, no podría ser separada en tal condición de su madre. Afirmó que los hechos que expone provocan una restricción, amenaza y vulneración del derecho a la integridad física y psíquica y vida, así como el derecho a la igualdad ante la ley, garantizados en los numerales 1 y 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Indicó que Lorenza Cayuhan se encontraba privada de libertad en virtud de condena en una causa criminal, en el Centro de Detención Preventiva de Arauco y que, durante el trabajo de parto de su hija S., fue trasladada hasta la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán de Concepción, sufriendo un trato reñido con la dignidad humana, lo que fue conocido a través de la acción constitucional de amparo rol N° 330-2016 de esta Corte. Añadió que S. nació prematura (de 7 meses) y ha estado desde su nacimiento en dicho recinto hospitalario, mientras que su madre casi fue trasladada al CDP de Arauco, peligrando con ello el amamantamiento, apego y cuidados permanentes, imprescindibles para su integridad física, psíquica y vida.

Señaló que la inminente separación de madre hija se pudo evitar mediante un recurso de protección (Rol 20145-2016) y otro de

amparo (Rol 336-2016), y concretamente una orden de no innovar en el recurso de protección. Sin embargo, los médicos de la Clínica Sanatorio Alemán de Concepción habrían dado el alta médica a S. (29 de octubre de 2016), a pesar de estar en dos kilos de peso, y que en su estado de prematuridad la hace débil para estar en una cárcel y que acuerdo a la orden de no innovar decretada en el recurso de protección indicado, separarla de su madre, implicaría violar sus garantías fundamentales, arrojarla a desapego y a graves permanentes a su salud física y psíquica.

De otro lado, manifestó que dar de alta a S.I.N.C. provocaría que permanezca en su primera infancia en una cárcel, en estado de prematuridad y vulnerabilidad porque, es de todos sabido, que las cárceles chilenas carecen de condiciones sanitarias para albergar niños sanos y menos son aptas para recibir niños prematuros, con bajo peso, altamente susceptibles a enfermarse.

Aseveró que la Clínica Sanatorio Alemán ha emitido un alta médica injustificada, mediante la cual arriesga, restringe y vulnera las garantías constitucionales de S. y que Gendarmería acata esta alta médica injustificada, sin cuestionarla, y la destina a un recinto penitenciario, los cuales en Chile carecen de las condiciones para atender a una niña prematura.

Citó, además, el artículo 24 de la Convención de Derechos del Niño establece que "1 Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios; 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;"

Invocó, asimismo, las llamadas "Reglas Mandela", elaboradas

por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, del 24° período de sesiones (Viena, 18 a 22 de mayo de 2015) donde se establece la Utilización y aplicación de las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal. Dispone su “Regla 28: En los establecimientos penitenciarios para mujeres habrá instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, así como durante el parto e inmediatamente después. En la medida de lo posible, se procurará que el parto tenga lugar en un hospital civil. Si el niño nace en prisión, no se hará constar ese hecho en su partida de nacimiento".

Aseveró que Gendarmería de Chile no dispone de instalaciones especiales en ninguna cárcel de Chile para niños prematuros, por lo que cabe mantener a S. en la Clínica Sanatorio Alemán de Concepción. La menor nació con 32 semanas y un peso de 1.900 gramos y que actualmente está para completar 3 semanas de nacida.

Agrega que el alta médica siempre tiene relación no tan solo con los parámetros de respuesta en el centro hospitalario, sino también con las condiciones del recinto al cual irá a habitar con su madre y en ese sentido, ningún recinto carcelario en Chile cuenta con las característica locativas propias para albergar a una bebe prematura, y que carecen de la tecnología adecuada y el acceso a personal altamente calificado para la atención de la niña ante una eventual urgencia y una valoración médica apropiada, máxime cuando la madre no fue atendida oportunamente la semana previa a la cesárea, según consta en distintos registros.

Manifestó que las condiciones de alojamiento carcelario del sistema carcelario chileno son precarias para una niña prematura, por lo que concluye que no debe trasladarse a recinto alguno ni a la madre ni a la hija. Ello por la existencia de condiciones que atentan contra los derechos humanos y los derechos reproductivos de las mujeres.”

Adjuntó informe del Gendarme Oscar Benavides Millapán, Director Nacional de la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (ANFUP) y de la Asociación Nacional de Funcionarios

Públicos (ANEF) donde da cuenta que en la Cárcel de Arauco no hay sección especial para lactantes y que en cualquier recinto penitenciario de Chile las condiciones de ventilación, temperatura, hacinamiento y condiciones infrahumanas generales son desfavorables.

Solicitó que se ordene a los recurridos proveer de todas las medidas necesarias para que la niña S.I.N.C. se mantenga en la Clínica Sanatorio Alemán de Concepción, hasta que adquiera un peso de 3 kilos, y su estado de salud mejore de manera satisfactoria, y que su alta tenga justificación médica; o cualquier otra medida que Ssa. crea pertinente.

A fojas 27 (35) informa don OSVALDO PIZARRO QUEZA, DEFENSOR REGIONAL REGIÓN DEL BÍO BÍO y expone que doña Lorenza Beatriz Cayuhan LLebul es usuaria de la Defensoría Penal Penitenciaria de Arauco y que sus derechos están siendo cautelados a través de la Acción Constitucional de Amparo, Rol 330-2016, cuyo texto se adjunta y en el que constan todos los antecedentes solicitados.

A foja 81 informa CARLOS CARVAJAL CASTRO, DIRECTOR REGIONAL CONADI REGION DEL BIOBIO afirmando que doña Lorenza Beatriz Cayuhan Llebul, ha acreditado poseer la calidad de indígena perteneciente a la etnia Mapuche (comunidad Mahuidanche), en conformidad con la letra b) del artículo segundo de la Ley N° 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, narrando a continuación una serie de antecedentes relacionados con el inicio de la vida, la gestación de un nuevo ser, su nacimiento y posterior crianza en la familia mapuche (estrecho vínculo entre la madre y el feto desde la gestación, período en que comienza la socialización de los roles de niños y niñas en el marco de la cultura; el puerperio se desarrolla en el espacio de la familia y la comunidad; el alejamiento de la mujer de su espacio familiar y comunitario se traducen en factores de riesgo, al impedir la dinámica familiar natural y las ceremonias culturales; los cuidados espirituales contra el mal de ojo; se cuida sobremanera la temperatura del bebé, tanto las frías como las muy cálidas; se privilegia la leche materna y

su rol en el apego, extendiéndose hasta los tres años de edad; importancia de los lazos entre la madre y el hijo recién nacido y la comunidad), citando luego los instrumentos internacionales para la protección de los pueblos indígenas y las personas indígenas, especialmente el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 7 de junio de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

A fojas 137 informa doña RINA OÑATE CID, Directora Regional del Servicio de Menores Región del Bío Bío, expresando en lo pertinente que, en relación a la situación actual de la lactante S.I.N.C., se han enterado que se encuentra en condiciones de ser dada de alta desde la Unidad de Pediatría de la Clínica Sanatorio Alemán de Concepción, atendido que habría superado la situación que afectó su salud producto del alumbramiento prematuro y demás condiciones de crisis de salud que la afectaron al momento de su nacimiento. Respecto del apego y lactancia se encuentra reglamentada en los Protocolos de actuación de Gendarmería de Chile.

A fojas 139 informa también doña CAROLINA CONSTANZA CHANG ROJAS, Jefa de la Sede Regional del Biobío, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, indicando en lo que interesa a este recurso que comparte lo señalado en los recursos de amparo 330-2016 y 336- 2016 del ingreso de esta Corte, al indicarse que la eventual separación de madre e hija interrumpe el proceso de apego y creación de un vínculo temprano madre- hijo, generaría innumerables problemas tanto para la madre como para la recién nacida y tendría consecuencias fisiológicas y neuronales que determinan problemas de desarrollo futuro.

Cita al efecto que la Convención de Derechos del Niño, las Recomendaciones de la OMS para el Embarazo, Parto y Lactancia 1985, la Convención de los Derechos del niño/a 1989, la Declaración conjunta OMS-UNICEF 1989, en la que se insta a todos los hospitales

del mundo a poner en marcha las medidas que se resumen en los Diez Pasos para una feliz Lactancia Materna y la Declaración de Innocenti 1990, adoptada en la reunión conjunta OMS - UNICEF en 1990, en la cual se hace un llamamiento a los gobiernos para: Asegurar que los Servicios de Maternidad cumplan los Diez Pasos para una feliz Lactancia Materna, según la Declaración Conjunta OMS-UNICEF, Implementar el Código Internacional y las resoluciones relevantes de la Asamblea Mundial de la Salud e Instar a los Estados a integrar Programas de Lactancia, así como definir una legislación que proteja el derecho a amamantar que tienen las mujeres trabajadoras.

Expresa en su informe que sobre el Derecho a la Salud de la niña, cabe señalar que el estándar fijado es que los Estados deben garantizar: "el más alto nivel posible de salud física y mental", lo cual se traduce en una serie de obligaciones negativas y prestaciones positivas hacia todas las personas, derecho que se establece en diversos instrumentos internacionales: art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).y art, 24 de la Convención de Derechos del Niño.

En forma complementaria, agrega que la CADH dispone en el art. 19 que "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) precisa las obligaciones estatales respecto de las mujeres embarazadas y en época de lactancia, en su Art. 12, se señala: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios

apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

En sentido similar, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) en su art. VII dispone que: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 10 establece que: “2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”.

Expresa que a Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que el encarcelamiento genera un estado de vulnerabilidad en el cual es más factible que se verifiquen afectaciones a la integridad personal y habilita a examinar en forma exhaustiva si las condiciones de encierro de una persona ocasionan un deterioro en su integridad física, psíquica o moral. Para la Corte IDH, es importante extremar los recaudos para que la privación de la libertad no afecte el derecho a la salud: Al respecto, la Corte IDH sostuvo: «La restricción de otros derechos, por el contrario - como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso- no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional». Conf., Corte IDH, caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004.

En cumplimiento a las precitadas obligaciones, afirma que el Estado de Chile ha asumido, resulta imperioso la niña permanezca junto con su madre Lorenza Cayuhan, ambas en la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán, para que pueda mantener un contacto permanente con su madre, ser cuidada por ella y recibir amamantamiento. Una eventual separación de la madre provocaría un daño irreparable en el desarrollo posterior de la niña y en el actual proceso de superar adecuadamente el estado de prematuridad en la cual se encuentra. La eventual separación afectaría el derecho a la vida de la niña, ya que no se garantizaría en la máxima medida

posible su desarrollo. Sobre este punto específico el art. 6 de la Convención de Derechos del Niño señala: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. La eventual separación aumenta los riesgos que existen en contra de la vida e integridad de la niña, aumentando la situación de vulnerabilidad en que se encuentra. En este sentido, el art. 19 de la Convención de Derechos del Niño señala: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Si se estimase que existe una tensión entre el interés del Estado dirigido a que se cumpla la pena de Lorenza Cayuhan en un recinto carcelario y los derechos de su hija, esta tensión debe ser resulta aplicando el estándar jurídico del “interés superior del niño”, el cual impone el deber de privilegiar los derechos de los niñas y niños. En efecto, El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance del interés superior del niño, con ocasión de la Opinión Consultiva 17/2002. Así, en el punto resolutivo 2 del párrafo 137, la Corte señala “que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”. Un año después, en su

Observación General N° 5 (2003), el Comité de los Derechos del Niño, al referirse las Medidas Generales de Aplicación de la Convención tuvo ocasión de referirse al interés superior del niño especificando que: “Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”.

El Comité de los Derechos del Niño alude en esta Observación General al principio del interés superior, junto a otros 3 que considera como principios generales en la Convención: obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (artículo 2); el derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (artículo 6); el derecho del niño a expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que afectan al niño” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones (artículo 12).

Insiste en que, dado el estado actual de salud de la niña, ella no podría ser trasladada junto a su madre a un recinto carcelario y esta situación obliga al Estado de Chile a asegurar la permanencia de Lorenza Cayuhan en la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán citando las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela, Reglas 28 y 29).

Agrega que la CADH, en su art. 5.3 señala: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”. En este sentido, la sanción privativa de libertad no debe afectar a personas distintas al condenado, como ocurre en este caso, frente a las eventuales afectaciones a los derechos de la niña; resulta inevitable que la ejecución de la pena privativa libertad va a afectar los derechos de la niña, pero el principio de trascendencia mínima de la pena exige que

las diversas decisiones que el Estado adopte, no se extiendan a terceros, generen o aumenten situaciones de riesgos o vulneraciones ya existentes, no justificándose en este caso, una eventual separación, ya que el Estado se encuentra en condiciones de adoptar una medida menos lesiva, que asegure tanto el cumplimiento de la pena y el respeto irrestricto a los derechos de la niña.

Cita luego el Convenio N° 169 de la OIT que en su el artículo 10 se refiere expresamente al cumplimiento de la pena: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

En definitiva expresa que no han existido consideraciones entorno a la propia calidad de la hija ni de la madre, sobre las condiciones del parto, y eventualmente lo tendrían en cuanto a la permanencia de su hijo con ella durante el tiempo necesario.

A fojas 152 informa JORGE PLAZA DE LOS REYES ULLOA Gerente General de la Clínica Sanatorio Alemán y expresa que la menor mantuvo desde su nacimiento (14 de octubre de 2016) una relación directa con su madre, quien la amamantó libremente, acompañándola mientras se mantuvo en la unidad de cuidados intensivos de neonatales, ha sido controlada por médico pediatra neonatal de la Clínica, quien mantuvo irrestricto apego a las normas de la praxis médica en su especialidad para verificar diariamente la evolución y crecimiento de la niña.

Expone que la lactancia materna, contribuyó a la evolución altamente positiva de Rayén (sic), quien en un par de semanas fue logrando el peso y la autonomía requerida para que cualquier niño prematuro pueda ser dado de alta, con el objeto de seguir con su vida habitual con su entorno, y en este caso con su madre.

Agrega que el alta médica en estos menores está basada en criterios asociados directamente a cada caso en particular, asociados a la observación directa del médico, quien bajo su criterio profesional y su experiencia en ese ámbito de la medicina estima que el bebé

prematuro ha logrado la madurez necesaria para ser dado de alta y continuar su evolución en su entorno.

Afirma que los cuidados médicos recibidos en la Clínica para con la niña, se han ajustado a los criterios nacionales e internacionales que se refieren al "recién nacido", tomando en consideración las guías técnicas del Ministerio de salud, como de la OMS, especialmente en el caso de bebés prematuros. La Clínica siempre actuó apegada a la praxis médica, y a los conocimientos científicamente afianzados de sus profesionales en el ámbito de la medicina y especialmente a la "neonatología", por lo que ninguna decisión Clínica es tomada al azar o por mero capricho de sus profesionales, quienes poseen una alta calidad profesional y tienen formación de especialidad en la materia, poseen una vasta experiencia en su área, negando que se haya decidido el alta basados en criterios irresponsables y descuidados, causando perjuicio a la menor y exponiéndola a situaciones que podrían causarle daño o vulnerabilidad en su desarrollo.

A modo de ilustración señalan criterios clínicos básicos que, de acuerdo a las Normas Técnicas y guías Clínicas sobre los cuidados de los recién nacidos, tanto del Ministerio de Salud como de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se debieren considerar para dar el alta médica de un lactante prematuro, ya que de acuerdo a la evidencia Clínica internacional y los avances en la medicina se ha concluido que hoy por hoy, cada caso es particular, y no existen criterios tajantes para el alta de un recién nacido ya sea prematuros o de término, sino que asociados a la evolución propia y madurez alcanzada por estos niños de acuerdo a su organismo, su peso, su talla, su sistema respiratorio, etc, citando algunos criterios que se consideran clínicamente para la decisión del alta en recién nacidos: Desde el punto de vista orgánico, se relacionan con las condiciones de salud del bebé, esto es, mayor a 2.000 gramos, con un aumento estable durante los últimos cinco días de internación, que esté en condiciones de mantener una temperatura corporal vestido normal, en cuna, fuera de la incubadora y con 21 a 23° C ambiental; que puedan ser amamantados en el pecho o artificialmente cada 3 o 4

horas; que no presente episodios de apnea; que presente un hematocrito no menor a 25%; que los padres conozcan a su bebé y puedan detectar síntomas de estrés y prevenir su sobre estimulación, maximizando los momentos de interacción; conozcan os cuidados y atenciones médicas necesarias y periódicas.

Por otra parte, señala que el alta permite a los padres establecer una nueva relación con su hijo, similar a la que está presente en el momento del nacimiento. Por eso el alta adquiere gran importancia emotiva para los padres, en el que pueden aflorar angustias y ansiedades respecto del rol que recae sobre ellos: cuidar solos y en casa a su hijo.

La menor de autos tuvo una excelente evolución, sin indicación de hospitalización o de mantenerla internada, el quedarse en el establecimiento podría exponerla a un "mayor riesgo" de adquirir infección nosocomial, es decir, por gérmenes que viven en los hospitales. Asimismo, la decisión del alta de la niña por el médico tratante y considerando los protocolos de hospitalización en cualquier Clínica u hospital de Chile, ella o cualquier recién nacido estaría de alta cuando hubiese cumplido los requisitos ya señalados.

Afirma que S.I.N.C. cumplía con estos requisitos desde el 2 de noviembre de 2016 por lo tanto, debería estar junto con su madre en un lugar en que ambas no corran peligro de adquirir una infección por gérmenes propios del hospital y por ende más agresivos y a juicio de los especialistas (neonatología), el apego entre madre e hija no se beneficiará más o menos estando hospitalizada en esta Clínica u otro establecimiento hospitalario; al 18 de noviembre de 2016 cumple 37 semanas de edad gestacional, dejó de ser prematura de acuerdo a la evolución y tiempo transcurrido desde su nacimiento, debiendo ajustarse su edad dejando de ser un bebé prematuro sino "de término" (a las 32 semanas con las que nació hay que agregarle las 5 semanas que tiene de vida lo que da 37 semanas y con 37 semanas ya se considera un niño nacido de término).

A fojas 163 informa el DIRECTOR REGIONAL DE GENDARMERÍA DE CHILE, don CHRISTIAN ARNALDO ALVEAL GUTIÉRREZ, afirmando ser falso que la madre de la protegida "casi

fue trasladada al CDP de Arauco, peligrando con ello el amamantamiento, apego y cuidados permanentes" (SIC), o que se ha estado en presencia de una "inminente separación de madre e hija" (SIC), toda vez desde el nacimiento de la menor, y hasta hoy, no existe antecedente alguno que de cuenta de un "casi traslado" o de un "inminente traslado" de la reclusa, menos con el ánimo de separar a la madre de su hija, cumpliendo estrictamente con la orden de no innovar decretada en el recurso de protección 20145 por tanto, esgrimir que Gendarmería de Chile ha pretendido separar a la madre de su hija vuelve a dejar en evidencia el argumento falaz del recurrente.

Ahora bien, conforme lo ha informado la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán de Concepción, tanto la condenada como la protegida se encuentran de alta; la hija de la reclusa fue dada de alta el día 02 de noviembre de 2016.

Gendarmería de Chile, conforme su finalidad institucional, no es órgano competente para establecer las condiciones de salud en que una persona puede o no estar sujeta a ciertos y determinados controles ni su evolución clínica al interior de un recinto hospitalario externo (salvo el caso excepcional en que tratándose de personas privadas de libertad, aquéllas sean atendidas por personal médico institucional al interior de un establecimiento penitenciario), por cuanto no corresponde controvertir la información emitida por la clínica en cuestión.

Actualmente todas las reclusas, sea que ostenten la calidad procesal de imputadas o de condenadas, que estén embarazadas o sean madres de hijos (as) lactantes y hasta que aquellos (as) cumplan los 2 años, habitan las Secciones Femeninas de los establecimientos penitenciarios y los Centros Penitenciarios Femeninos del país en dependencias habilitadas especialmente para ellas y sus hijos (as). Así, las llamadas "Residencias Transitorias" cuentan con espacios exclusivos destinados al desarrollo del amamantamiento y el apego que debe existir entre madre e hijo (a) durante el puerperio y la primera infancia.

Estima necesario resaltar que la condición de la madre de la protegida es de una ciudadana condenada por un tribunal de la República, pues con fecha 20 de septiembre de 2016, el Juzgado de Garantía de Cañete emitió Orden de Ingreso en calidad de condenada, al Centro de Detención Preventiva de Arauco, en causa RIT N° 1529-2015 y RUC N° 1500910351-9 por los delitos de robo con intimidación y receptación. Ingresó a cumplir condena en estado de gravidez con 28 semanas de gestación (el día 20 de septiembre de 2016). Así, dio a luz a su hija en condición de usuaria del sistema penitenciario cerrado, y deberá volver a ser internada en una Unidad Penal para el cumplimiento de sus condenas hasta la completa ejecución de sus sentencias.

Para el momento del alumbramiento, la Sección Femenina del establecimiento penitenciario de Arauco contaba con residencias Transitorias habilitadas para albergar a dos reclusas, las que se encontraban ocupadas; hoy, atendida la necesidad de albergar a la hija de la condenada Cayuhán Llebul, básicamente por su condición de prematura, se están habilitando nuevas dependencias en dicha Unidad Penal. Al respecto, se intervino la infraestructura del penal, previa licitación pública, y se está ampliando la capacidad de dichas dependencias para albergar a tres reclusas con sus hijos (as); además, se están reacondicionando las dependencias destinadas a cocina, baño, enfermería y sala de estimulación de dichas Residencias Transitorias. Los trabajos de infraestructura reseñados se estima que sean terminados y se realice la entrega de obras durante la primera quincena del mes de diciembre.

Llegado el momento del traslado tanto la madre como la hija serán destinadas a habitar el mismo lugar, es decir, las Residencias Transitorias del C.D.P. de Arauco. Con ello, se privilegia el desarrollo del apego y del amamantamiento.

Por otro lado, lo cierto es que todas las madres de hijos (as) lactantes condenadas a cumplir condenas privativas de libertad en régimen cerrado cumplen dichas condenas en las Residencias Transitorias de las Unidades Penales correspondientes, de manera que pretender que en el caso de autos la condenada Cayuhán LLebul,

bajo el pretexto del puerperio, cumpla condena en un establecimiento de salud y no en un penal, implicaría atentar contra la misma garantía por la que se reclama respecto de todas las reclusas madres de hijos (as) lactantes del país, pues se estaría estableciendo un privilegio en favor de la condenada Cayuhán Llebul en desmedro de las demás internas madres de hijos (as) lactantes que sí se encuentran recluidas junto a ellos (as).

En cuanto a la Convención de Derechos del Niño, Gendarmería de Chile ha cumplido con lo previsto en el artículo 24 que cita el recurrente, justamente con las letras b) y d), pues ese Servicio, en su calidad de órgano del Estado ha otorgado las prestaciones médicas y sanitarias necesarias respecto de la protegida, igualmente se ha otorgado atención prenatal y postnatal a la madre de la protegida. En este sentido, abundan antecedentes de hecho, como los reportados por la prensa, de que tanto se ha servido el recurrente para hacer imputaciones al Servicio, y los técnicos suministrados en los Informes emitidos al tenor de las denuncias planteadas en los recursos de amparo ROL N° 336-23016 y de protección ROL N° 20145-2016. Es decir, tanto madre e hija han sido oportunamente atendidas en los servicios de salud que han sido requeridos para ello, incluso intramuros, desde su ingreso en calidad de condenada a la Unidad Penal de Arauco.

Respecto de las Reglas Mandela, igualmente se ha cumplido con lo previsto en la Regla N° 28, pues la existencia de las llamadas Residencias Transitorias dan cuenta del especial cuidado y tratamiento que se les da a las reclusas durante su embarazo, durante el parto, y en el tiempo inmediatamente después.

En cuanto al informe técnico realizado por el Médico Carlos Guída, compartimos la afirmación de que la mantención de un bebé prematuro requiere la presencia de personal altamente calificado para su atención, mas es justamente por ello que este Servicio no ha instado al traslado de la menor junto a su madre hacia una Unidad Penal. Incluso después del alta médica, de 02 de noviembre del presente año, Gendarmería de Chile no ha realizado ningún acto orientado en dicha dirección.

Respecto del informe del funcionario de este Servicio, Gendarme Oscar Benavides Millapán, cuestiona su calidad de perito en la materia.

De los antecedentes aportados queda demostrado que Gendarmería de Chile no ha incurrido en acto u omisión ilegal o arbitrario que pudiera vulnerar derechos de la protegida. Refiere haber dado cumplimiento a lo prescrito en el artículo 6° inciso tercero del D.S. N° 518, que fija el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que señala: "La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal"; igualmente, con lo prescrito en los artículos 34 y 35 letra b) del mismo cuerpo normativo, que a la sazón señalan: "34.- Los internos que requieran tratamiento y hospitalización serán atendidos en las unidades médicas que existan en el establecimiento penitenciario...", "35.- Excepcionalmente el Director Regional podrá autorizar la internación de penados en establecimientos hospitalarios externos, previa certificación efectuada por personal médico del Servicio que dé cuenta de alguna de las siguientes situaciones: b) Cuando el penado requiera atenciones médicas que, sin revestir caracteres de gravedad o urgencia, no puedan ser prestadas en el establecimiento"; todo ello, desde que este Servicio ha puesto a disposición de la interna todos los recursos de que dispone, materiales y humanos, para la obtención de una adecuada atención de salud y prestaciones sociales, manteniendo a la condenada internada en la Clínica de la Mujer de Concepción.

Igualmente, se ha dado cumplimiento a lo prevenido en el artículo 25° del D.S. N° 518, que indica: "El régimen de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetará a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la Ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento"; toda vez que desde que la interna ingresó a la Administración Penitenciaria ha sido asignada a las dependencias que por normas de segmentación y clasificación le han correspondido,

procurando siempre salvaguardar su integridad física, evitar el contacto criminógeno y segregarla de acuerdo a sus características personales, género, arraigo cultural, etnia, y sobre todo hoy, respetando el puerperio.

De esta forma, Gendarmería de Chile ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes no conculcando en lo absoluto derechos ni garantías establecidos y resguardados por la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos vigentes y ratificados por el Estado de Chile, tal como lo previenen los artículos 4° y 6° del D.S. N° 518, precitado.

Termina solicitando el rechazo del recurso en todas sus partes

A fojas 175 JAIME ROJAS FLORES, Director Nacional de Gendarmería de Chile, luego de reseñar las acciones tomadas por la Institución para velar por la salud de la interna y su hija afirma que se ha dado íntegro cumplimiento a la orden de no innovar; además, la custodia de la interna la ejercen dos gendarmes femeninas de trato directo con doña Lorenza Beatriz.

Hasta el día de hoy la reclusa se encuentra internada en la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán de Concepción, con acceso ilimitado, salvo las prescripciones médicas atingentes al estado de salud de la menor y conforme los protocolos internos del establecimiento, a mantener contacto directo y permanente con su hija, no interviniendo Gendarmería de Chile en los procesos de apego y amamantamiento propios del puerperio, ambas se encuentran con alta médica, pero siguen internadas

Agrega que desde el punto de vista administrativo, la reclusa fue derivada al Complejo Penitenciario de Concepción, por lo que la primera denuncia que se plantea en cuanto a que Lorenza ha de volver a cumplir su condena separada de su hija al penal de Arauco se diluye en atención al antecedente expuesto. Por otro lado, en cuanto a que este Servicio estaba dispuesto a permitir que Lorenza pudiera “cumplir su condena temporalmente en Concepción y ser trasladada dos veces al día a la clínica para amamantad (SIC), si es

que dicha aseveración es cierta, debe circunscribirse exclusivamente al hecho de que existía la posibilidad de que la interna fuera dada de alta, por su parte la menor estaba internada bajo tratamiento intensivo, en incubadora, lo que evidentemente, y por una razón lógica, implica la contraposición de dos situaciones de hecho, esto es, el alta médica de la madre y la internación de la hija, lo que implicaba necesariamente la interrupción de una relación constante y permanente entre ambas. Pues bien, aun así, y ante ese escenario, Gendarmería de Chile estaba dispuesta, y en cumplimiento de su deber, de trasladar a la interna hacia la clínica para los efectos de poder ejercer las actividades propias del amamantamiento.

Por otro lado, respecto de los informes que adjunta el recurrente (dos informes médicos y uno psicológico) atingentes a la materia, el actor vuelve a incurrir en un error al dar por sentado que madre e hija están siendo separadas y que el proceso de apego y lactancia propias del puerperio están siendo interrumpidos por Gendarmería de Chile.

Cuestiona también la aseveración del recurrente en cuanto que Gendarmería de Chile, al no tomar medidas adecuadas al respecto está dañando a S., y que dicho daño constituye violencia obstétrica. Dicha afirmación es absolutamente falsa, puesto que desde el nacimiento y hasta hoy se han abordado todas y cada una de las necesidades de la interna y de su hija, por medio del tratamiento personalizado que han realizado las profesionales del programa PAMEHL (Programa de Atención de Mujeres Embarazadas y con Hijos Lactantes)en forma directa con la reclusa así como también con sus familiares, concurriendo a la satisfacción de necesidades materiales y a través de la coordinación de actividades con diversos estamentos administrativos, tal como se expresó en la relación cronológica de actividades anotada ut supra.

Desmiente tajantemente las afirmaciones contenidas en los informes que el Dr. Carlos Guida y la Psicóloga Leslie Power han evacuado respecto del caso, en cuanto a sostener que se está en presencia de violencia obstétrica.

Expresa finalmente que no logra advertir dónde se transgreden los principios y las normas citadas, desde que no ha impedido la permanencia del vínculo entre madre e hija. Quizás, la única separación material entre ambas está dada por cuestiones de índole médico-administrativo, o incluso de salud, pues la recién nacida tuvo que ser internada y sometida a tratamiento en incubadora, mientras que la madre debió ser conducida hacia la Clínica Sanatorio Alemán por contar sólo aquel establecimiento con sala U.C.I. En dicho orden de ideas, si aquella separación de la madre y la hija, que no tuvo otro motivo más que el resguardo de la salud de ambas, constituye un atentado contra las prescripciones, por ejemplo, del Convenio N° 169 de la OIT, no es Gendarmería de Chile el legitimado pasivo para accionar constitucionalmente en su contra, sino que habría de serlo el personal médico de las clínicas en cuestión, aun cuando una acción de amparo o protección ejercida en aquel caso hubiera significado un absurdo jurídico.

Terminó señalando que Gendarmería de Chile ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes no conculcando en lo absoluto derechos ni garantías establecidos y resguardados por la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos vigentes y ratificados por el Estado de Chile, por lo que solicita el rechazo del recurso en todas sus partes.

A fojas 204 informa doña SOLANGE HUERTA REYES, Directora del Servicio Nacional de Menores señalando que la niña S.I.N.C. no se encuentra ingresada en ningún proyecto o programa de la red de atención del SENAME; tampoco se han recibido requerimientos de Tribunales de Familia en relación a ella; no obstante ello, con fecha 16 de noviembre de 2016 se requirieron antecedentes a Gendarmería de Chile, recibiendo informe técnico del Programa PAMEHL, donde se detallan las acciones realizadas a favor de la niña y de la madre.

A fojas 214 informa LAURA ECHEVERRÍA CORREA, Directora del Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género expresando que dicho Servicio no cuenta con antecedentes en

relación a los hechos que dan lugar al Recurso de Protección, sin perjuicio de haber llevado a cabo diversas actuaciones con el objeto de entregar apoyo psicosocial a la madre de la menor.

A fojas 223, Gendarmería de Chile informa que la obra ampliación de residencias transitorias y construcción de enfermería de C.D.P Arauco se encuentra finalizada con fecha 14 de diciembre de 2016 y con recepción parcial y habilitada para albergar a 3 madres y sus hijos lactantes o mujeres embarazadas que se encuentran privadas de libertad en el penal.

A fojas 287 se ordenó agregar copia del informe del Colegio Médico que rola en autos 20145-2016, de visita efectuada a la Cárcel de Arauco con fecha 9 de diciembre de 2016.

Informa finalmente doña Lorenza Beatriz Cayuhán Llebul, señalando que su hija en la actualidad pesa 5 kilos 370 gramos, expresando que no le gustaría cumplir la condena en la Cárcel de Arauco, prefiriendo el Centro de Educación y Trabajo de Cañete, pero que al ser sólo para hombres le gustaría poder cumplir en el Centro de Educación y Trabajo de Punta de Parra. Expresó que el sol es muy importante para los niños, también la tierra y la Cárcel de Arauco es un lugar encerrado, no tiene luz ni tierra. También es importante su relación con la comunidad, al alejarse de su familia se produce un desarraigo cultural para ambas. El CET de Cañete queda a treinta minutos de su comunidad.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1.- Que el recurso de protección ha sido instituido con el objeto de evitar posibles consecuencias dañosas derivadas de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que produzcan en el afectado una privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales que se protegen con este arbitrio jurisdiccional, a fin de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección al ofendido.

2.- Que el recurrente hace consistir el acto arbitrario o ilegal en que la menor prematura a la fecha de deducir la tutela constitucional, debía mantenerse en el recinto hospitalario, mientras que su madre debía retornar al CDP de Arauco, lo que determinaba

una situación de desapego y afectación del necesario amamantamiento. En razón de ello solicitó como medidas a adoptar la mantención de la madre y la hija en la aludida Clínica hasta que adquiriera un peso de 3 kilos y su estado de salud mejore de manera satisfactoria, con un alta médicamente justificada.

3.- Que, desde la información introducida a la causa por los distintos agentes involucrados, por el recurrente y por la propia madre de la protegida, doña Lorenza Cayuhán Llebul, podemos dar por establecidos los siguientes hechos:

a).- Que Lorenza Beatriz Cayuan Llebul, mujer perteneciente a la etnia Mapuche (comunidad Mahuidanche), fue condenada por sentencia ejecutoriada de 27 de junio de 2016, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, en causa rol N° 63-2016, a sufrir las penas de cinco años y un día más sesenta y un días, como autora de los delitos de Robo con intimidación y receptación, iniciando el cumplimiento de tales penas el día 20 de septiembre de 2016, con fecha de término el 27 de mayo de 2021, con un abono de 178 días (ficha única de condenado de fojas 160).

b).- Que mientras cumplía sus condenas en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Arauco, a la sazón con 32 semanas de embarazo, fue derivada el día 13 de octubre de 2016 al Hospital Regional de Concepción y, al día siguiente, a la Clínica de la Mujer de la misma ciudad, con diagnóstico de preeclampsia, dando a luz a la menor S.I.N.C. quien, por su condición de prematura, fue mantenida en incubadora. En razón de los tratos injustos, denigrantes y vejatorios recibidos por la madre durante los traslados y estadía en los centros asistenciales hasta el parto, se acogió acción constitucional de amparo por la Excma. Corte Suprema en la causa rol N° 92.795-2016 (rol N° 330-2016 de la I. Corte de Apelaciones de Concepción), adoptando una serie de medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho y resguardar la garantía de la libertad individual y seguridad personal de la amparada. Además, existe sumario administrativo en curso para perseguir la responsabilidad administrativa de los funcionarios de Gendarmería de Chile involucrados.

c).- Que, en la aludida Clínica la recién nacida tuvo una evolución favorable, manteniendo en todo momento una relación directa con su madre, quien la ha amamantado libremente. Allí fue atendida por médicos especialistas (neonatología), logrando la autonomía requerida, razón por la cual estuvo en condiciones de alta desde el día 2 de noviembre de 2016, con sustento en criterios objetivos y estandarizados de la ciencia médica, a fin de continuar su evolución en su entorno (informe de la Clínica y copias ficha clínica). Además, de acuerdo a lo informado por la madre de la menor ésta pesa actualmente 5 kilos y 370 gramos (a enero de 2017).

d).- Que, ante el alta médica de la madre y luego de la niña, la condenada debía regresar a cumplir las sanciones penales impuestas al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Arauco, sin embargo fueron mantenidas hasta la fecha en la Clínica Sanatorio Alemán, en virtud de la orden de no innovar dictada en la causa de protección rol N° 20.145-2016.

e).- Que en la actualidad el Centro de Detención Preventiva de Arauco cuenta con instalaciones especialmente habilitadas y cupo para recibir a Lorenza Cayuhán Llebul y a su hija S.I.N.C., en el contexto del Programa de Atención de Mujeres Embarazadas y con Hijos Lactantes (PAMEHL).

4.- Que, en lo que respecta al trato denigrante y vejatorio recibido por Lorenza Cayuhán Llebul por parte de funcionarios de Gendarmería, en los momentos previos y durante el parto de su hija S.I.N.C., los tribunales de justicia se hicieron cargo, mediante el acogimiento de una acción constitucional de amparo, adoptando medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho, de modo que no corresponde volver sobre el tema para otro fin diverso que la contextualización de los sucesos.

5.- Que, del mérito de los antecedentes, en especial de la información que fluye de la ficha clínica de la menor, no se vislumbra ninguna actuación de parte de la Clínica Sanatorio Alemán de Constitución que pueda ser catalogada de arbitraria o ilegal, por el contrario el comportamiento de sus profesionales impresiona como

ajustado a la lex artis médica y a los estándares objetivos de atención y alta de recién nacidos prematuros.

No se han constatado elementos serios de información desde los cuales podamos desprender un perjuicio para la salud de la niña S.I.N.C. y que ameriten una decisión de mantenerla en ese centro asistencial, destinado naturalmente a recuperar la salud de personas enfermas.

En consecuencia, las actuaciones de dicha recurrida no han amenazado ni vulnerados los derechos a la vida e integridad física de la menor.

6.- Que, por otra parte, tratándose de una mujer condenada, que debe regresar a cumplir su sanción penal, no existe reproche que realizar a Gendarmería de Chile en ese sentido, pues sólo cumple con su deber legal. Sin embargo, desde el estándar internacional de protección de derechos de las mujeres privadas de libertad, expuesto latamente por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, resulta exigible al Estado chileno, a través de sus distintos órganos, generar las condiciones adecuadas para que las madres privadas de libertad puedan amamantar a sus hijos menores de dos años y generar el imprescindible apego recomendado por la ciencia médica. Además, en la especie, esos derechos deben entenderse reforzados por la circunstancia de pertenecer la madre y la hija a la etnia Mapuche, que asigna a tales requerimientos de amamantamiento y apego especiales connotaciones, de acuerdo a su cosmovisión.

En el caso específico de que se trata, durante la tramitación de la presente acción constitucional, Gendarmería de Chile habilitó dependencias especiales en el Centro de Detención Preventiva de Arauco para permitir condiciones idóneas para generar el amamantamiento libre y apego necesario entre la madre y su hija, bajo estándares que se estiman adecuados.

No existe, por lo tanto, en la inminente decisión de traslado de ambas a ese recinto penitenciario ilegalidad o arbitrariedad que afecte los derechos reclamados de un modo relevante.

7.- Que, por los fundamentos aportados por Gendarmería, estimamos razonable la decisión adoptada, de acuerdo a sus

prerrogativas legales, en el sentido de denegar sendas peticiones de la condenada Lorenza Cayuhán Llebul para continuar cumpliendo su condena en los Centros de Educación y Trabajo de Cañete y Punta de Parra.

8.- Que, no debemos olvidar que el propio recurrente solicitaba que la menor debía permanecer en el Sanatorio Alemán por el tiempo necesario para su recuperación, lo que ya ha acontecido hace bastante tiempo. Además, esta Corte por sentencia dictada en el recurso de amparo rol 336-2016 rechazó una acción fundada en los mismos hechos, la que, al no ser recurrida, quedó firme.

Por estas consideraciones, disposiciones constitucionales y legales citadas y lo prevenido en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre el Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, se declara: Que se rechaza, sin costas, el recurso de protección interpuesto, en lo principal de la presentación de fojas 1, por don Alejandro Navarro Brain, a favor de la niña S.I.N.C., hija de Lorenza Beatriz Cayuhan Llebul.

Se previene que la Ministro Esquerré Pavón, concurre al rechazo del presente recurso de protección, no comparte los considerandos quinto al octavo, porque si bien, la menor ha sido dada de alta, Gendarmería no ha cumplido con los protocolos pertinentes, razón por la cual se dictó una orden de no innovar en el recurso visto conjuntamente, y por el voto en contra de la suscrita allí señalado no puede volver al mismo centro donde fue cruelmente vejada en su integridad física y síquica, lo que ha permanecido en el tiempo.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción del abogado integrante don Mario Pucheu Muñoz.

No firma la Ministra Sra. Matilde Esquerré Pavón, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, por encontrarse con feriado legal.

Rol N°20.402-2016