

EN LO PRINCIPAL: INFORMA; OTROSI: ACOMPAÑA DOCUMENTO

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

CAROLINA CONSTANZA CHANG ROJAS, Abogada, Jefa de la Sede Regional del Biobío, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, en causa **Rol 336-2016 (De recursos crimen)** sobre acción constitucional de amparo, caratulada Alejandro Navarro Brain a favor de N.N, a S.S. Ilتما., respetuosamente digo:

Que vengo en cumplir con lo ordenado en resolución dictada con fecha 19 de octubre de 2016, que tuvo por interpuesto recurso de amparo y solicitó informe al Instituto Nacional de Derechos Humanos.

I. Antecedentes de Hecho:

Lorenza Beatriz Cayuhan Llebul, madre de la niña de autos, el día viernes 14 de octubre es trasladada a la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán, lugar donde se interrumpe su embarazo y tiene lugar un parto anticipado con la finalidad de resguardar su vida y la de su hija. Cabe hacer presente, que durante el parto y con posterioridad al nacimiento prematuro de la niña, Lorenza Cayuhán, permaneció atada a la camilla a través de grilletes y fue custodiada en todo momento por un funcionario de Gendarmería de Chile.

Dado el nacimiento prematuro (7 meses de gestación), la niña debiese pertenecer junto a su madre en la referida clínica. Sin perjuicio de lo anterior, la acción constitucional interpuesta sostiene que Lorenza Cayuhan debe retorna al CDP de Arauco, no obstante las solicitudes verbales que ha realizado Lorenza Cayuhan, en orden a mantenerla lo más cerca posible de su hija, en la misma clínica, para efectos de poder amamantarla y cuidarla.

Por otra parte, se sostiene en el recurso que Gendarmería está dispuesta a permitir que Lorenza Cayuhan cumpla temporalmente su condena en el Centro Penitenciario El Manzano y trasladar a la madre hacia la clínica dos veces al día, para posibilitar el amamantamiento.

Paralelamente, se ha interpuesto Acción Constitucional de Protección a favor de la niña y por los mimos hechos, **Rol N° de recursos civil- 20145-2016**, caratulada: "Alejandro Navarro Brain a favor de N.N", frente a la cual la Il. Corte de Apelaciones de Concepción, en el tercer otrosí de su resolución de 19 de octubre de 2016, señaló: "Ha lugar a la orden de no innovar sólo en cuanto Gendarmería deberá permitir el contacto físico, cuidados y amamantamiento de la menor Sayen Ignacia Nahuelán Cayuhuán de parte de su madre doña Lorenza Cayuhuán Llebul, día y noche, en el establecimiento hospitalario en que se encuentre la menor, durante el término de tres meses, sin perjuicio de lo cual, con informes médicos fundados, se pueda extender dicho plazo. Se previene que el ministro señor Freddy Vásquez estuvo por conceder la orden de no innovar sólo en el sentido que Gendarmería debe permitir que la madre concorra al centro hospitalario en que permanezca la menor para su amamantamiento las veces que sea necesario".

II. El Derecho:

Frente a una eventual separación entre Lorenza Cayuhan y su hija, quien debe permanecer en la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán, debido a su precario estado de salud (niña prematura de 7 meses de gestación), estimamos que se vulnerarían diversos derechos y estándares internacionales de derechos humanos que afectan directamente a la niña:

II.1. Sobre el Derecho de la niña a permanecer junto a su madre

Un aspecto esencial para el pleno desarrollo de las niñas y niños es el vínculo con sus progenitores, derecho que es reforzado tratándose una niña de escasos días de vida y en una situación de salud compleja al nacer prematura.

En este sentido, compartimos lo señalado en el texto de la acción de Amparo, al indicarse que la eventual separación:

1. Interrumpe el proceso de apego y creación de un vínculo temprano madre-hijo.
2. Generaría innumerables problemas tanto para la madre como para la recién nacida. En efecto, el contacto entre la madre y un hijo nacido prematuro ayuda a la regulación de la temperatura y a mantener un equilibrio hormonal que resulta fundamental para el mantenimiento del vínculo. Esta

práctica denominada Método Canguro resulta ser recomendada para recién nacidos prematuros.

3. Tiene consecuencias fisiológicas y neuronales que determinan problemas de desarrollo futuro.

La Convención de Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia”, principio fundamental que es recogida en diversas disposiciones de este cuerpo legal. De este modo, en su art. 5 se establece que los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada. Posteriormente el art. 7.1 se reconoce al derecho del niño o niña a “conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Por otra parte, la Corte Internacional de Derechos Humanos estableció que: “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”, OC Nº 17/2002, del 28 de agosto de 2002.

Además, una eventual separación de la madre que pueda implicar un tiempo limitado de amamantamiento mas allá de los tres meses decretados en la resolución que se pronuncia sobre la orden de no innovar en la causa antes referida, afectaría la disponibilidad permanente de lactancia materna que requiere un recién nacido y en especial, un niño nacido prematuro¹. Lo anterior en razón que la leche materna tiene múltiples beneficios para los/las bebés lactantes, al proporcionar anticuerpos contra infecciones gastrointestinales y respiratorias agudas (diarrea, gastroenteritis, meningitis, neumonía, bronquitis y otitis, entre otras), disminuyendo la morbilidad y mortalidad infantiles y el acto de amamantar favorece la formación del vínculo entre madre e hijo o hija, y con ello su desarrollo cognitivo y emocional. En efecto, Como se dice en la Estrategia Mundial para la Alimentación del Lactante y del Niño Pequeño (WHA55 A55/15, párrafo 10): “La lactancia natural es una forma sin parangón de proporcionar un alimento ideal para el crecimiento y el desarrollo sanos de los lactantes; también es parte

¹Dra. Virginia Díaz-Argüelles Ramírez-Corría, “Lactancia materna: evaluación nutricional en el recién nacido”, Revista Cubana Pediatría v.77 n.2 Ciudad de la Habana, 2005: “Lo ideal, que no siempre se logra según las condiciones de cada servicio, es que la madre pueda entrar al departamento cada 3 h para extraer de forma directa la leche para su hijo. La leche materna directa tiene ventajas sobre la leche de banco, incluso cuando se logre tener un banco de leche materna de prematuro con similitud de edades gestacionales. La leche materna directa aporta todos los macronutrientes con las características propias de su edad gestacional. Se ha demostrado que la leche de pre término tiene un mayor tenor de proteínas que la de término, y aporta los aminoácidos esenciales y condicionalmente esenciales como la taurina, carnitina, cisteína y tirosina, con menor composición de aminoácidos aromáticos; además ofrece la ventaja de mantener intactos los factores inmunológicos celulares”

integrante del proceso reproductivo, con repercusiones importantes en la salud de las madres. Como recomendación de salud pública mundial, durante los seis primeros meses de vida los lactantes deberían ser alimentados exclusivamente con leche materna para lograr un crecimiento, un desarrollo y una salud óptimos².

La lactancia materna es parte esencial de los derechos humanos: el derecho a la alimentación y a la salud. Amamantar contribuye al derecho a la salud de todas las mujeres y de sus hijos e hijas, al reducir el riesgo de contraer muchas enfermedades. Dar y recibir el pecho es un derecho incluido en las siguientes declaraciones internacionales:

- Recomendaciones de la OMS para el Embarazo, Parto y Lactancia 1985.
- Convención de los Derechos del niño/a 1989.
- 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
- 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.

Sobre al 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. Este Derecho 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) y art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

La Convención de Derechos del Niño señala en su art. 24: “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

² Según lo formulado en las conclusiones y recomendaciones de la reunión consultiva de expertos (Ginebra, 28 a 30 de marzo de 2001) que efectuaron la revisión sistemática sobre la duración óptima de la lactancia materna exclusiva

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; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres...”.

Por su parte, el PIDESC dispone genéricamente en el art. 10: “3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

En forma complementaria, 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”.

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”.

La 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 Reeducción del Menor vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004.

En cumplimiento a las precitadas obligaciones 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 resuelta 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”.

A nivel regional, 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).

Por último, resulta importante insistir 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. Sobre este punto, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), Regla 28 señala: “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”.

Conjuntamente, la Regla 29 indica: “1. Toda decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre en el establecimiento penitenciario se basará

en el interés superior del niño. Cuando los niños puedan permanecer con su madre o padre, se tomarán disposiciones para: a) facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por su madre o padre; b) proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, incluidos servicios de reconocimiento médico inicial en el momento del ingreso y servicios de seguimiento constante de su desarrollo a cargo de especialistas. 2. Los niños que vivan en el establecimiento penitenciario con su madre o padre nunca serán tratados como reclusos”.

II.2. Límites de la pena y el carácter personalísimo de la misma

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. En este caso, 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.

III. Sobre la condición de pertenencia al pueblo mapuche

En lo que atañe a consideraciones específicas en lo que respecta a Pueblos Indígenas y Tribales atendidos que los hechos se enmarcan dentro de la cultura mapuche, cabe indicar que el Convenio N° 169 en su artículo 2° dispone la obligación para los estados de establecer acciones coordinadas y sistemáticas con el fin de dar protección los derechos de los pueblos indígenas y tribales y para garantizar el respeto a su integridad; y que entre dichas medidas está la promoción de la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, costumbres, tradiciones y sus instituciones. Como se aprecias es resorte del estado la promoción de estos derechos entre los cuales está el de la salud.

Cabe indicar al respecto, que el artículo 3 indica en su número 2 que "no deberán emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos

contenidos en el presente Convenio", lo que en la especie se vio contradicho con lo ocurrido con la Sra. Cayuhan y su relato que se observa en el informe que se acompaña en un otrosí de esta presentación, , tanto por la forma y condiciones en que se desarrolló el parto como por la eventual separación de su hijo, que pudiese existir.

Otras disposiciones de Política General contenida en el artículo 5 del Convenio 169 de la OIT, establecen que al aplicar las normas de dicho Convenio deben reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de estos pueblos y deberán tomarse en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.

En lo que refiere a la legislación nacional, el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT dispone que al aplicar esta a los pueblos deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Además, en su número 2 que estos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Específicamente en el ámbito penal, el artículo 9 refiere que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Inclusive disponiendo que los tribunales que debe pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. A mayor abundamiento 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.

De ahí que especialmente por condiciones de apego son sumamente significativas:

"El apego temprano es muy importante en la cultura mapuche, a la madre se le limpian sus senos para que su hijo /a pueda mamar.

La wawa se pone arregla y puesta con su madre aquí donde calienta, cuando sale normal, se bañan al tiro, (o después) con agua caliente

nomás. Una semana nomás, algunos cuatro días, contaban. Se cuidan los pies nomás pa que no mojen".³

En lo que respecta al específicamente a la salud, se dispone en el art. 25 del Convenio 169 de la OIT que: "Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental".

Como se observa no han existido en el caso de autos 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.

Por tanto; en mérito de lo expuesto y disposiciones legales citadas

Solicito a S.S. Iltma; tener por evacuado el informe solicitado

OTROSI: Solicito a S.S. Iltma., tener por acompañado copia simple del Informe Médico suscrito por el Dr. Enrique Morales Castillo, del Departamento de Derechos Humanos, del Colegio Médico de Chile.


13.839.483-2

³ Flores Galleguillos, Camila (2011) *Koñin: Significaciones del nacimiento para las mujeres mapuche de la comuna de Tirúa*, Tesis de Grado para optar al título de Antropólogo (a) y al grado de Licenciado (a) en Antropología. Universidad Austral.