

ARTÍCULO 93

93

El Imputado DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO

Art. 93. Derechos y garantías del imputado.

Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.

En especial, tendrá derecho a:

a) Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes;

b) Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación;

c) Solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen;

d) Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;

e) Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare;

f) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare;

g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;

h) No ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, e

i) No ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía.

Art. 93. Derechos y garantías del imputado.



DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

www.dpp.cl

ISSN 0718 - 8684

REVISTA 93



DEFENSA ESPECIALIZADA

DICIEMBRE 2012

7

LA REVISTA DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA



Sumario

nº 7 año 4

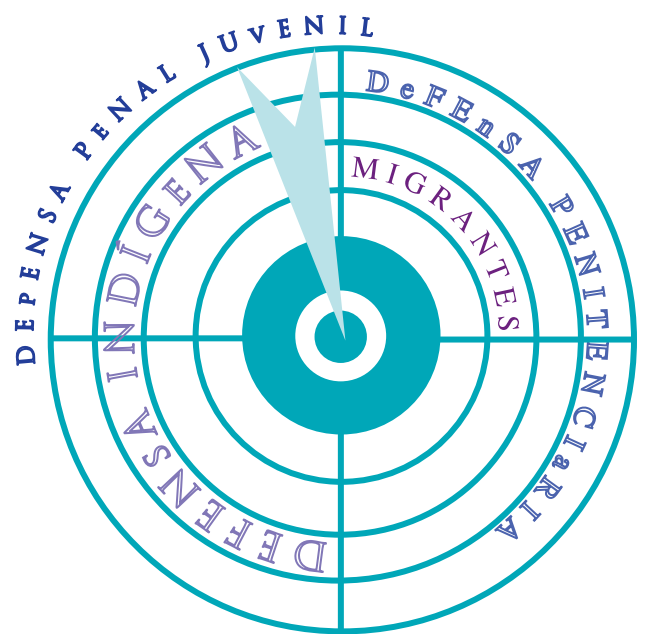
EDITORIAL	
DUDA RAZONABLE <i>CLAVES PARA ESPECIALIZAR LA DEFENSA PENAL</i>	06
A CONFESIÓN DE PARTE <i>ENTREVISTA A HUGO DOLMESCHT</i>	10
EXAMEN Y CONTRAEXAMEN <i>DEFENSA PENAL INDÍGENA Y CONFLICTO MAPUCHE</i>	18
LA GENTE PIENSA <i>¿ES NECESARIA LA DEFENSA ESPECIALIZADA?</i>	24
TALIÓN <i>DEFENSA PENAL PARA ADOLESCENTES</i>	28
TABLA DE EMPLAZAMIENTO <i>DD.HH., MIGRANTES, DISCAPACITADOS Y OTROS</i>	34
ALEGATO DE CLAUSURA <i>FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL</i>	44
BAJO PROMESA <i>'EL PINTOR' DE SANTIAGO SUR</i>	50
GUARDAR SILENCIO <i>DEFENSA ESPECIALIZADA Y ESTADO DE DERECHO</i>	54
OBJECCIÓN <i>UNA PASTORA AYMARA EN EL CORAZÓN DEL DERECHO</i>	58
ACTUALIDAD <i>PROYECTO INOCENTES Y DEFENSA DE MIGRANTES</i>	64

INSA PENAL JUVENIL

SA INDÍGENA

RESA
DEFENSA
DEFENSA
DEFENSA
DEFENSA
DEFENSA
DEFENSA

DEFENSA
MIGRANTES
PENITENCIARIA



EDITORIAL

“La Justicia debe proteger a los más débiles”.

Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, 2002.

El ser detenido por la comisión de un delito, imputado o formalizado por el Ministerio Público durante una investigación criminal o ser condenado a cumplir una pena en una cárcel no es un hecho neutro en la vida de ninguna persona. Basta con visualizar estas consecuencias -¡imagínese en la vida propia!- para percibir los devastadores efectos que ello conlleva para los planes de vida y proyectos futuros de cualquiera. Cuando se enfrenta un proceso penal y una condena pero, además, se es extranjero, migrante, indígena, mujer, discapacitado mental o joven, la fuerza con que el sistema de justicia ejerce sus facultades se vuelve mucho más extrema y, en algunos casos, hasta más brutal.


Son algunas de estas condiciones de vulnerabilidad las que deberían inspirar el trabajo de todos quienes sirven al sistema de justicia penal -cualquiera sea su rol en él-, por la simple razón de que sólo así se garantiza un real acceso a la justicia. Lo anterior es fundamental para dar protección a los derechos de las personas, hacer justicia y lograr la cohesión social.

Ser extranjero o migrante, pertenecer a un pueblo originario, ser menor de edad, sufrir de una enfermedad mental o permanecer privado de libertad sin asesoría legal significa agregar un agravio más intenso al que impone el sistema como castigo por la comisión de un delito, y en definitiva, condiciona la eficacia de los derechos y su protección.

La misión de la Defensoría Penal Pública es entregar defensa penal a toda persona que carezca de abogado, pero su tarea no puede terminar en sólo brindar asesoría jurídica. Debe ir más allá, logrando espacios de perfeccionamiento de la calidad de la asistencia legal que entrega. A más de diez años de existencia, ya quedaron atrás los desafíos

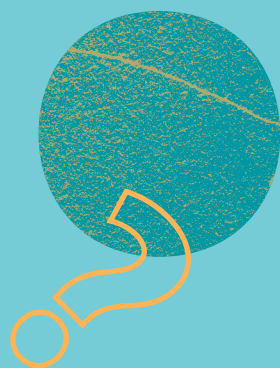
inmediatos que imponía la puesta en marcha de la reforma procesal penal, como la cobertura. El reto reside hoy en entender las especiales demandas de ciertos grupos y entregar las respuestas que merecen aquellas personas que, por sus condiciones de vida, son más frágiles. Y más aún cuando enfrentan a la justicia.

El presente número de la Revista 93 revisa los avances y desafíos que presenta hoy la defensa especializada para el sistema de justicia y, en particular, para la Defensoría Penal Pública. Entregar una defensa especialmente orientada a las necesidades y condiciones de vulnerabilidad a migrantes, extranjeros, indígenas y consolidar la especialización que se ha logrado en materia de defensa penal juvenil es más que un objetivo institucional: es un desafío que debe comprometer a toda la institución y a cada defensor.

Lograr que la defensa se extienda hasta la completa ejecución de la sentencia, alcanzando a aquellos que cumplen condenas privados de libertad, implica desafiar prácticas asentadas entre los actores del sistema y cuestionar sus formas y modos de operar. Y debe ser un desafío para la Defensoría, porque sólo así se logra el verdadero respeto de los derechos de las personas, del derecho a la defensa y, finalmente, se cumple con la máxima con la que comienza esta editorial: lograr que la justicia proteja a los más débiles. 



Duda Razonable



Claves para la especialización de la defensa penal

Por **Georgy Schubert S.**
Defensor Nacional
Defensoría Penal Pública

UN DERECHO SÓLO EXISTE CUANDO ES RECONOCIDO Y VALIDADO POR LA SOCIEDAD. A PARTIR DE ESTE CRITERIO Y DE LAS LLAMADAS REGLAS DE BRASILIA -QUE FIJAN EXIGENCIAS MÍNIMAS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD-, LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA HA IDO AVANZANDO EN LA ESPECIALIZACIÓN DE SUS ABOGADOS.

Cuando en marzo de 2008 -durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana- se acordó suscribir las Reglas de Brasilia -en adelante las Reglas- sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, se definieron y establecieron por primera vez varios conceptos cruciales para el ejercicio y la protección de los derechos fundamentales de las personas cuando necesitan de la justicia, ya sea para demandar su protección o para enfrentarla.

Se señala que nada se logra con que los países establezcan formalmente la titularidad de un derecho si no existe la posibilidad real de que sus habitantes accedan a él, garantizada de diversas maneras para obtener su protección y tutela.

Asimismo, se reconoce que establecer ciertos derechos a las personas resulta fundamental en un Estado democrático, pero es igualmente importante que junto con ese reconocimiento se garantice que se darán o arbitrarán todos los medios que sean necesarios para vencer los obstáculos que condicionan o dificultan su ejercicio. Lo anterior resulta trascendental, puesto que explicita que un derecho sólo lo es en la medida que la persona pueda servirse de él: gozarlo, exigirlo, ejercerlo.

Por esto, en su capítulo 1º, sección 1 establece que el objetivo de las Reglas es garantizar condiciones efectivas de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

¿QUÉ ES LA VULNERABILIDAD?

Entonces, ¿qué debe entenderse por personas en situación de vulnerabilidad? Las Reglas también lo definen, señalando que una persona se considera en situación de vulnerabilidad cuando en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentra especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Es decir, cualquiera sea el rol que la persona juegue en el sistema de justicia, tiene ciertos derechos que le son consagrados y que debe poder ejercer. Este ejercicio se dificulta, se condiciona y -en muchas ocasiones- se imposibilita, si la persona enfrenta o se encuentra en algunas

de las situaciones antes descritas. Sea que la persona sea testigo, víctima o imputado por un delito, todo se hace más difícil si suma a su condición ser joven, mujer, indígena o padecer de una enfermedad mental.

Las Reglas no sólo definen y establecen normas para los países, si no que van más allá: hacen recomendaciones y entregan orientaciones a los países para lograr lo que es su principal objetivo, que se entregue acceso a la justicia a toda persona. Y lo que es más importante, reconoce que la consecución de este objetivo requiere que las instituciones realicen especiales esfuerzos y tomen medidas extraordinarias para garantizar que ellos puedan ser ejercidos.

POLÍTICA INSTITUCIONAL

La necesidad de tener una actuación más intensa cuando nuestros usuarios encuentran mayores obstáculos para el ejercicio de sus derechos es una idea a la que la Defensoría Penal Pública pone especial atención cuando desarrolla una política institucional respecto del desarrollo de una defensa especializada.

Siendo una institución formada para defender a todos aquellos imputados o acusados que carezcan de un abogado y requieran de un defensor, desde sus inicios la Defensoría se ha empeñado por entregar una defensa de calidad y por lograr que nadie enfrente a los tribunales de justicia sin un abogado a su lado. Sin embargo, el avance de la defensa penal entregada durante los primeros años ha mostrado nuevas necesidades, que coinciden con el diagnóstico que se realiza en las Reglas de Brasilia: la importancia de que existan defensas especializadas y específicas para los distintos grupos de usuarios, en función de sus características, problemas o necesidades particulares.

Lo anterior parte de una premisa básica, que se sustenta en la experiencia que acumula la institución a través de los años: no todas las personas se encuentran en iguales condiciones para enfrentar a la justicia. Hay veces que en razón de su edad, estado de salud, circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, las personas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos que se les reconocen en el ordenamiento jurídico.

Entonces, si institucionalmente la Defensoría le da contenido al derecho que todos tienen de acceder a la justicia y al derecho a defensa, se debe hacer cargo de la necesidad de que se entregue una defensa especialmente orientada a entender la condición específica en que la persona se encuentra y que, de diferentes maneras, condiciona la posibilidad de que sea defendida adecuadamente. Es decir, si una defensa penal no conoce y no se hace cargo de la vulnerabilidad de su defendido, de sus especiales condiciones, puede entonces no defenderlos y transformarse incluso en un obstáculo más para que logre el acceso a la justicia y la protección de sus derechos.

LA ESPECIALIZACIÓN, EL DESAFÍO

Junto con las Reglas se introduce un nuevo y desafiante concepto para las instituciones que trabajan en el sistema de justicia: la especialización. Es necesario que las instituciones, entonces, conozcan las condiciones y necesidades de las personas vulnerables y den una respuesta especial. Para asegurar el efectivo ejercicio de los derechos todos y todas se deben conocer en profundidad sus necesidades, y en particular las características y particularidades que explican muchas veces por qué la persona está donde está y se encuentra en determinada situación.

Aunque las Reglas imponen a todas las instituciones el desafío de la especialización, para la Defensoría es quizás más importante y más trascendente asumirlo. La especial relación que se construye entre quien ha sido imputado de un delito y su abogado defensor resulta clave para que ese individuo pueda ejercer sus derechos, sea adecuadamente defendido, enfrente un juicio justo y, finalmente, acceda a la justicia en su sentido más amplio.

Ese abogado defensor será el único nexo que esa persona tenga con el sistema: no sólo deberá conocer su versión de lo ocurrido y darla a conocer -alegando en muchas ocasiones incluso su inocencia-, sino que además es el único que puede explicarle a qué se enfrentará, qué pasará en las siguientes horas y, finalmente, será quien debe establecer con el imputado un vínculo profundo de confianza, constituyéndose en el eslabón que une a esa persona con el sistema de justicia. Entonces, se llega a una conclusión más importante aún para la misión de la Defensoría: al ser ese eslabón, el abogado defensor es su acceso a la justicia.

Entonces, si ese abogado no conoce o no sabe de vulnerabilidades y condiciones especiales, no podrá entender a su defendido, y probablemente no podrá defenderlo de una manera adecuada. Nadie estará en mejores condiciones, si está especializado para constatar estas particulares circunstancias que exponen a su cliente de una manera especial, para hacérselas saber al sistema y sus operadores, y para escuchar lo que pasó y explicarle a su cliente lo que vendrá.


ÁREAS DE ESPECIALIDAD

Los abogados defensores están llamados -legal y vocacionalmente- a prepararse adecuadamente para defender a cualquiera que requiera de un abogado defensor. Debemos tener los conocimientos suficientes y adecuados para saber que, cuando se está frente a un joven que ha sido imputado de delito, es necesario actuar de una manera distinta que cuando el usuario es un adulto. O que cuando el imputado pertenece a una etnia se debe trabajar con un equipo multidisciplinario e integrar a un facilitador intercultural, que explique la visión del mundo que esa persona tiene y lo que puede significar su actuar en su particular mirada del mundo, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales.

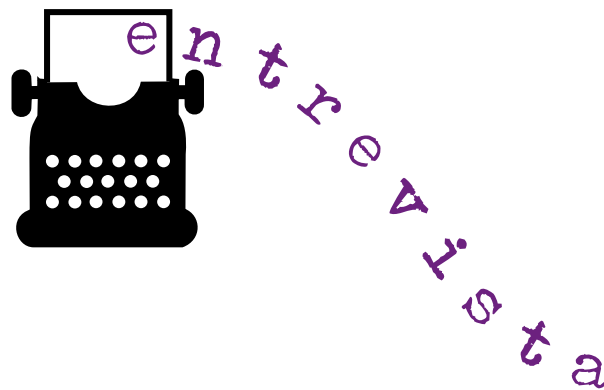
Asimismo, una buena defensa de un extranjero debe conocer cuál su proyecto migratorio, qué está haciendo esa persona lejos de su país, y así tomar decisiones en la estrategia de defensa que no signifiquen afectar definitivamente ese proyecto y el de su familia. Como puede observarse de los ejemplos, conocer estas condiciones especiales no es trivial y debe ser parte de la misión institucional de la Defensoría.

Finalmente, y aunque el rol de la Defensoría y de los abogados defensores resulta clave para la materialización de los derechos que la Constitución y las leyes consagran para todas las personas imputadas o acusadas por un delito, no pueden ser los únicos que busquen a través de la especialización la consecución de los objetivos y fines que establecen las Reglas de Brasilia. Todos quienes participamos del sistema de justicia penal debemos comprender que, de no existir esta especial mirada hacia las personas en condiciones de vulnerabilidad, se las expone a la injusticia y se les condiciona al acceso efectivo a sus derechos.

Entonces, de nada sirve cuánto hayamos avanzado como sociedad en dar garantías y derechos: condicionar el acceso a ellos de algunos, especialmente de los más necesitados, nos devuelve al inicio, precisamente al lugar desde donde creíamos haber avanzado. Las claves están entonces en entender la trascendencia de estas necesidades, en conocerlas, reconocerlas y prepararse para enfrentarlas.

Eso es lo que la Defensoría ha comprendido y en lo que ha avanzando: ser un eslabón fuerte que una a las personas vulnerables imputadas de un delito y al sistema de justicia, a través de la entrega de defensas especializadas, que garanticen a todos los que defendemos un real acceso al derecho a ser defendido adecuadamente. 

A confesión de parte



HUGO DOLMESTCH

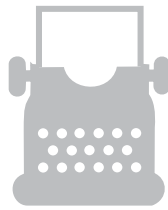
Por Marcelo Padilla V.
Periodista Unidad de Comunicaciones
Defensoría Nacional

HUGO DOLMESTCH, MINISTRO DE LA SALA PENAL Y VOCERO DE LA CORTE SUPREMA:

“EL SISTEMA PROCESAL PENAL HA FUNCIONADO PERFECTAMENTE BIEN”

EL MAGISTRADO CONVERSÓ CON “REVISTA 93” SOBRE LA REFORMA DE LA REFORMA, LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS ACTORES DEL SISTEMA, EL TEMA DE LA CÁRCEL Y LA REHABILITACIÓN. TAMBIÉN DEFENDIÓ LAS ATRIBUCIONES DEL PODER JUDICIAL Y RECHAZÓ LA CREACIÓN DE TRIBUNALES ESPECIALES: “EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN ES EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA, ESO ES LO QUE LE DA CERTEZA AL SISTEMA”, ASEGURA.





El profesor normalista Hugo Dolmestch Urrea es más conocido como abogado, juez e integrante de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema, tribunal en el que asumió el 1° de agosto de 2006. Claro que a veces se le nota esa otra historia, porque cada tanto mientras conversa hace notar con orgullo su origen parralino y su paso por la Escuela Normal de Curicó. Y agrega: “¿Se ha fijado usted lo lindo que es Chile?”

Dolmestch concede esta entrevista pocas horas antes de abordar el avión presidencial, como parte de la comitiva que acompañará a Sebastián Piñera a una extensa gira de diez días por Europa, a la que también ha sido invitado otro juez supremo, el magistrado Pedro Pierry.

Quizás por lo mismo, Dolmestch es cauto para referirse a temas como la ‘reforma de la reforma’, aunque sutilmente reconoce un clima distinto entre el Poder Judicial y el Ejecutivo, tal como lo reiterará al día siguiente, ya durante el viaje: “Uno de los primeros actos que realizó (el nuevo ministro del Interior, Andrés Chadwick) fue ir a la Corte Suprema. De tal manera que ha habido un cambio, una actitud positiva. Y de parte nuestra también”, dirá a los enviados especiales.

Más allá de la contingencia, ¿cuál es su evaluación sobre el funcionamiento del sistema procesal penal en nuestro país?

Está muy bien planteada la pregunta, más allá de la contingencia, porque ahí tenemos algunas dificultades. Me parece que el funcionamiento del sistema procesal en todo el país, atendida nuestra cultura de siglos, ha funcionado perfectamente bien. Ha tenido grandes éxitos y también dificultades, pero que son las menos, más de gestión que nada.

¿Cuáles son las principales diferencias del modelo adversarial vigente con el sistema inquisitivo anterior?

Sin ninguna duda ha sido un gran avance que se acabe el

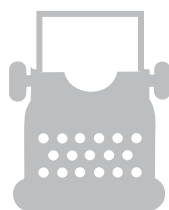
secretismo del sumario, de la investigación, de los jueces. Lo mismo la existencia de los actuarios, que al menos daba qué pensar a la gente, con o sin verdad. Lo segundo que encuentro maravilloso es que la población carceraria de hoy no es gente procesada, sometida a investigación. Es de condenados. El principio de la presunción de inocencia es un fundamento básico de la justicia. Y se da. La gente investigada no tiene por qué estar privada de libertad. Y nosotros teníamos por mucho tiempo a gente en esa condición.

A la transparencia agrego la intermediación, en el sentido de que los jueces están en público frente a las víctimas, los imputados, los abogados y la prensa. Allí es probable que los jueces se formen una convicción más acabada de los hechos.

Y lo importante es que existan salidas alternativas, soluciones previas para que no todo llegue a juicio. La gente no se acostumbra mucho a eso, siempre pide juicio y cárcel, pero ese es un problema cultural que tendrá que irse resolviendo.

Cuando alguien queda sin prisión preventiva es un reclamo absoluto. La gente siempre critica que entran y salen del sistema, pero resulta que la cárcel o la prisión está concebida para gente normal como nosotros, para gente decente. Todo el mundo dice ‘los delincuentes’... En el sistema antiguo, cuando usted conducía un automóvil y tenía un accidente, tenía que estar preso, no había otra salida. Aquí no. Y cuando dicen que son los delincuentes los que más aprovechan el sistema, bueno, son los usuarios, los que más lo conocen, los que están en ese ambiente. Pero todo el resto de nosotros también estamos protegidos por esto. Y eso sí que es democrático. Es muy importante.

Como definición estructural, creo que el sistema funciona muy bien. Otra cosa muy bonita es que la gente tenga derecho a una Defensoría Penal gratuita, con abogados de excelente calidad -al menos por lo que yo veo en la Corte Suprema-, que son estupendos. Es un gran avance. Antes esto se veía a través



de la Corporación e iban cambiando, eran niños que hacían la práctica y a los seis meses el caso se lo daban a otro. Hoy día la Defensoría Penal Pública tiene presencia. Y buena presencia.

También es difícil sacarse de encima algunas críticas de la gente cuando tienen algo de realidad. Lo que más se aumenta son los errores. Son muchas causas en que la gente queda insatisfecha.

Y la insatisfacción el principal defecto que yo le veo, que no sé qué solución pueda tener -porque también choca con la cultura, con la formación de la gente- es que el sistema recursivo es muy estrecho y las facultades que puedan tener los tribunales superiores de justicia son mínimas. Todo esto se resuelve allí, por supuesto que sobre la base del principio de la intermediación. O sea, yo como ministro de la Corte Suprema no podría resolver un problema sobre el cual no he tenido noticias, salvo lo que me cuentan y lo que consta en los audios, que no son el mejor informativo para lo que ha ocurrido.

Entonces, por qué no podría existir -por ejemplo- una facultad de actuar de oficio, para que los tribunales puedan resolver algunas dificultades, porque se ven algunos casos en que hay errores manifiestos y no hay cómo salir. Si no hay un recurso adecuado que llegue, que tenga fundamentos, requisitos de admisibilidad...

La Corte no tiene atribuciones para intervenir directamente....

No, no. Ni tampoco para salirnos de los términos del recurso.

¿Y no se ha discutido como parte de los temas de la llamada reforma de la reforma?

No he sabido de eso, pero creo que eso pugna absolutamente con el espíritu de la reforma. El sistema antiguo descansaba sobre la idea de que esto iba a ir en cascada hacia abajo, pero

que los verdaderos “gurúes” del sistema estaban arriba, que los demás estaban equivocados. Con una apertura hacia una actuación de oficio podría ser que las Cortes, los tribunales superiores de justicia vuelvan a imponer su forma de hacer las cosas, en circunstancias de que no han actuado en el proceso, no conocen los hechos. Entonces es un poco contrario. No sé si por el lado de las facultades disciplinarias, pero es fuerte también decirle a un juez que en materia jurisdiccional o estrictamente jurídica cometió una falta muy grave y aplicarle una sanción porque son autónomos y, además, en materia interpretativa la Corte Suprema ha sido reiterativa en cuanto a que cuando se interpreta el derecho no hay falta o abuso.

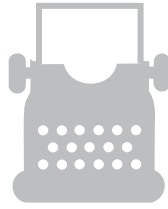
REFORMA A LA REFORMA

¿Qué le parece la idea de reformar la reforma?

Esa frase no sé quién la inventó. Lo que aquí se ha querido hacer es ver de qué manera y en qué circunstancia, sin alterar el sistema -porque el sistema no tiene vuelta-, poder evitar estas dificultades tan grandes, que la comunidad no entiende. No entiende, por ejemplo lo resuelto en el caso bombas. ¿Bombas hay? Claro que hay bombas, muchas bombas. Que la Corte Suprema no arregló esto ¿y qué va a arreglar? Si están muy limitados los caminos y las facultades. Hay cuestiones que ya quedaron atrás.

¿Y esto no se ha debatido en el pleno de ministros?

Muchas veces hemos conversado, sobre todo en la Sala Penal, y nos encontramos con que el sistema es muy bueno, aunque le faltan unos buenos años de rodaje, de ajustes y coordinación. En lo personal, no he podido sacarme esto de ser juez de instancia superior, en que uno como que estaba acostumbrado a que el criterio propio es el que se impone. Incluso yo he tratado... algunos me dicen que violentando la ley... no creo que sea eso, pero de todas maneras tratando de resolver una dificultad evidente, abriendo la puerta a que pudiera, en algunas circunstancias, aceptarse la queja, por



ejemplo, que tiene otra fuente, que no es netamente jurisdiccional, sino que disciplinaria. Esa vía podría permitir abrir un poco y que se revisen errores que a veces son garrafales y que afectan a la gente.

Y hay otro tema que es básico. En esto de la investigación existe algo que es irremplazable, la experiencia del investigador, que es muy importante. Y en este caso la Fiscalía tiene tal cantidad de causas, que no alcanza, no da abasto. Y también falta experiencia, porque la juventud no resuelve todo. Resuelve casi todos los problemas, menos algunos. Yo confío en los jóvenes, que son mucho más preparados. No sé cómo vendrá, no se si habrá o no reforma respecto de la actuación de la policía. Creo que se ha exagerado con esto de dejar a la policía un poco de lado, porque como que todo este sistema es una especie de sanción a su pasado, pero la policía tiene mucha experiencia y tiene antecedentes y muchas veces resuelve dificultades. Tanto que nos costó sacarle a la policía el olfato policial, el actuar por tincazo. Y normalmente le apuntan, pero no es la solución. Se necesita mayor certeza. Entonces creo que esto requiere un rodaje mayor.

Tanto la Fiscalía como la Defensoría han identificado áreas de especialización para sus profesionales (delitos sexuales en la primera y defensa penal juvenil en la segunda). ¿Qué opinión le merecen tales estrategias diferenciadoras dentro de la misión de estas instituciones?

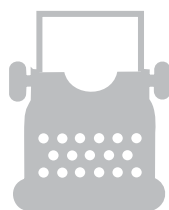
Creo que eso es muy importante y que lo han hecho muy bien. Cuando escucho a los abogados que alegan -tanto por la Defensoría como por el Ministerio Público- tienen un grado de especialidad bastante notorio y lo hacen muy bien. Creo que es bueno que la experiencia se vaya acumulando y no se vaya perdiendo. Porque cuando uno -como antes- ve todo y resuelve todo, la especialidad se va diluyendo en de todo un poco. Ahora veo que hay fiscales y defensores especializados, unos en delitos sexuales, económicos o de tráfico, otros en temas juveniles, por ejemplo, y eso me parece que es fundamental.

Si la especialización es el camino, ¿qué otros actores del sistema deberían identificar y desarrollar áreas de especialidad similares?

La pregunta es por qué no podría extenderse esta tendencia a la policía, que tendría que utilizarse de una manera más efectiva. Que ellos también pudieran ser derivados a obtener una suerte de especialización y puedan colaborar en esto. Tengo la mejor impresión de las policías. Las conozco y creo que son gente muy honesta en su trabajo, pero se sienten un poquitito limitados. Yo hago clases hace más de veinte años en Carabineros, en la Academia Superior. Ellos siempre han estado preocupados de esto. El general director actual (Gustavo González Jure), por ejemplo, es un abogado de gran calidad y que ha participado desde el primer minuto en esto, involucrado absolutamente. Entonces, cuando ven que cada día la ley los va limitando un poco, se sienten también menoscabados

¿Y el debate que plantea, por un lado, darle más atribuciones a las policías y, por otro, la preocupación que genera esa mayor autonomía?

Las atribuciones pueden convivir con el control. Si hay más atribuciones, también hay más control. Las policías pueden hacerlo, pero hay mucha gente que desconfía de todo por profesión de fe. "No, es que la policía no hace esto, no hace esto otro". La policía cada día se ha ido preparando más. Son mucho más preparados y tienen gran cantidad de profesionales. Ahora, tampoco puede uno entregarles que hagan toda la investigación por su cuenta. Creo que no, porque para eso está el fiscal. Y esta relación -que yo escucho que no es tan fluida como se merecen ellos con la fiscalía- son los defectos de estar cada día en terreno. La policía tiene muchas veces que disfrazar un poco, por ejemplo la flagrancia, para poder detener, en delitos más complejos. Y cuántos delitos han quedado precisamente sin sanción, porque la policía precisamente no se ha atrevido a actuar. Y después



vienen las nulidades y ha habido dificultades. Pero creo que todo es cuestión de ajuste y buena voluntad.

CRISIS CARCELARIA Y JUECES

La Corte Suprema ha alertado varias veces sobre la urgencia de atender la crisis carcelaria de nuestro país ¿Qué piensa hoy, a más de dos años del incendio de la cárcel de San Miguel? ¿Qué temas siguen pendientes?

Creo que casi todo está pendiente. Esa es la verdad de las cosas. Cuando se producen estas tragedias nos acordamos de esta gente, que si bien es cierto con su conducta ha violentado las reglas sociales, tienen su familia y son personas que -muchos de ellos, no sé qué porcentaje- deberían rehabilitarse y ser útiles a la sociedad. El sistema cultural los condena para siempre y como sociedad no estamos haciendo lo que debemos, por falta de recursos, seguramente, por falta de decisión...

Distintas voces han planteado la necesidad de que se instaure un sistema de “jueces de ejecución de condenas”. ¿Qué opinión le merece tal idea?

El sistema de jueces de cumplimiento de penas lo instituiría de inmediato. Es muy importante la vida carcelaria. Allí hay muchos dramas, muchas cosas, también muchos errores que hay que reconocer. En general, allí se requiere de una reglamentación interna que tenga otra lógica, no la lógica propia del custodio, que de lo único que se asegura es de que el tipo no se le arranque. Lo demás no es su tema. Debería ser que se cumplan los beneficios carcelarios y que haya jueces encargados del cumplimiento de las penas. Eso es urgente.

¿Eso dependería de una iniciativa parlamentaria, del Ejecutivo?

Algunos dicen que los jueces de garantía estarían encargados de esto, pero no existen como tales. Debiera generarse por ley

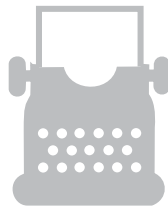
todo un sistema de cumplimiento. No se trata solamente de la comida, de dormir, de un orden, sino de que esa gente debe tener alguna luz en su oscuridad.

Cumpliendo su misión, la Defensoría desarrolló un modelo de defensa penitenciaria, que da cobertura a las personas condenadas hasta el cumplimiento de sus penas. ¿Cómo lo evalúa y qué reflexiones puede hacer a partir de esta idea para el resto del sistema de persecución criminal?

Es maravilloso. Mire, si usted hace una visita a la cárcel se encuentra con tantos reglamentos nacidos de una lógica distinta, tan represiva. Me acuerdo de un hombre. Con su conducta, ellos van juntando algunos beneficios, que en su caso se transformaron en algunas reducciones de condena. Llevaba muchos años y tenía una pequeña cantidad de días que le iban a servir para salir en libertad. Hacen una revisión y le encuentran un celular. Creo que hay que castigarlo, me parece legítimo, pero la sanción que contempla el reglamento interno es disminuirle creo que el 80 por ciento de lo que había ganado en diez años. Por un solo acto, que puede ser todo lo que usted quiera, pero que implica una desproporción.

Entonces esa gente en las cárceles no entiende, se queja mucho por el beneficio de las libertades condicionales, por ejemplo. Se les dice ‘usted vaya a la escuela, participe de la religión, trate de trabajar, de no portarse mal’. Entonces los funcionarios envían una lista de personas que se estiman merecedoras, pero la revisa una comisión lejana, que actúa por expediente y que les dice que no. Y a ese hombre, que ha estado un año sacándose la mugre, le dicen no, no, no. Es un portazo. Claro, no sé si esa sea la regla general. Pienso que la gente tiene que tener una mano, por eso las iglesias hacen una labor tan encomiable dentro de las cárceles, pero no hay algo que sea sistemático y propio de la sociedad...

Cree que, finalmente, la sociedad prejuicia y olvida a los presos, los mete debajo de la alfombra...



En gran medida. Mucha gente piensa que bien presos están y punto, pero no saben que hay muchas cosas que uno tendría que estar ahí para darse cuenta. El tipo que está ahí queda estigmatizado para toda la vida y eso no puede ser. Y después sale y no tiene otra. Llegan los delincuentes organizados y los reclutan, porque 'nosotros somos los únicos que te vamos a dar trabajo'. Las iglesias católica y evangélica ayudan mucho ahí, siempre he sido muy partidario de lo que hace la Fundación Paternitas, por ejemplo, pero sin mayores recursos. La sociedad no reacciona. No tenemos siquiera jueces de cumplimiento de penas, para que el tipo conozca sus derechos. De hecho, los derechos no tienen ningún valor si a usted no se los reconocen. Este es un gran, gran tema, mucho más allá de las cárceles concesionadas y todo lo demás. Debería incluirse en el actual proceso de reforma. Lo hemos conversado con otros ministros, pero sólo informalmente. No se ha planteado formalmente, porque nosotros actuamos por reacción, no tenemos iniciativa legal como el Ejecutivo y el Legislativo. Actuamos por requerimiento.

¿Cómo podría involucrar esto a otras instituciones del sistema, Fiscalía, Gendarmería? El Sename, por ejemplo, dividirá sus funciones de protección de la infancia y de seguridad y rehabilitación de los menores infractores de ley ¿Gendarmería podría hacer algo parecido?

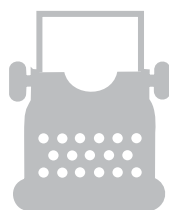
Sí, sí. A mi me llegan todas estas revistas de la Fiscalía, de la Defensoría, de Gendarmería y he visto que todos se preocupan de esto, pero tienen que sistematizar las cosas y tiene que ser con leyes en la mano y con financiamiento. Tiene que haber algo que se pueda hacer. La creación de talleres, no sé. Igual hay bastantes empresarios que actúan bien en este sentido, pero falta mucho.

SUSTRACCIÓN DE COMPETENCIAS

La Corte Suprema ha sido crítica ante el surgimiento de tribunales especializados que escapan al control

jurisdiccional del Poder Judicial (ejemplo, los tribunales ambientales). ¿Cuál es la crítica a tales iniciativas y qué es lo que se propone a cambio?

La Corte ha sido crítica y así lo ha dicho en todos los informes, porque es un poco sustraerle de las competencias propias de los tribunales algunas materias que tienen alguna connotación distinta, que mucha gente los justifica diciendo que son de alta especialidad, en circunstancias que todo lo que conduzca, se trate o sea una actuación ilegal o ilícita, la Corte Suprema tiene posibilidades y está preparada para resolverlo. Cuando se dice que el ejercicio de la jurisdicción es exclusivo y excluyente de los tribunales de justicia, eso es lo que le da certeza al sistema. El sistema jurídico nuestro prácticamente funciona por eso, porque hay áreas definidas. Nosotros también actuamos sobre la base de peritos, de gente especializada y estamos en condiciones de resolver esos problemas. Entonces, en la medida que se nos vaya imponiendo esta idea de que las cosas con especialidad o con requisitos de conocimientos especiales salgan de nuestra misión-función, se va desnudando la jurisdicción. Los tribunales ambientales son un caso. Eso tiene una gran connotación de orden político-económico, no es una cuestión tan simple. Siempre he pensado que sería bueno regular el alcance de la decisión político-económica y el alcance de la decisión jurisdiccional también, porque es posible que la Corte Suprema pueda llegar -como dicen- a paralizar el país, porque se entromete en otras cosas. Eso podría ser motivo de una cierta regulación, tal vez, pero no de una sustracción de la competencia. Se puede rayar mejor la cancha, pero no eliminarla. La certeza, en este país, de que las cosas las resuelve gente que está preparada es precisamente la existencia de la Corte Suprema y de los tribunales de justicia como son, en las materias de su competencia. Hasta aquí, eso le ha dado certeza al país. Y esto trae, como consecuencia, por ejemplo, que la generación de estos tribunales, el nombramiento de estos jueces, puede venir de otro lado, en que tienen que informar otros organismos. Se rompe el



esquema. No sé, después a los notarios los va a nombrar otras personas.

¿En qué otros ámbitos ha pasado o hay iniciativas para que pase?

Bueno, en el ámbito económico hay varios. Los tributarios...

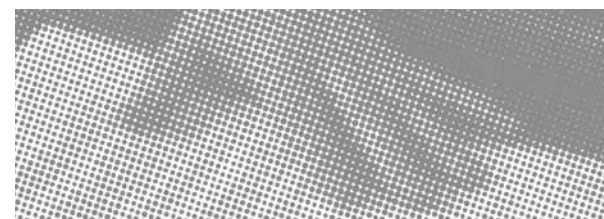
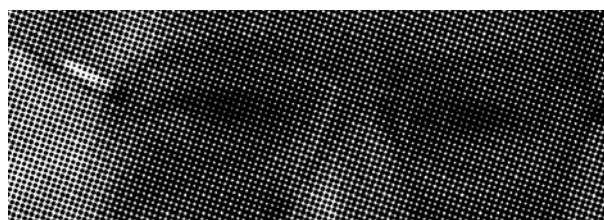
En tales casos, ¿la jurisdicción quedaría asentada en ellos y ustedes quedarían fuera?

Por ahora no, porque se dice que la superintendencia directiva y correccional jamás se le va a quitar a la Corte Suprema, pero queda muy limitada si se le sacan los recursos. Por ejemplo, si se acaba el recurso de casación en materia civil y va a haber solamente recurso de nulidad, va a pasar más o menos lo mismo que está pasando con la justicia penal, donde a la Corte Suprema no llegan las cosas. La Sala Penal va a llegar un momento, a muy corto plazo, en que no va a tener causas, porque el recurso de nulidad es muy limitado. El espacio de entrada es muy corto. Estoy de acuerdo en que hasta hace un tiempo ese espacio era muy amplio. Al extremo. Todo llegaba a la Suprema. Y eso puede tener orígenes impensados o también pensados.

Entonces, así se llega a todo eso, que en todas estas cosas especializadas la Corte no tenga más que la superintendencia directiva y correccional, que dice relación con las facultades disciplinarias. Esa no es una forma de resolver los conflictos. Y si además se agrega que en la generación de esos tribunales tienen influencia otros órganos externos a la jurisdicción, eso puede llegar a que se tenga un Poder Judicial atomizado y simbólico, porque si no tiene facultades, no tiene de dónde resolver. En el tema de la reforma procesal civil, también se pretende eliminar el recurso de casación, para transformarlo en recurso de nulidad o de modificación, no sé cómo se llamará, pero el camino de eso es tan delicado. La mayoría de los casos se resuelven abajo. Porque el principio de

inmediación es muy bueno, pero también tiene ese problema. Inmediación significa inmediatez, o sea trabajar en presencia de los interesados, resolviendo los problemas directamente, sin dejar constancia de ninguna cosa. Entonces, el sistema recursivo para arriba es prácticamente de derecho no más, muy limitado.

Nosotros hemos manifestado nuestra postura sobre esto, pero el resto de los poderes no responde. Ellos sencillamente escuchan la opinión de la Corte Suprema y dictan la ley.





**Examen
&
Contraexamen**



GIGLIO LINFATI, VICARIO GENERAL DE LA DIÓCESIS DE TEMUCO:

“LOS FALLOS JUDICIALES NO SON CAUSA, SINO CONSECUENCIA DE LOS CONFLICTOS SOCIALES”

COMO PRESIDENTE DE LA FUNDACIÓN INSTITUTO INDÍGENA, LINFATI CONOCE LA REALIDAD DEL LLAMADO ‘CONFLICTO MAPUCHE’, CONTEXTO EN QUE FUNCIONA LA DEFENSORÍA PENAL MAPUCHE DE LA ARAUCANÍA. EN ESTA ENTREVISTA EXPLICA POR QUÉ EL ESTADO SE EQUIVOCA CUANDO INTENTA RESOLVER EL PROBLEMA SÓLO CON MAYOR PRESENCIA POLICIAL O MAYOR JUDICIALIZACIÓN DE CASOS: “SE REQUIERE UNA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO QUE ASEGURE EL RECONOCIMIENTO PLENO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS () CHILE NECESITA UN OMBUDSMAN, UN DEFENSOR DEL PUEBLO AUTÓNOMO, QUE PUEDA LITIGAR INCLUSO CONTRA EL ESTADO”, AFIRMA.

Por equipo “Revista 93”

El sacerdote Giglio Linfati Cantergiani, vicario general de la diócesis de Temuco -que dirige el obispo Manuel Camilo Vial-, nació en Lumaco en 1959 y toda su vida ha estado ligada a la Región de La Araucanía y sus problemas, más allá de su viaje a Roma, donde obtuvo una licenciatura en teología moral en 1993.

Por lo mismo, conoce directamente la precaria realidad de las comunidades mapuche de la zona y, desde su rol actual como presidente de la Fundación Instituto Indígena, es una voz autorizada para explicar las complejidades de un problema que -según sus palabras-, no se origina en los fallos judiciales ni en los procedimientos policiales como causa, sino en conflictos culturales y sociales que el Estado no ha sabido enfrentar ni resolver.

Las respuestas de Linfati surgen con la excusa de evaluar el funcionamiento del modelo de defensa especializada indígena que la Defensoría desarrolla en La Araucanía y el resto del país, pero van mucho más lejos. Construidas con la colaboración de Soledad Molinet, secretaria ejecutiva de la fundación, y del académico Juan Jorge Faúndes, ex director ejecutivo de la misma entidad, apuntan a la esencia misma del mal llamado ‘conflicto mapuche’ y a las innovadoras soluciones con que podría resolverse este tema, más allá de concebirlo como un problema de orden público o seguridad.

Cumpliendo su misión institucional, la Defensoría Penal Pública ha desarrollado un modelo especializado de defensa penal indígena, que recoge las particularidades

interculturales de los pueblos originarios y que está vigente en todo el país ¿qué opinión le merece esta iniciativa?

Es interesante este tipo de iniciativas, pues recogen las particularidades de aquella persona perteneciente a un pueblo originario, en el sentido de que no se puede aplicar normas comunes de todos los chilenos a uno perteneciente a este grupo. Ello, debido a que el país se ha obligado mediante tratados internacionales de derechos humanos, que contienen normas dirigidas a estos pueblos. Por ejemplo, el Convenio internacional de la OIT, vigente en nuestro país desde 2009.

También es destacable que cuenten con facilitadores interculturales que puedan relacionarse de manera más cercana con los imputados y sus familias. Habría que preguntarse si esta relación ha sido cercana, oportuna y pertinente. Sin duda, quienes tienen la palabra aquí son los propios usuarios.

¿Qué opina de esta estrategia diferenciadora, que busca ofrecer modelos de defensa distintos a diferentes grupos vulnerables de la población? (jóvenes, mujeres, migrantes, condenados, etc.)

Un Estado que sea garante de los derechos humanos debe expresar este tipo de defensas específicas, pues así se da cumplimiento a todos los pactos, convenios y tratados ratificados, cumpliendo con el estándar mínimo de derechos, trabajando así por la paz social.

PUEBLO MILENARIO

¿Cuáles serían, en el caso del pueblo mapuche, las particularidades que el sistema de justicia debiera reconocer para garantizar adecuadamente los derechos de su población?

Primeramente, comprender que se trata de un pueblo milenario, con tradiciones vigentes y que enriquecen la diversidad cultural del país. Además, reconocer que como pueblo posee un sistema propio de regulación del orden social y que ese rol lo cumplen por lo general las autoridades tradicionales (*lonko, machi, ngenpin, kimche, werken*), orientando a los integrantes de las comunidades mapuche en la vida cotidiana conforme a su cosmovisión.

Debiéramos avanzar hacia el reconocimiento del sistema de justicia indígena -que incluya sus normas, autoridades y procedimientos-, de tal forma que el Estado asuma la diversidad de sistemas de jurisdicción que existen en el país o que, a su vez, eso signifique un auténtico estado pluricultural. Mientras estos cambios estructurales no ocurran, las necesarias mejoras al ordenamiento jurídico -como el mismo sistema de defensa penal indígena de la Defensoría- apuntan a reforzar el estándar de derechos vigente.

También es importante que los facilitadores interculturales tengan la confianza de los imputados, para así lograr posicionar sus requerimientos culturales con la disposición de aportar al proceso.

Otro tema es valorizar la autoridad ancestral del pueblo mapuche, por ejemplo la figura del *lonko*. En el caso de un allanamiento en busca de un integrante de su comunidad, se debería consultar previamente al *lonko* y coordinar con él el procedimiento, para no alterar la armonía entre sus miembros.

Se trata de personas vulnerables, a las que se les va a someter a un sistema de justicia que no es propio de su cosmovisión. Hoy sucede que cuando carabineros de Fuerzas Especiales o la PDI ingresan a una comunidad, proceden a la entrada y registro de varias casas de distintos comuneros en la comunidad, con el objetivo de dar cumplimiento a una orden de detención respecto de un comunero en particular, destruyendo todo a su paso, afectando a niños, mujeres, personas mayores. Ello es totalmente injusto y discriminatorio.

Falta superar las situaciones de discriminación y estigmatización hacia las personas, comunidades y organizaciones mapuche, pues eso ha repercutido, en muchas

ocasiones, en el trato que se les brinda. Por otro lado, hay que trabajar en establecer confianzas. Esto pasa por un buen trato, por el respeto a una forma diferente de enfrentar la vida.

¿Qué mecanismos de resolución de conflictos propios de los mapuche debieran ser recogidos y aplicados por la justicia chilena?

La forma adecuada de “recoger” las formas de justicia indígena es reconocer integralmente sus sistemas de justicia, más la aplicación de ellos por la justicia del Estado. Sin embargo, la tarea de “recoger” o validar las normas de justicia indígenas no sólo trata de la elaboración de un listado de “prácticas” o principios indígenas de resolución de conflictos, por lo demás disgregado de su contexto, sino que debiesen relevarse los “peritajes antropológicos” en los diversos procedimientos de la justicia del Estado, de manera tal de recurrir técnica e informadamente a las propias fuentes indígenas, a los propios actores, para “ver” sus formas de solución de conflictos en su contexto, y que con dichos antecedentes resuelvan los jueces.

Esto lo ha venido haciendo la Defensoría Penal Pública. Se rescata y se insta a promoverlo, a destinar mayores recursos y a que se pueda replicar en los diversos procedimientos, no sólo penales, sino que civiles, de familia, laborales, incluso administrativos, como en temas municipales, vecinales o ambientales. Este también es un mandato explícito del Convenio 169 de la OIT.

Ahora bien, algunos principios o prácticas en particular de las que podemos llamar la atención son los llevados a cabo por las autoridades tradicionales, principalmente *lonkos* y *machis*, quienes someten a evaluación de sus pares las conductas impropias de algún integrante de la comunidad, y donde por lo general la sanción -más que ser punitiva- busca restablecer el equilibrio que se ha quebrado. Por lo general, en la mediación se refuerzan los valores mapuche: *norche* (ser una persona recta, de palabra), *kimche* (cada día aprender un poco más), *kumeche* (solidario), *newenche* (con fortaleza interior).

JUSTICIA INDÍGENA

¿Cree usted que, tras la aprobación del Convenio 169 de la OIT, la justicia chilena ha incorporado sus criterios?

La ratificación y posterior entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT en nuestro país reconoce un sin fin de derechos para los pueblos originarios, en el ámbito de la justicia penal.

Por ejemplo, el artículo 9 N° 2 del convenio señala que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”. En nuestro caso, del pueblo mapuche.

Del mismo modo, el artículo 10 N° 2 del mismo convenio señala que “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”. Ello explica que el sistema penal del pueblo mapuche, y en general de los pueblos originarios, busca el restablecimiento de la armonía entre sus miembros. En Chile, si bien existen algunos avances, varios de ellos promovidos por la Defensoría Penal Pública, en general al país le falta mucho para adecuar su normativa interna en materia penal, acorde a los estándares mínimos de este convenio.

Y, como se ha sostenido más arriba, esta adecuación mínima dista de un pleno reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por ejemplo de sus sistemas de administración de justicia, pero también de la protección del medio ambiente en sus territorios, de sus derechos culturales, del respeto de sus lugares sagrados, todo lo cual pasa por una forma más profunda de reconocimiento, una verdadera reestructuración del Estado y una sociedad que se reconozca a sí misma como diversa y acepte y promueva estas transformaciones.

Más allá de los conflictos judiciales que involucran a personas mapuche o quizás a propósito de los mismos, distintas voces han cuestionado una permanente discriminación del Estado de Chile contra personas de este origen étnico. ¿Cuál es su diagnóstico en este tema? ¿Qué mecanismos institucionales faltan para resolverlo?

Partiendo de la base de la conformación de un Estado unitario, con un centro de impulsión política, donde todas sus decisiones se toman centralizadamente, no se toman en cuenta y se aminoran los derechos de los pueblos indígenas, que son amparados por diversos tratados de derechos humanos, y que el país luego de ratificarlos e incorporarlos al ordenamiento jurídico se ha obligado a reconocerlos, ampararlos y protegerlos. Por ejemplo, los derechos que contiene el Convenio 169 de la OIT, tales como derecho a participar en las tomas de decisiones gubernamentales, el derecho a la consulta de acuerdo al estándar mínimo que recomienda el derecho internacional, en especial lo recomendado por el relator especial de Naciones Unidas para los pueblos indígenas, James Anaya.

Como hemos planteado, se requiere una profunda reflexión de la sociedad chilena y de una transformación del Estado que asegure el reconocimiento pleno de los pueblos indígenas y sus derechos, tanto individuales como colectivos. Ese reconocimiento podría operarse a partir de la aplicación integral del Convenio 169 ya aprobado, pero se consagraría y aseguraría mediante un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Además, ese reconocimiento no se basta con una mera formalidad ni con cualquier texto. Es clave cómo se define el reconocimiento, incluyendo de los derechos o condiciones necesarias para su pleno desarrollo político, social, cultural y económico. Lo que en el derecho internacional se conoce como la autodeterminación, siempre como un pueblo dentro del Estado, pero que interlocuta con él y un Estado que, a su vez, lo respeta y valora, otorgando todas las condiciones necesarias para el pleno respeto de sus derechos individuales y colectivos.

Por ello, en una posible reforma constitucional no basta que se indique como ‘multicultural’ o que se reconozcan culturas, pero se hable de una ‘nación indivisible’ o de un mero ‘aporte’ a la ‘nación chilena’, entre otras fórmulas que se han propuesto en la historia constitucional, y que no han prosperado precisamente porque no significaban un reconocimiento ‘en serio’, como el que señalamos.

Asimismo, este ejercicio se debe realizar en todos los escenarios de la sociedad, desde la formación en la familia, la educación formal, la espiritualidad. Hay que sensibilizar en la capacidad de colocarse en el lugar del ‘otro’.

¿Cómo cree usted que perciben los mapuche, en el contexto del llamado ‘conflicto territorial’, que un servicio dependiente del mismo Estado que encabeza la persecución penal sea el que los defienda penalmente?

Ha sido difícil, pues se vivencia una situación de desconfianza. Por lo general, cuando han ocurrido las situaciones más complejas no concurren precisamente a la Defensoría Penal Mapuche, o bien llegan a ella como segunda opción cuando no les ha resultado la gestión en otras instancias.

Existe la sensación de que mientras no se avance en las etapas antes mencionadas (reconocimiento efectivo, cambio de actitud de la sociedad mayoritaria, valoración de lo que implica ser una cultura diferente) no habrá una plena confianza en ser defendidos por instancias estatales.

UN 'OMBUDSMAN' PARA CHILE

¿A través de qué mecanismos podría evitarse una disociación en este ámbito?

A través de la creación de un órgano defensor totalmente especializado. Chile necesita, no sólo en el tema mapuche, sino que en general un Ombudsman, un defensor del pueblo autónomo, que pueda litigar incluso contra el Estado en defensa de los derechos humanos en general, representando a los más débiles, tanto desde el punto de vista económico como del poder que *per se* sostiene el Estado. Sin duda, establecer la autonomía a nivel constitucional de la Defensoría Penal Pública sería un enorme avance. También deberían considerarse mayores capacitaciones en interculturalidad a quienes se desempeñan en la Defensoría Penal Pública y la incorporación de *lonkos* y *kimche* (sabios) en los procesos de mediación, para llegar de mejor manera a los imputados.

¿Cuál es su opinión sobre los últimos fallos de la Corte Suprema que han involucrado a comuneros mapuche imputados de diversos delitos?

En primer lugar, el tema llega a un punto judicial por los problemas antes planteados de falta de una resolución social e institucional de la relación de la sociedad y el Estado con el pueblo mapuche, bajo esta idea profunda de reconocimiento. Por ello, los fallos judiciales no son causa, sino consecuencia de los conflictos sociales.

Ahora bien, lo anterior no implica el poder revisar el nivel de cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos, pero una apreciación objetiva sobre los fallos requiere estudios acabados, tanto respecto de derechos fundamentales, caso a caso, considerando el respeto de garantías durante el proceso, el tipo de imputación penal y la participación efectiva o no en los hechos investigados, como especialmente del cumplimiento de estos estándares en general que hace el Estado de Chile de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, desde sus órganos judiciales o cooperadores de la función judicial, como el Ministerio Público, las policías y la misma Defensoría Penal Pública. Sólo a partir estudios de esa naturaleza es posible formular conclusiones.

En este sentido, es importante mirar con respeto y acuciosidad los informes que se elaboran a nivel nacional por diversas instituciones de prestigio, públicas y privadas, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), que elabora un informe anual desde 2010 y que el 10 de diciembre presentó su informe 2012. O el informe anual de derechos humanos que

presenta hace prácticamente una década el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

También hay informes de organismos internacionales que no se pueden pasar por alto, como los informes de los relatores de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Indígenas. Como lo hizo Rodolfo Stavenhagen, con una serie de recomendaciones que formuló al Estado de Chile en 2003 o el informe de seguimiento a esas recomendaciones presentado por James Anaya en 2009. Además están las observaciones y recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por la OIT y otros. En general, todos estos informes, observaciones y recomendaciones son coincidentes en una crítica a la forma en que se ha llevado adelante la administración de justicia en Chile.

Hay que insistir en que existe un conflicto anterior no resuelto, que recae en los órganos de justicia y que termina generando consecuencias penales contra las personas que se han movilizado para reclamar sus derechos, porque en el curso de dichas demandas han ocurrido hechos gravísimos que lamentamos en esta región.

No hay duda alguna de la existencia de crímenes graves: tres jóvenes mapuche asesinados por carabineros, un carabiniero muerto de un disparo en que aún no se aclaran las circunstancias de su muerte y, a estas alturas, más de una centena de casas, predios, galpones, camiones y vehículos agrícolas quemados, además de atentados contra la policía, buses de pasajeros, etc. Todo esto es gravísimo y requiere un tratamiento judicial justo y eficaz.

Sin embargo, las condenas por las muertes no alcanzan a ser 'simbólicas', con carabineros que han faltado gravemente a sus obligaciones y siguen activos. Se ha tenido a mucha gente en prisión preventiva por meses o años y que luego es absuelta y, lo peor, la mayor parte de los hechos deplorables contra víctimas, que son tan habitantes de la región como los demás, siguen impunes.

Por cierto que también las universidades en nuestra región pueden estudiar estos procesos y ofrecer elementos de juicio objetivos para poder llegar a conclusiones más precisas sobre el nivel de cumplimiento que los órganos del Estado hacen de las obligaciones en materia de derechos humanos.

INTERVENCIÓN POLICIAL

En la zona de Malleco, en particular, existen muchos problemas entre la policía y las comunidades en conflicto territorial, que han motivado precisamente estos fallos

judiciales ¿Se ha trabajado con Carabineros y la PDI para enseñar a sus efectivos la cosmovisión del pueblo mapuche? ¿Cómo podría fortalecerse una iniciativa de este tipo?

Hay dos o tres cuestiones diferentes que podemos resumir: la intervención policial como consecuencia de la incapacidad institucional del Estado; las decisiones operativas y tácticas de las policías, más el necesario diálogo y capacitación en el plano operativo local.

Como ya hemos dicho, la policía y especialmente Carabineros como institución, no debiera ser el punto de llegada de un problema complejo y de raíces históricas que no se aborda ni resuelve policialmente, por sobre una capacitación seria y comprometida de parte de todos los actores (policías, capacitadores e instituciones involucradas en el proceso).

La intervención policial, aunque preparada, no deja de ser el último recurso, extremo, de la fuerza ejercida por el Estado. La acción policial, aunque se legitime por el derecho, es fuerza y la fuerza genera reacciones de fuerza, en que conocemos el punto de inicio, pero no su resultado final.

En el plano táctico, aunque se capacite a los carabineros que trabajan permanentemente en un determinado sector o territorio, estas medidas tendrán un escaso impacto cuando, por decisiones tácticas, se refuerzan (duplican, triplican o más) los contingentes en determinados sectores (como Malleco) con funcionarios que no tienen preparación rural, no conocen la población mapuche, no conocen la dinámica local ni la naturaleza de los conflictos.


Más grave aún es la situación que se genera cuando se refuerza la zona con fuerzas de 'elite', de tipo antiterrorista. Ya la presencia de fuerzas especiales es compleja, pero actuar con personal especializado en terrorismo, como el GOPE, además del desconocimiento previo del contexto, puede generar el riesgo de una desproporción de la respuesta policial de consecuencias nefastas, con los casos que conocemos.

Finalmente, en relación con el personal asentado permanentemente en el territorio mapuche, por cierto que este tema se podría fortalecer con iniciativas de diálogo genuino y de buena fe con los *lonkos* de dichos territorios, u otras como las capacitaciones en cosmovisión mapuche, las que deben recibirse con un criterio amplio, no sólo por cumplir con un número de cursos dictados o de horas invertidas en dicho proceso. Se trata de un tema de reconocimiento de un otro diferente, pero que tiene igualdad en el ejercicio de sus derechos.

Las instancias de diálogo deben ser permanentes y no tan sólo en la emergencia. Además, deben convocar a todos los actores locales involucrados. Sólo así se garantizará el afianzamiento de las confianzas, requisito principal para comenzar a conversar soluciones al problema de fondo.

En el mismo contexto, ¿cómo evalúa usted el rol que ha cumplido la Defensoría Penal Pública en la defensa de los derechos y garantías de las personas mapuche que han sido imputadas penalmente?

Es un avance que exista la institución, y su valor para cuestionar procedimientos inadecuados, como la utilización de testigos protegidos, allanamientos desmedidos o la violencia policial. La capacidad de realizar peritajes en las diversas áreas requeridas otorga mayor respaldo al quehacer y, a la vez, aboga por un debido proceso. Esto se ha constatado permanentemente en su quehacer.

Instamos a que la Defensoría cada día se perfeccione, vele por la dignidad de las personas y comparta con la sociedad en general su quehacer, para así ir formando a más ciudadanos y ciudadanas conscientes en sus derechos. 





La gente PIENSA

La gente HABLA

La gente OPINA

ES UN TEMA COMPLEJO, TÉCNICO, QUE REQUIERE AL MENOS ALGÚN ACERCAMIENTO PREVIO. POR ESO LAS RESPUESTAS A LAS SIGUIENTES DOS PREGUNTAS FUERON ENTREGADAS POR CONOCEDORES DEL SISTEMA. PERSONAS QUE TRABAJAN O TRABAJARON EN ÁMBITOS CERCANOS O BIEN QUE EN ALGÚN MOMENTO DE SUS VIDAS ENFRENTARON UN CONFLICTO PENAL Y NECESITARON CONTAR CON UNA BUENA DEFENSA:

- 1. ¿CREE NECESARIO CONTAR CON UNA DEFENSA ESPECIALIZADA EN CASO DE ENFRENTAR UN CONFLICTO PENAL? ¿POR QUÉ?**
- 2. ¿CONSIDERA NECESARIO QUE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA OFREZCA SISTEMAS DE DEFENSA ESPECIALIZADA PARA GRUPOS VULNERABLES DE LA SOCIEDAD (JÓVENES, MUJERES, INDÍGENAS, CONDENADOS)? ¿POR QUÉ?**



1. “Es indispensable que el Estado se haga cargo de la orientación gratuita y de calidad, y además de la defensa de las personas que enfrenten conflictos penales de cualquier índole. Porque, aunque en la práctica no lo sea del todo, el derecho de enfrentarnos en igualdad de condiciones ante la ley es necesario y básico en un país que se jacta de ser justo, sobre todo en materias de derechos humanos”.

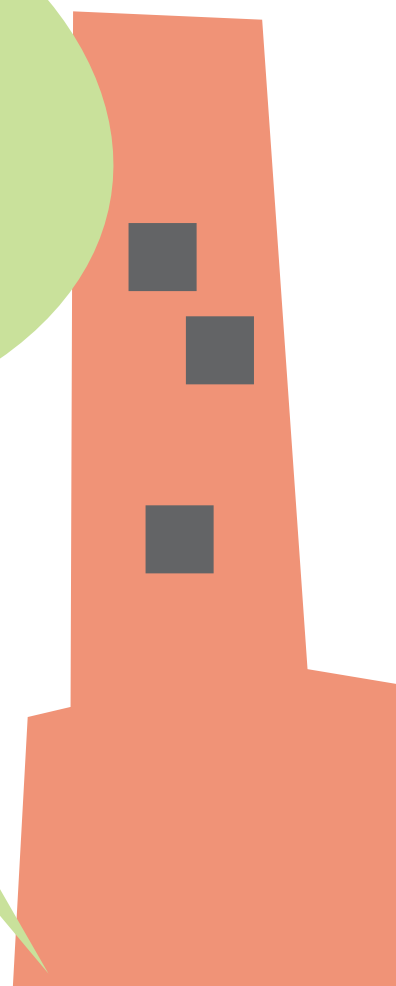
2. “La justicia chilena gasta millones de pesos en la persecución del delito, en inculpar y muchas veces, como ya ha sido comprobado por ejemplo en el caso bombas, la persecución es infructuosa e inventada. Es necesario contrarrestar este ‘poder’ con sistemas de defensa que no demuestren ignorancia en temas de derechos humanos, de cosmovisión y que, por sobre todas las cosas, respeten al ser humano en todos sus aspectos. Ante una justicia que tarda y pocas veces llega, todos somos vulnerables, y eso es lo que hay que mejorar.

Alonso Nuñez (www.alonsonunez.cl), cantautor de Aysén, observador de derechos humanos y miembro de la Comisión de Ética Contra la Tortura.

1. “Creo que es necesario contar con una defensa especializada, ya que las realidades de los diferentes grupos que conforman la sociedad son muy distintas. Sólo conociendo la realidad del imputado se puede proyectar una defensa adecuada, con lo que se obtiene una optimización de recursos, tanto económicos como humanos”.

2. “Sí, es muy necesario. Sólo teniendo un claro conocimiento de los grupos vulnerables se puede contextualizar una defensa apropiada para ellos”.

Ivonne Jager, médico internista, condenada en segundo juicio oral por parricidio frustrado, delito por el que siempre alegó inocencia. Hoy ya recuperó su libertad.



1. “Estoy de acuerdo absolutamente. La especialización es necesaria, porque hay que hacer la salvedad de que cualquier imputado es esencialmente vulnerable y, por lo tanto, requiere una defensa técnica de calidad, que recoja cabalmente la legislación vigente para cautelar sus derechos”.

2. “Claro que sí, porque para estos (y otros) grupos se requieren mayores particularidades técnicas. Probablemente, sus derechos estarán más a resguardo si existe esta defensa especializada. Tengo la impresión, además, que los tratados internacionales vinculados a estos temas (el Convenio 169 de la OIT, por ejemplo) recomiendan a los Estados suscriptores desarrollar estos modelos. Es decir, en esto se cruzan elementos extra judiciales, de legislación internacional”.

Alvaro Escobar Ruffat, actor, músico y abogado. Ex diputado. Fue imputado por amenazas y resultó absuelto.

1. “Es muy necesario, porque uno desconoce los procedimientos y ni siquiera entiende el lenguaje técnico. Es bueno que cada abogado sea especializado y conozca, por ejemplo, cómo van a reaccionar la Fiscalía o los jueces. En mi caso, después de lo que pasó me sentía casi un delincuente, porque el juicio público te condena y uno se siente muy vulnerable. En ese sentido, mi defensor penal público me ha tranquilizado mucho”.

2. “Absolutamente, porque cuando uno entiende tiene más herramientas para abordar los temas. A veces las cosas se plantean de un modo que parece condenable a priori, pero hay muchos casos en que se puede entender el problema de otra forma, con otra mirada, como ocurre casi siempre en el caso de los indígenas. Es muy necesario”.

Daniela Ramírez, actriz de teatro y televisión, protagonista de la serie “Los Archivos del Cardenal” y de la teleserie “Separados”. Está imputada por conducción en estado de ebriedad y cohecho.



TALIÓN

TALIÓN

EL DERECHO DE DEFENSA PENAL PARA ADOLESCENTES

Por Gonzalo Berríos D.
Área de defensa penal juvenil y defensas especializadas
Defensoría Nacional

El derecho del adolescente a defenderse frente a las imputaciones de responsabilidad penal que le efectúen los órganos de persecución resulta de particular interés en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). En lo que sigue abordaremos someramente los rasgos principales del derecho de defensa, para continuar con el análisis del derecho de los niños a ser escuchados. Enseguida se tratarán las reglas especiales que contempla la CDN en materia de defensa penal, así como algunas consideraciones sobre el rol del defensor. Por último, se sintetizará el estudio previo en la noción de defensa especializada como concreción de los derechos humanos de los niños.

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE DEFENSA PENAL

En primer lugar, desde una perspectiva individual, el derecho de defensa penal puede ser concebido como un derecho fundamental de todas las personas -incluidos los adolescentes- que se encuentran sometidas de alguna forma al ejercicio del poder punitivo del Estado. A su vez, desde una perspectiva institucional, se ha sostenido correctamente que no es posible concebir el debido proceso sin garantizar adecuadamente el derecho de defensa¹.

En esa dirección, es muy clara la afirmación de Binder respecto de que este derecho es “la garantía que torna operativas

todas las demás”². El derecho de defensa es el que hace posible la realización de los otros derechos y garantías que se reconocen a las personas acusadas de un hecho delictivo.

En segundo término, se distinguen en el estudio del derecho de defensa dos manifestaciones en que se expresa el mismo: por un lado, el derecho de defensa material y, por el otro, el derecho de defensa técnica³.

El concepto de derecho de defensa material dice relación con una visión amplia de la defensa, entendida como el derecho a ser oído (escuchado) y a intervenir en el juicio⁴, concepción que puede ser desagregada, a su vez, en varios subcomponentes que la concretizan. De este modo, el derecho de defensa material debe garantizarse desde el inicio de la persecución penal y hasta la completa ejecución de la sentencia, e incluye el derecho a declarar como medio de defensa; el derecho a no auto-incriminarse; a conocer los cargos que se dirigen contra el sujeto y a contradecir la acusación; a presentar sus propias pruebas y a refutar las contrarias; y a preparar adecuadamente, en tiempo y medios, la defensa de su caso.

El derecho de defensa técnica o a una defensa letrada, en tanto, dice relación con el derecho de la persona a ser asistido

1 Sobre el derecho de defensa como garantía constitutiva del debido proceso, véase Alex Carocca, *La defensa penal pública*, Lexis Nexis, 2002, Santiago, pp. 49-50.

2 Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, 2002, Buenos Aires, p. 155.

3 Julio Maier, *Derecho procesal penal*, Tomo II, Editores del Puerto, 2003, Buenos Aires, pp. 256-257; y María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Santiago, pp. 226-248.

4 Alex Caroca (sic), *La defensa en el nuevo proceso penal*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29 N°2, 2002, Santiago, p. 283.

y a comunicarse libre y privadamente con un abogado defensor, profesional que cuenta con los conocimientos técnico-jurídicos necesarios para que la defensa sea efectiva, resguardándose de mejor forma la igualdad en el juicio y el equilibrio procesal entre las partes.

El abogado defensor tiene como tarea la representación exclusiva de los intereses de la persona que asesora, y es por ello que se reconoce el derecho preferente a que este abogado sea de confianza del defendido. En subsidio, en caso de que la persona no cuente con un abogado de confianza o, lo que es más común en el sistema penal, no tenga los recursos económicos necesarios para costearlo por sí mismo, el Estado deberá asignarle un defensor penal público para que realice su defensa técnica.

El carácter público de este abogado no implica en ningún caso que deje de ser un abogado centrado única y exclusivamente en los intereses personales del sujeto imputado. Entender otra cosa sobre la función de la defensa pública sería legitimar una discriminación inaceptable en contra de las personas socialmente excluidas, de menores recursos y poder, que no pueden pagar un abogado privado.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS A SER ESCUCHADOS

Realizadas estas consideraciones generales acerca del derecho de defensa penal y su contenido, ahora pretendemos dar cuenta de las normas especiales relacionadas con estos asuntos que se reconocen en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención, en su artículo 12.2, reconoce el derecho de los niños a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte. Es tal la relevancia de este derecho, que ha sido identificado como uno de los cuatro principios generales de toda la Convención, de tanta relevancia como el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración primordial del interés superior del niño.

Consecuente con su importancia global, la Observación General N°10 del Comité de los Derechos del Niño –“Los derechos del niño en la justicia de menores⁵”– también ubica a este derecho dentro de aquellos que son básicos de una

5 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.

política general de justicia de menores, destinando los párrafos 43 a 45 de dicha Observación a profundizar su contenido. Además, confirmando nuevamente la relevancia del derecho a ser escuchado en todo el sistema de derechos del niño, y considerando el hecho de que su observancia “sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas”, el Comité elaboró una nueva Observación General, destinada exclusivamente al análisis del alcance jurídico del derecho, sus relaciones con otros principios y las condiciones básicas para su observancia, entre otros aspectos⁶.

De lo señalado hasta ahora se puede concluir sin mayor dificultad que el derecho a ser escuchado está directamente vinculado con el contenido del derecho de defensa material⁷, siendo este último una manifestación específica de éste. Por lo mismo, resulta pertinente traer aquí la observación de Cillero en torno a que para la legitimidad del proceso, “es necesario hacer un análisis serio sobre las competencias del adolescente para participar activamente en el juicio y establecer un sistema de enjuiciamiento que favorezca que él pueda poner en ejercicio su capacidad de actuar en el juicio⁸”.

Si se trata, en el fondo, de que el niño tenga una posibilidad real de participación en el proceso (ser escuchado), lo señalado anteriormente cobra una significativa relevancia, pues es necesario que el niño comprenda la naturaleza y lo que está en juego en el proceso penal para que pueda, a su vez, tomar las decisiones claves de su defensa. Y el logro de este objetivo es esencial al momento de perfilar la relación del niño con el abogado defensor y definir su rol en el proceso. Volveremos sobre este asunto más adelante.

6 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009. El texto previamente citado se encuentra en su párrafo 4.

7 En el mismo sentido Gimol Pinto, La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, en Revista Justicia y Derechos del Niño N°3, UNICEF, 2001, Buenos Aires, p. 135; y Miguel Cillero, El derecho a la defensa penal de adolescentes, en Estudios de derecho penal juvenil I, Defensoría Penal Pública, 2009, Santiago, pp. 22-25.

8 Cillero, op.cit., p. 25 (cita suprimida).

NORMAS ESPECIALES PARA LOS NIÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

En la estructura de la CDN, los artículos 37 y 40 son fundamentales a la hora de referirse a la situación jurídica de los niños en conflicto con la ley penal, más aún cuando dichos artículos contienen algunas normas relativas al derecho de defensa que comentamos. En lo que sigue, por ende, nos abocaremos a un breve análisis de las mismas.

El artículo 37.d) establece que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada”. Para los efectos de estas notas, nos interesa destacar que lo que se exige en este artículo es que la asistencia sea letrada, sin perjuicio de “otra asistencia” que, conjuntamente con la anterior, pueda brindarse al niño privado de libertad. Asimismo, coloca un énfasis particular en la oportunidad en que debe brindarse la asesoría jurídica, al exigir un “pronto acceso” a la misma.

Mientras, el artículo 40.2.b.ii) señala que a los niños se les debe garantizar que dispongan de “asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”, para más adelante, en el Art. 40.2.b.iii), exigir que la comparecencia en la audiencia respectiva se efectúe “en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado”. La CDN utiliza en estos casos una fórmula alternativa respecto del tipo de asistencia, distinta a la empleada en el artículo 37 ya mencionado.

Nos parece que la redacción de la CDN, salvo lo dispuesto en el artículo 37, es excesivamente ambigua en el ámbito del derecho a la asistencia letrada, pues no expresa que siempre se deba contar con una defensa técnica, aunque –en todo caso– siempre exige algún tipo de asistencia o asesor para el niño.

Reparando en esta debilidad, aunque sin decirlo expresamente, el Comité de los Derechos del Niño “recomienda que los Estados Partes presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos”.

Si pese a la recomendación la asistencia la brindan otro tipo de asesores, éstos –continúa el Comité– al menos “deberán tener un conocimiento y una comprensión suficientes de los aspectos jurídicos”⁹.

Pese a la crítica previa, no debe olvidarse que la CDN sólo establece un conjunto de derechos mínimos, “habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales” (artículo 40.2), por lo que nada de lo dispuesto en la Convención deberá afectar otras disposiciones “más conducentes a la realización de los derechos del niño”, recogidas en el derecho internacional vigente o en el derecho interno de un Estado Parte (artículo 41, reconociendo el principio de aplicación de la norma más favorable para la realización del derecho)¹⁰.

Considerando lo anterior, se debe tener presente que en el ámbito americano el derecho de defensa técnica de los niños se encuentra reconocido y protegido con un estándar más exigente que el establecido por la CDN, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en su artículo 8.2, letras d y e– establece que toda persona (también un niño, naturalmente) tiene el derecho “de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”, así como el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado”, si la persona no se autodefende o no cuenta con un defensor de confianza.

Ahora bien, Duce ha sostenido que en realidad “lo que hacen estas normas [de la CDN] es ampliar el ámbito de protección del derecho internacional, al establecer como obligatoria la asistencia al niño en todo caso allí donde –tratándose de los adultos– no exige una obligación para todo tipo de casos, incluso los penales, y menos que ésta sea gratuita a todo evento. En este contexto, la exigencia de asistencia apropiada asegura la presencia de un asesor idóneo a todo evento”¹¹. Entiendo que ello se refiere, por ejemplo, a las limitaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y del Convenio Europeo de Derechos Humanos), que sólo asegura

9 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N°10, párrafo 49.

10 Pinto, *ibidem*, habla de que tales instrumentos internacionales “deben completar los derechos del niño o niña”.

11 Mauricio Duce, El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil, en *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N°1, Talca, 2009, p. 99.

la defensa gratuita de oficio “cuando los intereses de la justicia lo exijan”. Así, como el Tratado de Derechos Humanos es de carácter universal, la CDN sería más exigente en esta materia que el Pacto, confirmando entonces la idea de que la CDN constituye un instrumento de protección especial de los derechos de los niños.

En definitiva, podemos concluir que la CDN reconoce y asegura en forma amplia el derecho de defensa material, aunque no en todos los casos exige una defensa técnica o letrada. Que, sin embargo, se debe considerar que la Convención establece sólo ciertos niveles mínimos de exigencia en el plano de los derechos de los niños y de las obligaciones de los Estados, ya que ella debe ser compatibilizada con otras normas jurídicas que determinan exigencias superiores y complementarias a las de la Convención.

Y, por lo tanto, que una lectura integrada de la CDN con las normas del Pacto de San José de Costa Rica debe llevar necesariamente a concluir que se ha de garantizar siempre, en toda circunstancia, el derecho de defensa jurídico-penal a todo niño al que se le impute responsabilidad por un hecho delictivo. Además, dadas las complejidades del proceso penal y las particularidades de la infancia, nos parece que en estos casos la defensa técnica es de carácter necesario o preceptivo.

ROL DEL ABOGADO DEFENSOR

En el siguiente nivel del análisis, retomaremos el tema del rol de defensor y las relaciones entre la dimensión material y técnica del derecho de defensa. Esto es, nos abocaremos a las relaciones entre el derecho del niño a ser escuchado y el derecho a la defensa técnica, que se materializa por medio de un tercero, el abogado defensor.

Como ya se adelantó, el abogado se ha de guiar siempre en su trabajo técnico-jurídico por los intereses y la voluntad de su defendido. El defensor representa exclusivamente un interés parcial. Se encuentra “obligado a la parcialidad. Ello significa que debe omitir toda acción que pueda perjudicar a su defendido, pero también incluye la obligación de llevar a cabo acciones que, conforme a una estrategia defensiva predeterminada, contribuyan a excluir o aminorar la imputación y su reproche¹²”.

12 Maier, op. cit., pp. 274-275 (citas suprimidas).

En lo sustancial, el nexo entre la dimensión material y técnica del derecho de defensa significa que, en su labor profesional, el defensor ha de cumplir un rol asesor y de colaboración¹³ en el proceso de toma de decisiones del niño, para que éste, como titular indiscutido del derecho de defensa, pueda optar de manera informada por la mejor alternativa respecto de sus derechos e intereses, frente a su particular situación jurídico-penal. El respeto del derecho de defensa trae consigo, por tanto, la necesaria erradicación de cualquier paternalismo y autoritarismo en el ejercicio profesional del abogado defensor.

Por ende, si se toma en consideración el contenido del artículo 12 de la Convención, no resulta concebible una idea distinta acerca del rol del defensor penal de niños que la anteriormente esbozada, ni menos puede dejar de aceptarse la sujeción obligatoria del abogado a los intereses y voluntad expresados por el niño. Ello implica la superación definitiva, desde la perspectiva de la Convención, de la antigua idea del defensor de “menores”, que vela por su supuesto bienestar¹⁴ y que asesora al tribunal más que al propio niño¹⁵.

De ahí que cobren especial fuerza los asuntos relacionados con la observancia de los deberes profesionales del abogado para con el niño, tales como el resguardo leal y permanente de la voluntad e intereses manifestados por el niño; el desarrollo de habilidades de comunicación; el desempeño competente de sus funciones y la debida diligencia en su ejercicio; el deber de mantenerlo informado de la marcha del proceso en todas sus facetas; el deber de confidencialidad (secreto profesional) y la obligación de mantener una relación sincera y de efectuar un adecuado manejo de las expectativas del niño sobre los posibles resultados del juicio.

13 Sobre el modelo colaborativo de defensa, aunque con un sentido no necesariamente coincidente con el que se emplea en el texto, véase Kristin Henning, Loyalty, paternalism, and rights: client counseling theory and the role of child's counsel in delinquency cases, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 81:1, 2005, en especial pp. 315-322.

14 Ricardo Pérez Manrique, Sobre el ejercicio de la defensa de menores infractores, en *Revista Justicia y Derechos del Niño* N°3, UNICEF, 2001, Buenos Aires, p. 166.

15 Cillero, op.cit., passim.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS A UNA DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA

Ahora bien, las particularidades jurídicas, económico-sociales y culturales que presentan los niños, unidas al mandato general del artículo 40.3 de la CDN de establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños infractores de la ley penal (principio de especialidad), no pueden sino que influir en una especial configuración y calidad de su derecho a defensa técnica.

Además de ello, la necesidad de establecer una relación adecuada entre el defensor y el niño, que posibilite en términos reales y no meramente declarativos que el niño sea efectivamente quien tome las decisiones estratégicas acerca de su defensa, exige también la prestación de la defensa en forma especializada. Como se ha tenido oportunidad de expresar en otro momento, “el derecho que se ha de garantizar no es a cualquier defensa para que ésta pueda ser considerada como adecuada y efectiva: en el caso de los adolescentes, el derecho a defensa penal debe satisfacerse en forma ‘especializada’¹⁶”.

Lo anterior quiere decir que se debe organizar un sistema de defensa penal pública para niños que contemple una estructura de abogados cuya función exclusiva sea su defensa, y que cuenten con conocimientos y competencias especiales en asuntos como: psicología social y del desarrollo, criminología, culturas juveniles, técnicas de entrevistas, además de los conocimientos y competencias básicas con que debe contar todo defensor. Han de ser abogados que tengan una motivación especial para el trabajo con niños, de por sí una tarea más exigente profesionalmente, y que conozcan y manejen las redes sociales y estatales que puedan ser de utilidad para la defensa. Por último, han de contar con equipos de apoyo de carácter interdisciplinario, destinados a facilitar sus labores defensivas.


La puesta en marcha de defensorías especializadas tiene un impacto directo en la calidad de los servicios de defensa pública. En un estudio de carácter nacional, se indagó la opinión de los jueces sobre el impacto de la especialización

de los defensores. Dicho estudio arrojó que un 82,7 por ciento de los jueces considera que la especialización de la defensa incide “mucho o bastante” en las formas de término de un caso, redundando en un mejor resultado legal para el niño.

Además, en términos comparativos, los defensores penales juveniles fueron evaluados como el actor judicial más especializado de todo el sistema, superando a los jueces y a los fiscales. Así, un 72,6 por ciento de los jueces de garantía encuestados señalaron a los defensores juveniles como el actor más especializado, seguido por los propios jueces de garantía (56,8 por ciento) y los fiscales, con sólo 6,8 por ciento¹⁷.

CONSIDERACIONES FINALES

La relevancia del derecho de defensa penal de los niños para garantizar el debido proceso es una exigencia de justicia y una obligación que, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados deben no sólo respetar, sino que han de promover para lograr la efectividad de su ejercicio. Toda restricción, por acción u omisión, del derecho de defensa es -por tanto- una grave violación de los derechos humanos de los niños.

El respeto del derecho de defensa implica asegurar el derecho del niño a ser escuchado y a participar activamente en el juicio, lo que plantea exigencias profesionales especiales al abogado defensor y el cumplimiento celoso de sus deberes. Por ello, en el caso de los niños es necesario reconocer que lo que se debe garantizar es no sólo el derecho a defensa, sino el derecho a una defensa penal especializada. El desafío que se enfrenta, entonces, ya no es exclusivamente poner a disposición de los niños a abogados que los defiendan frente a la pretensión punitiva dirigida en su contra, sino construir y consolidar sistemas de defensa penal especializadas en la asistencia jurídica de niños y niñas. 

16 Gonzalo Berríos, Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia, en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, Ministerio Público de la Defensa, 2008, Buenos Aires, p. 407.

17 Valoración de los actores del nuevo sistema de justicia penal adolescente acerca de la defensa penal juvenil, Informe final, CCI Ingeniería Económica, noviembre de 2009.

TABLA DE EMPLAZAMIENTO

TABLA DE EMPLAZAMIENTO



▶ PRIVADOS DE RAZÓN Y LIBERTAD

Por **Claudia Castelletti F.**
Área de Defensa Penal
Defensoría Nacional



Para nadie es un misterio que nuestro Código Penal es fruto de las doctrinas racionalistas y liberalistas del S. XVIII¹ y que sus redactores y quienes lo aprobaron en el Congreso y en el Gobierno pertenecían a la oligarquía ilustrada gobernante² asentada en Santiago.

La tradición racionalista sostiene que la verdad científica se caracteriza por ser universal y necesaria, como en las denominadas “ciencias exactas”. Por ello, no es de extrañar que utilicen criterios biologicistas para determinar la imputabilidad, utilizando voces despectivas para distinguir a los imputados con discapacidad mental: “locos o dementes” o “privados de razón”. Para ellos, basta con investigar acerca de la capacidad de un individuo para comprender las normas y de autodeterminarse conforme a esa comprensión³, de

1 Sólo a modo ejemplar, véanse los estudios de Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso, 1991 e Iñesta Pastor, Emilia, “El Código Penal chileno de 1874”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 19 (2003): 2003-2004, pp. 293-328.

2 Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago, 2000, pp. 278-279.

3 Vid. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Santiago, 1997, pp. 278 y ss.; Politoff, Sergio, *Derecho Penal*, Tomo I, Santiago, 1997, pp. 526 y ss.; Niquira Riveros, Jaime, “Artículo 10 N°1”, en *Texto y comentario del Código Penal*, Tomo I, Santiago, 2002, pp. 101 y ss.; y Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, Santiago, 2003, pp. 205 y ss.

manera que los “locos” o “privados de razón”, al carecer de ambas características, no podrían ser declararlos culpables.

Las modernas doctrinas político criminales sostienen, en palabras de Bustos Ramírez, que la idea naturalista-psicológica de la culpabilidad debería ser remplazada por una de tipo normativo, por cuanto se sustenta en una concepción exclusivamente individual y olvidaría que ciertos individuos experimentan situaciones de marginalidad social o que simplemente no participan de la racionalidad hegemónica del Estado.

Para esta posición, tal como lo explica Horvitz Lennon, el fundamento radica en que el Estado no puede exigir al individuo motivarse por las normas, existiendo incluso corresponsabilidad del Estado si no se proporcionaron los medios al sujeto para participar en los bienes sociales y en la internalización de los valores hegemónicos⁴. En definitiva, adoptar una teoría normativa de la imputabilidad significa que los derechos y valores que el Estado debe proteger y promover no son los de la mayoría, ni los de quienes tienen el poder de imponer normas jurídicas, sino los de “todos y cada

4 Horvitz Lennon, María Inés, “El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno”, en *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2007*, Santiago, 2008, p. 8.

uno”, como lo expresa el Art. 1° inc. 4° de nuestra Constitución. Sin embargo, la doctrina chilena aún centra su análisis en criterios positivistas sobre la imputabilidad⁵.

Más allá de la delimitación del concepto de inimputabilidad, el derecho permite, en la actualidad, que las personas que padecen de alguna enfermedad mental grave pueden ser privadas de libertad, si reúnen las características de “peligrosidad” descritas por los positivistas⁶. A ellas no se les aplicará una pena, pero sí una medida de seguridad. En palabras de Foucault, se da el absurdo de que resultaría posible ser culpable y “loco” a la vez, no obstante que el encierro para los “locos” sirva para cuidarlo por su peligrosidad y no para castigarlo⁷.

Incluso más, podemos sumar a esta situación el que hoy las cárceles chilenas albergan a personas que padecen enfermedades mentales graves, no obstante que diversas normas nacionales e internacionales lo proscriben. Si bien el Art. 464 CPP estatuye que una persona declarada inimputable por “enajenación mental” sólo puede ser internada en un establecimiento asistencial⁸, en la mayoría de los casos es imposible la internación del imputado en un establecimiento psiquiátrico u hospital público, por carencias en su infraestructura.

El encierro irregular de personas inimputables en recintos carcelarios no sólo se da por el lugar en que se produce, sino también por las condiciones en las que se cumple. Las personas enfermas mentales están en las secciones de “insanos” de las cárceles y, más allá de lo despectivo de la nomenclatura, en estas secciones también se encuentran personas con enfermedades infecciosas graves o con

problemas de su seguridad, lo que nos demuestra que no se trata de unidades que estén preparadas para recibir y tratar a personas con enfermedades mentales.

Es más, la exclusión de enfermos mentales no sólo se produce en el sistema público, pues las clínicas psiquiátricas privadas no siempre aceptan recibir a personas derivadas del sistema penal y, en muchos casos, ni siquiera las familias quieren o pueden hacerse cargo de ellas.

Así, parece ser que el aterrador panorama que describió Foucault, en el que se excluía a los “anormales” en recintos aislados, cerrados, de los cuales no se puede escapar y que están constantemente vigilados, no es una realidad que se haya quedado anclada en el siglo XIX, sino que se mantiene en Chile hasta el siglo XXI.

El encierro de enfermos mentales graves que han cometido delito no sólo los excluye, sino que también los invisibiliza, pues ni siquiera contamos con cifras oficiales de estos casos en Gendarmería, el Ministerio de Salud, el Ministerio Público o en la Defensoría, lo que impide establecer una política pública que atienda sus particulares necesidades. De hecho, el día de hoy no existe siquiera el catastro de cuántos y quiénes son, qué enfermedad padecen, si se encuentran reclusos por una medida de seguridad o una pena, o si la enfermedad existía antes de la privación de libertad o se desencadenó por el encierro.

Si bien en lo teórico no cabe duda que este grupo de personas tienen los mismos derechos y obligaciones que los demás, en la práctica sus derechos son violentados sistemáticamente. Muy pocos consideran a la salud mental como un derecho, todavía menos son los que consideran que el paciente psiquiátrico goza de derechos humanos básicos, como a la identidad, a la dignidad, a un tratamiento humanizado, al bienestar psíquico, a la integración social, a la no discriminación.

Pero incluso son menos los que consideran que estas personas, por su especial situación de vulnerabilidad, les es difícil ejercitar ante el sistema de justicia sus derechos. De esta constatación deriva el derecho a que el Estado les procure aquellas condiciones que les garanticen un adecuado

5 Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1989, pp. 309 y ss.

6 Horvitz Lennon, María Inés, (n. 4), pp. 9-10.

7 Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, 1998, p. 27.

8 Mucho se ha criticado a los establecimientos psiquiátricos, pues están usualmente están estructurados en torno al criticado modelo del “manicomio”. Al respecto, pueden revisarse los diversos artículos contenidos en el libro *Enfermedad mental, derechos humanos y exclusión social*, publicado por el Ministerio de Salud, Hogar de Cristo y la Facultad de Ciencias Sociales Universidad Central en 2005.

acceso a la justicia. Sólo de manera muy reciente contamos con instrumentos internacionales que se refieren específicamente a estos temas⁹.

La Defensoría no puede olvidar que su rol es permitir el acceso a la justicia de las personas que no puedan hacerlo por sí mismas, pero por sobre todo, no puede olvidar que, siendo el último bastión de protección de los derechos de las personas, debe ser “la voz de los sin voz”. Por ello, nuestro desafío debe orientarse al desarrollo de un modelo de atención concreto para mejorar su situación.

Como primera medida, deberemos visibilizarlos: saber quiénes son, dónde y por qué están privados de libertad, cuáles son sus requerimientos jurídicos, asistenciales y de apoyo en una red social y familiar, para socializar su situación, sensibilizar a las demás instituciones en torno a los derechos que les asisten y ejercer de manera efectiva tales derechos.⁹⁹



9 Vid. *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991* y *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de 2008*.

▶ EL PROYECTO DE VIDA: ELEMENTO A CONSIDERAR EN LA DEFENSA PENAL DE EXTRANJEROS

Por **Helena Olea**
Profesora de la Clínica de Migrantes y Refugiados
Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales



DEFENDER ADECUADAMENTE A UNA PERSONA EXTRANJERA EN CHILE NO SÓLO REQUIERE HACER EFECTIVOS CIERTOS DERECHOS QUE HOY PARECEN IRRELEVANTES, SINO DESARROLLAR UN ENFOQUE DIFERENCIADO QUE CONSIDERE SU PROYECTO MIGRATORIO, PARA QUE LA ESTRATEGIA DE DEFENSA RECOJA LOS MOTIVOS Y EL CONTEXTO POR LOS QUE ESA PERSONA SE ENCUENTRA EN EL PAÍS.

La presencia de extranjeros en Chile ha aumentado de manera importante en los últimos años. Aún no se publican los resultados del censo desagregados por origen nacional, pero los estimativos que maneja el gobierno suman cerca de 340 mil extranjeros, el 2,5 por ciento de la población nacional.

Esta cifra es muy menor para aquellos países cuya población es el resultado de oleadas migratorias o que están habituados a flujos migratorios y que, por lo tanto, diseñan políticas públicas considerando a los extranjeros. Sin embargo, esa cifra representa un desafío importante en un Estado y una sociedad que tiene dificultades para pensarse más allá de las fronteras nacionales.

Aún en el siglo XXI y a pesar de la globalización, en este país se sigue omitiendo considerar a los extranjeros en el discurso público, en las políticas públicas y en los imaginarios sociales. Por lo tanto, preguntas por la inclusión y la integración de quienes no son ciudadanos chilenos y por su adecuada consideración en la respuesta estatal a cualquier situación son poco frecuentes.

Sin embargo, recientemente emergen inquietudes y esfuerzos importantes, que merecen destacarse a nivel público y privado. Dentro de las iniciativas que consideran a los extranjeros y su situación particular en Chile se destaca el trabajo que desde hace dos o tres años adelanta de manera progresiva la Defensoría Penal Pública.

Por la naturaleza de la función que cumple, la Defensoría Penal Pública ha sido pionera en el desarrollo o inclusión de perspectivas diferenciadas y programas especializados, como una forma de garantizar efectivamente el derecho a la no discriminación.

Justamente porque no es suficiente que la norma no establezca diferencias, es necesario preguntarse si su aplicación genera el mismo resultado para todas las personas. Es posible que si se omite considerar las condiciones particulares en las que se encuentran las personas, el resultado de la aplicación de una norma aparentemente neutra sea diferente y, por lo tanto, ésta tenga un impacto discriminatorio.

Por ello, la Defensoría se destaca por ofrecer defensa penal especializada a los indígenas, por incluir una perspectiva de género en su trabajo y por haber desarrollado un programa especializado para los menores de edad.

En los últimos años, y frente al incremento del número de usuarios extranjeros, la Defensoría Penal Pública se pregunta cómo y qué debiera considerarse en la teoría del caso, en los medios probatorios y en el litigio de procesos penales cuando el imputado es un extranjero. Con el propósito de contribuir a esta discusión, a continuación se presentan algunos elementos que debieran considerarse en el desarrollo de una defensa penal para extranjeros.

ENFOQUE DIFERENCIADO

La defensa de una persona extranjera requiere del desarrollo de un enfoque diferenciado que considere su proyecto migratorio, de manera que la estrategia de defensa sea acorde con los motivos y el contexto que explican que esa persona se encuentre en Chile. Este elemento, aparentemente simple, resulta fundamental para el extranjero, ya que permite al defensor(a) no sólo representarlo en el proceso penal garantizando su derecho a la defensa -como elemento del derecho a las garantías judiciales o al debido proceso-, sino proteger y defender su proyecto de vida.

Son múltiples las razones por las cuales una persona extranjera puede llegar a Chile. Es importante diferenciar entre quienes se encuentran de paso -y por lo tanto no tienen vocación de permanencia- de quienes han vivido en el país y han establecido relaciones personales, laborales y comerciales. En el caso del segundo grupo, la defensa deberá buscar aquella alternativa menos lesiva en consideración a las normas migratorias, que sancionan ser condenado e incluso formalizado por un delito, como se explicará más adelante.

Adicionalmente, es importante considerar las razones por las cuales cada persona llega a Chile. Quienes lo hayan hecho huyendo y para proteger su vida, su integridad personal o su libertad, podrían ser refugiados. Estas personas se encuentran protegidas por el principio de no devolución y tienen derecho a acceder a un procedimiento para el reconocimiento de dicha condición.

El proyecto migratorio debe hacer parte del diseño de la estrategia de defensa, la cual necesariamente debiera considerar la situación migratoria de la persona y sus planes y necesidades de permanecer en el país. Algunas situaciones pueden requerir de la coordinación y el trabajo jurídico simultáneo en materia penal y migratoria.

ELEMENTOS ADICIONALES

En el caso de personas extranjeras y como elementos integrantes del derecho al debido proceso se deben sumar a la estrategia de defensa los siguientes elementos: el derecho a un intérprete y el derecho a la protección consular. Por último, hay un elemento adicional, que puede mejorar radicalmente la defensa penal y que es la consideración del contexto cultural del imputado.

El derecho a un intérprete es un elemento esencial de las garantías procesales. El imputado que no habla español tiene derecho a una intérprete que se comunice con él en su lengua materna. Solamente así podrá comprender el proceso que afronta y ejercer sus derechos de manera informada. En este aspecto, se hace necesario identificar y resolver la ausencia de intérpretes certificados de muchas lenguas. La interpretación no es necesaria solamente en el marco de las audiencias, sino que es indispensable para que el defendido o defendida y su abogado puedan comunicarse, y éste último pueda hacer bien su trabajo. Deben preverse fondos para sufragar este servicio.

El derecho a la protección consular es un elemento constitutivo del derecho a las garantías judiciales, como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 16, relativa a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La protección consular incluye el derecho a la información sobre la protección consular, el derecho a la notificación consular, el derecho de asistencia consular y el derecho a la comunicación consular..

La garantía de este derecho se materializa en que al momento de la detención debe informarse a la persona extranjera sobre su derecho a la protección consular. Si la persona así lo solicita debe informarse al consulado, debe permitirse que esta protección consular se materialice, así como facilitarse la comunicación con el consulado durante el tiempo de la privación de la libertad.

Para muchas personas extranjeras privadas de la libertad la protección consular es un elemento esencial para la protección de sus garantías al debido proceso y, por ello, la garantía efectiva de este derecho necesita también de misiones consulares con recursos y disposición para responder a las demandas de protección de sus connacionales. La sentencia de Avena y otros contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia ilustra la importancia de garantizar el derecho a la protección consular.

Comprender y acercarse al contexto cultural del cual proviene el imputado es absolutamente esencial para desarrollar una buena estrategia de defensa y una relación de confianza con esa persona. A este respecto, es importante recordar que hay pueblos originarios en muchos otros lugares del mundo y que esos extranjeros pueden necesitar de una defensoría que considere su condición de indígena y de extranjero simultáneamente. También es importante incluir en el análisis de género elementos culturales que deban considerarse para argüir eximentes de responsabilidad y de culpabilidad.

CONSECUENCIAS DE UN PROCESO

Un aspecto fundamental que debe ser considerado en el caso de toda persona extranjera es si el resultado del mismo puede tener un impacto en su permanencia en el país. La legislación migratoria vigente en Chile es el Decreto Ley 1.094 de 1975, y su reglamento el Decreto Supremo 597 de 1984. Estas normas, dictadas bajo el sistema penal antiguo, establecen que los condenados o procesados por crímenes y aquellos que cometan actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres serán expulsados.

Las mismas normas agregan que podrán ser expulsados los condenados o procesados por simple delito. Es decir, la ley establece diferencias entre conductas de diverso nivel de gravedad, permitiendo que el Departamento de Extranjería y Migración –en adelante DEM– establezca sanciones diferenciadas.

En la práctica, el DEM dicta órdenes contra personas condenadas o cuyo proceso penal termine con la suspensión condicional del procedimiento, un acuerdo reparatorio o el sobreseimiento definitivo. En otras palabras, el DEM desconoce las garantías procesales establecidas en la

reforma procesal penal en Chile y sanciona a toda persona como si fuera culpable del delito por el cual fue formalizada.

De otra parte, pese a que la ley distingue entre quienes se les debe revocar la visa y dictárseles una orden de abandono del país, y quienes se les puede sancionar de esta forma, el DEM revoca la visa a todas las personas formalizadas, independientemente de la forma en que termina el proceso penal, excepto por quienes son absueltos. Más grave aún es que en algunos casos no espera a la culminación del proceso para sancionarlos con la expulsión, cuya ejecución queda suspendida hasta la terminación del proceso penal.

Es decir, una buena estrategia de defensa, como puede ser aceptar un procedimiento abreviado, puede tener consecuencias nefastas para una persona extranjera. Puede lograr evitar una pena privativa de la libertad, por no tener antecedentes y en función del delito imputado, pero puede tener gravísimas consecuencias migratorias consistentes en la revocatoria de su visa, que le dicten una orden de abandono y que quede con una prohibición de ingresar al país.

En este ejemplo, una buena defensa penal tuvo gravísimas consecuencias migratorias. Por ello, otras estrategias que busquen persuadir al Ministerio Público de utilizar el principio de oportunidad y desistir de la formalización o afrontar un juicio buscando la absolución pueden ser más efectivas, en función del proyecto de vida de ese extranjero.

A la fecha, las sanciones migratorias por motivos penales omiten considerar los lazos que el migrante haya establecido en el país, la posibilidad de que haya formado una familia, creado un negocio o se encuentre cursando estudios, por ejemplo. Una defensa penal que desconozca el proyecto migratorio puede, por tanto, no sólo afectar gravemente el proyecto de vida una persona extranjera, sino también obligar a los miembros de su familia que pueden tener la nacionalidad chilena a verse obligados a decidir entre permanecer en el país o preservar la unidad de la familia, como resultado de la sanción que impone el DEM.

OTRA MIRADA

Demasiada responsabilidad se le asigna en Chile a la ley, omitiendo considerar el rol que tiene quien la aplica. Incluso

desde el final de la administración Bachelet se venía hablando de una reforma a la legislación migratoria. El gobierno actual ha anunciado que presentará un proyecto de ley. La tramitación en el Congreso nacional podrá tardar varios años, por lo cual no parece prudente esperar a la adopción de nuevas normas.

Bajo el marco legal vigente es posible que la situación descrita sea diferente. Para ello se requiere, en primer lugar, de una defensa penal diferenciada, que considere el proyecto migratorio de una persona extranjera. En segundo lugar, también es necesario que el DEM pondere adecuadamente los derechos que están en juego al revocar una visa y dictar una orden de abandono, diferenciando entre la gravedad de la acción que habría cometido la persona, la respuesta que le dio el mismo Estado chileno según la forma de terminación del proceso y la pena impuesta, y los otros derechos que puedan estar involucrados, tanto de esa persona como de los miembros de su familia.

La Defensoría Penal Pública está trabajando en avanzar hacia la incorporación de un enfoque diferenciado. Este es un elemento fundamental, una buena práctica que debiera ser imitada por los abogados que prestan sus servicios profesionales a personas extranjeras. Este primer paso y la consideración del proyecto de vida de las personas extranjeras es una aproximación que aplica de manera integral el principio *pro personae* y que pondera todos los derechos involucrados, incluyendo los de todas las personas afectadas. ⁹⁸



► DERECHOS HUMANOS Y DEFENSA ESPECIALIZADA

Por Claudio Nash R.
Director Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile



A PARTIR DE SU VASTA EXPERIENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS, NASH PLANTEA QUE LA DEFENSA PENAL PÚBLICA SE HA CONSOLIDADO EN EL CONTINENTE Y QUE, EN EL CASO DE CHILE, ENFRENTA DOS CUESTIONES CENTRALES DE DISEÑO -SU AUTONOMÍA Y LA AMPLITUD DE SU MANDATO- Y OTRA DE CARÁCTER INTERNO: SER EFICAZ EN LA DEFENSA DE GRUPOS VULNERABLES.

Comenzando el siglo XXI parece existir una clara visión de los derechos fundamentales no sólo como derechos subjetivos que pueden ser reclamados de la autoridad por vía jurisdiccional, sino que también como principios que uniforman la actividad del Estado, legitimando su actuación.

Esta interpretación de los derechos fundamentales ha ido acompañada de mecanismos eficaces para la garantía de estos derechos en esta doble faz. Dichos mecanismos se caracterizan por ser complejos, algunos de carácter no jurisdiccional y otros jurisdiccionales. Dentro de estos últimos, cumplen un papel central las defensorías públicas en la región.

No hay duda de que las instituciones de la defensa pública se han consolidado y las exigencias son cada vez más altas. Hoy se les exige cumplir con ciertos mínimos, tanto en su diseño como en sus actuaciones. En materia de diseño institucional son dos cuestiones las centrales: su autonomía y la amplitud de su mandato.

En efecto, instituciones del Estado que buscan legitimar la actuación del poder público -asumiendo la defensa judicial de

quienes no tienen recursos para hacerlo-, deben actuar en los distintos ámbitos donde los derechos de acceso a la justicia de las personas se pueden expresar (amplitud material) y debe estar revestidas de la independencia suficiente (técnica y funcional) para realizar su labor.

En nuestro país, la creación de la defensa penal pública en el marco de la reforma al sistema procesal penal fue un avance para la plena vigencia del debido proceso en Chile. No hay duda que la defensa penal pública ha dejado en claro las falencias del sistema de defensa pública en otras áreas.

Durante años la defensa gratuita ha estado en manos de un sistema que no es independiente, profesional ni eficiente. Hoy es evidente que este modelo de defensa pública es insostenible y se debe avanzar hacia una defensa pública de estándares mínimos en todas las áreas del derecho.

La Defensoría Penal también tiene importantes desafíos. Uno de diseño institucional, su autonomía, y otro de carácter interno, cual es poder enfrentar eficazmente aquellos casos de grupos sujetos a condiciones de discriminación estructural.


La defensa especializada de derechos humanos implica hacerse cargo de que existen ciertos colectivos humanos que sufren violaciones de derechos (en este caso derechos en el ámbito penal) por su pertenencia a dichos grupos. Asimismo, que dichas violaciones tienen un carácter institucional (legislación sustantiva, procedimientos, prácticas) y que tienen un fuerte componente cultural. Estas violaciones son las que afectan a la población indígena, infancia, migrantes, personas privadas de libertad, entre otros.

Asumir esta realidad implica tomar medidas efectivas para erradicar esta situación de violencia institucionalizada respecto de estos grupos. Para ello, la idea de contar con una defensa especializada, que permita evaluar el problema, diseñar políticas integrales y estrategias transversales ha sido un acierto. Modelos ya consolidados, como la defensa indígena y la de niños y niñas, han sido fundamentales y son hoy vistos como ejemplos a nivel continental. Otros, más nuevos, como la defensa carcelaria y de migrantes, están dando sus primeros pasos hacia la plena consolidación.

Como un observador externo, son dos los temas que me interesan y preocupan respecto de la defensa especializada. Por una parte, que ésta sea un medio eficaz y por tanto, que se organice de manera de interpretar los derechos en el proceso penal de una manera integral, lo que implica ser capaces de mirar al titular de derechos en su contexto (económico, político, social) y desde sus características particulares (edad, género, cultura, entre otros) y desde ahí construir un discurso jurídico y estratégico para cada caso concreto. Esto implica usar inteligentemente la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las normas legales, así como la jurisprudencia nacional, internacional y comparada.

El segundo tema clave es que en el diseño de las políticas de defensa de estos grupos se tenga en cuenta la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Esto no es sólo una cuestión discursiva, sino que tiene implicancias concretas, en particular al momento de diseñar estrategias de defensa que no miren parcial y aisladamente a las personas. Es necesario hacerse cargo de los impactos que estas líneas estratégicas pueden tener en otros ámbitos, personales y sociales. Por ejemplo, en el ámbito de las mujeres indígenas, no se pueden asumir líneas de argumentación que

no garanticen adecuadamente los derechos de quienes viven situaciones de marginación dentro de los propios grupos excluidos.

Son muchos los desafíos para una defensa especializada en un contexto de restricciones institucionales y de cultura jurídica, pero no son otra cosa que “tomarse los derechos en serio”, como diría el viejo Dworkin. 





Alegato

DE

CLAUSURA!!

APUNTES PARA EL FORTALECIMIENTO DE UNA JUSTICIA PENAL ADOLESCENTE

Por Miguel Cillero B.
Abogado y doctor en derecho
Director del Programa de Justicia de Infancia y Adolescencia
Universidad Diego Portales

NUESTRO PAÍS CARECE DE UNA POLÍTICA GENERAL DE APLICACIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES (LRPA), UNO DE CUYOS EJES CENTRALES DEBE SER UNA DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA Y GRATUITA, CON ACTORES INSTITUCIONALES PÚBLICOS ROBUSTOS Y LA COLABORACIÓN DE INSTITUCIONES PRIVADAS ESPECIALIZADAS Y DEBIDAMENTE FISCALIZADAS Y COORDINADAS.



Transcurridos casi cinco años y medio de la entrada en vigencia de la Ley 20.084, que establece la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en adelante Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (LRPA), es posible hacer un análisis tanto de su aplicación como de los aportes de su puesta en funcionamiento para el conjunto del sistema jurídico penal chileno.

En este breve escrito, me concentraré en exponer algunas cuestiones jurídicas centrales, sin poder dar cuenta de toda la fundamentación empírica ni detenerme en las cifras sobre el funcionamiento y rendimiento global del sistema.

La LRPA estableció por primera vez en Chile un sistema de responsabilidad penal especial para las personas entre 14 y 18 años. Con ello se reformaba el artículo 10 del Código Penal en relación a la mayoría de edad penal (o edad de

aplicación de la responsabilidad penal de adultos), sustrayendo a las personas menores de 18 años -por el sólo mandato de la ley y sin necesidad de declaración judicial previa alguna- de la responsabilidad penal de adultos, y dejando sometidos a los menores de esa edad y mayores de 14 años a una legislación especial.

Esta reforma respondió a un proceso más amplio de transformación a la justicia (reforma procesal penal y de la justicia de familia) y a la incorporación de la Convención de Derechos del Niño en nuestro sistema, a fin de dar una respuesta al delito de los adolescentes que favoreciera la protección de los bienes jurídicos más valiosos de la sociedad, la convivencia ciudadana, y la paz social. En ese plano, se diseñaron importantes herramientas de flexibilidad en las consecuencias jurídico penales y en los procedimientos, de modo que éstos pudieran favorecer la integración social y el desarrollo de los adolescentes.

El programa normativo contenido en la LRPA se puede resumir en tres elementos centrales: i) establecimiento de un sistema de responsabilidad penal especial para personas entre 14 y 18 años, dejando atrás el sistema de transferencia de personas entre 16 y 18 años al sistema penal de adultos a través del discernimiento; ii) fortalecimiento de las garantías sustantivas y procesales de imputación, enjuiciamiento y atribución de consecuencias jurídico penales, garantizando la vigencia del corpus iuris de derechos de los adolescentes reconocidos por el derecho internacional, y superando las visiones tutelaristas de la justicia de menores; y iii) creación de un sistema especializado de respuesta penal, que incorporara aspectos jurídicos e institucionales destinados a favorecer un trato diferenciado al adolescente, de menor carga punitiva y orientado hacia la prevención del delito, y la protección del desarrollo y la integración social de los adolescentes imputados y condenados.

Especial relevancia se le otorgó en el mensaje de la ley, en el debate parlamentario y en el propio texto legal a la necesidad de dar garantía a los derechos del niño y dar fiel cumplimiento a las disposiciones contenidas en tratados internacionales sobre la materia vigentes en Chile, particularmente en la Convención sobre Derechos del Niño.

Al cabo de cinco años puede decirse que este programa normativo, pese a los problemas de aplicación que se reseñarán, se ha estabilizado e impuesto como el marco común de actuación de los diferentes actores del sistema de justicia penal adolescente.

Por su parte, pese a algunos intentos de cambios legislativos y reformas a las leyes penales generales que han afectado al sistema penal de adolescentes, estas líneas gruesas que inspiraron la legislación han permanecido en el tiempo, lo que constituye un primer logro del sistema: se han mantenido los rangos de edad, el sistema de imputación de responsabilidad penal especial, los marcos penales, la estructura procesal y las facultades y roles de los actores¹.

En este sentido, el sistema penal de adolescentes chileno se ha consolidado como un derecho penal de la culpabilidad,

y no como un sistema de protección o de medidas de seguridad a inimputables; y como un sistema de enjuiciamiento especializado en el que se reconoce el conjunto de garantías del debido proceso penal, cerrando espacios a intervenciones paternalistas y a la discrecionalidad propia de los sistemas tutelares que fueron hegemónicos durante gran parte del siglo XX.

Sin embargo, otras aspiraciones que fueron muy relevantes para impulsar la reforma no se han plasmado de igual forma. Así, el principio de intervención penal mínima, cuya máxima expresión es el uso de la privación de libertad como último recurso, pero también el uso de mecanismos de diversificación que permitan buscar alternativas al proceso penal y a la imposición y cumplimiento de las sanciones penales de adolescentes -incluso las no privativas de libertad- no ha encontrado mecanismos institucionales importantes en los que apoyarse.

En efecto, sea por el deficiente diseño legal en materia de la habilitación para el uso de la privación de libertad (escala de sanciones del artículo 23 de la LRPA y reglas de determinación), como por la falta de decisión institucional para avanzar en el empleo de formas alternativas al proceso y la sanción penal, en la práctica se aprecia que la reforma se ha visto acompañada por mayor intervención penal y uso más intenso de la privación de libertad².

La segunda gran aspiración fue poner en práctica un sistema especializado. Sin embargo, ya desde el nivel del diseño normativo como desde la práctica institucional, se ha podido apreciar graves deficiencias en la materia.

Pese al fuerte reconocimiento normativo, especialmente a nivel de las normas internacionales, el sistema de justicia penal adolescente ha desarrollado niveles muy incipientes de especialización, especialmente a nivel institucional, pero también en algunos aspectos normativos.

El legislador delegó en las instituciones, pero a su vez las mandató, para que desarrollaran y adoptaran las medidas necesarias para garantizar la especialización. El alcance de esta obligación legal ha de entenderse en un sentido muy amplio, es decir, no sólo referido a la obligación de contar con funcionarios capacitados, sino que a la exigencia de garantizar que se adoptarán las “medidas

¹ Compárese por ejemplo esta relativa estabilidad con las reformas que en los primeros años afectaron a la Ley Orgánica 5/2000 de España, en que todos estos aspectos fueron modificados a poco andar.

² Véase en ese sentido los informes estadísticos institucionales que, más allá de sus diferencias, coinciden en estas tendencias.

pertinentes” para concretar el derecho a un juicio y sanción especializados, según lo dispone la normativa internacional vigente en Chile. Esto exige un importante esfuerzo a nivel institucional cuyo desarrollo efectivo ha resultado desigual, según las instituciones, pero en general se puede afirmar que es un desafío pendiente.

La inexistencia de una judicatura especializada en esta materia ha pretendido ser suplida a través de un proceso bastante importante y generalizado de capacitación, liderado por la Academia Judicial. Sin embargo, más allá de los esfuerzos realizados en esta área, el déficit de especialización ha permanecido, en la medida que la dedicación de los jueces en esta materia es sólo ocasional, por lo que parte importante de los conocimientos y destrezas adquiridos en los cursos no son puestos en práctica.

Entre las mejores prácticas que se han observado en estos años se encuentran las salas especializadas, donde es posible establecer una dedicación más permanente del personal judicial, pero su existencia depende de acuerdos internos del propio Poder Judicial, particularmente de las Cortes de Apelaciones, que todavía son escasos, por lo que no es posible hablar de una práctica generalizada.

Contar mayoritariamente con un grupo reducido de jueces especializados, que ejercieran sus funciones en salas especializadas, produciría un doble efecto: mejor aprovechamiento de los recursos disponibles y contar con una dotación de jueces especializados altamente formados y dedicados el 100 por ciento de su tiempo, por un período de su carrera, al sistema de justicia penal de adolescentes, lo que de acuerdo con la experiencia comparada contribuye decisivamente al logro de los fines del sistema, tanto desde el punto de vista de las garantías como de la integración social y protección de bienes jurídicos.

Por su parte, para lograr la especialización el Ministerio Público requirió de un aumento de dotación, pero según se ha informado por sus propias autoridades, los nuevos fiscales contratados para el efecto no se encuentran actualmente desarrollando actividades en la justicia penal de adolescentes.

Asimismo, no se desarrollaron unidades especializadas exclusivas en ninguno de los niveles institucionales (nacional, regional y local). Pese que a nivel nacional se estableció una unidad especializada, siempre sus

funciones fueron compartidas, primero con Violencia Intrafamiliar y en la actualidad con Delitos Violentos. En la práctica, sólo algunas regiones, entre las que destaca la de Valparaíso, han desarrollado un trabajo destinado a establecer criterios específicos de persecución.

Por ello, es posible sostener que a nivel nacional no se ha logrado desarrollar una política especializada de persecución penal adolescente, lo que no ha contribuido al logro de los resultados político-criminales de la ley.

Comparativamente, la Defensoría Penal Pública ha desarrollado un interesante proceso de especialización, consolidando una unidad especializada a nivel nacional y un cuerpo de defensores especializados y debidamente capacitados, que han logrado cubrir el 75 por ciento de la demanda total de defensa en juicio.

Asimismo, dicha institución, a través de su unidad especializada, ha favorecido el desarrollo doctrinario (publicando dos volúmenes que abordan problemas dogmáticos y político criminales de alta relevancia y que son únicos en el país), ha realizado importantes seminarios y cursos para los defensores penales institucionales y los que trabajan en proyectos licitados, en que han participado destacados especialistas a nivel internacional. Y, finalmente, ha elaborado y publicado informes estadísticos de reconocido valor y rigurosidad.

Pese a ello, el sistema de defensa penal pública especializada ha sido desarrollado sin una base institucional sólida (sólo los funcionarios del nivel central son funcionarios de planta, pero no así los defensores juveniles) y la dotación no logra cubrir adecuadamente las demandas de defensa jurídica durante el período de ejecución, cuestión que debilita el derecho a la defensa de los adolescentes que, por propio mandato de la ley, se debería prolongar de un modo particularmente intenso durante el período de ejecución de la condena.

En el ámbito administrativo, la evidencia internacional muestra que los sistemas penales de adolescentes más efectivos poseen un organismo administrativo especializado técnicamente fuerte, con un despliegue territorial a nivel local, regional y central; con capacidad de gestionar el sistema y relacionarse inter-institucionalmente, y competente para desarrollar sistemas de información, de gestión de política pública y monitorear casos individuales.



El Servicio Nacional de Menores (en adelante Sename), entidad encargada de ejecutar la sanción penal, no cumple actualmente con dichos estándares, ya que es un organismo que nació para otros fines y en otro marco jurídico, distribuyendo su trabajo entre la protección de niños vulnerados en sus derechos y la ejecución directa o a través de terceros de las sanciones y medidas de la LRPA.

En este sentido, la discusión del proyecto enviado al Congreso Nacional para la creación de un nuevo servicio especializado para la ejecución de las sanciones penales de adolescentes resulta prioritaria, ya que puede resolver cuestiones centrales que deberían haberse considerado anteriormente.

El nuevo servicio deberá ser un ejecutor de las medidas y sanciones judiciales de la Ley 20.084, pero también un agente que participe de la formulación de la política criminal y que asegure que dichas medidas y sanciones no sólo estén destinadas a asegurar la responsabilidad del adolescente infractor de la ley penal, sino también a la integración social de ellos, en condiciones que sean consistentes con sus derechos fundamentales, considerando su autonomía y desarrollo como sujetos.

Finalmente, un análisis específico debe darse a la fase de cumplimiento o ejecución de las medidas y sanciones. El sistema de privación de libertad presenta gravísimas deficiencias desde el inicio del funcionamiento de la ley, las que en lo medular no han logrado ser subsanadas.

En este sentido, lo más alarmante es la situación de las secciones juveniles de Gendarmería de Chile, que no satisfacen los estándares mínimos y constituyen genuinamente una pena distinta a las establecidas taxativamente en el artículo 6 de la Ley 20.084, de discutible apego a una exigencia estricta de legalidad de la pena.

La disconformidad de los estándares de las secciones juveniles con los establecidos en la ley ha sido puesta de manifiesto por la Comisión de Expertos previo a la puesta en marcha de la ley y por los informes de las Comisiones Intersectoriales Supervisoras de Centros (CISC).

La situación de los centros de privación de libertad a cargo de Sename también muestra falencias importantes, evidenciadas por reportes de las CISC, informes de autoridades judiciales y otras entidades independientes. El examen de los objetivos del reciente plan de mejoras establecido por el Ministerio de Justicia deja en evidencia que todavía estos centros se encuentran intentando lograr un nivel mínimo de respeto a la dignidad humana y satisfacción de condiciones básicas, pero lejos de los estándares internacionales y los establecidos en la propia Ley N° 20.084 y su reglamento.

La pronta y tardía inauguración de un nuevo centro en la Región Metropolitana, pese a su masividad, permite pensar en que se inicia una nueva etapa, que favorecería mejorar los estándares actuales. De todos modos, resulta fundamental avanzar hacia la construcción e implementación de nuevos centros de privación de libertad en todas las regiones del país, que reemplacen los actuales, que no sean masivos y sean previamente acreditados por entidades independientes a sus ejecutores, acreditación que deberá dar cuenta de aspectos de infraestructura, condiciones de vida y de desarrollo de los adolescentes, en atención a sus derechos y necesidades psicosociales.

Los centros semicerrados han sido objeto de crítica en su desarrollo y presentan bajos niveles de aceptación de los actores y serios problemas de quebrantamiento. Por ello, deberían ser completamente reformulados, permitiendo nuevos modelos técnicos que trabajen con grupos pequeños de adolescentes, insertos en las comunidades de origen de los jóvenes y que sigan estándares internacionales.

En este sentido se valora la propuesta del Sename de impulsar centros semicerrados de carácter piloto, con participación de entidades no gubernamentales colaboradoras del Sename, que puedan incorporar metodologías de trabajo en la comunidad. Idea, sin embargo, que aún no parece que pueda ser concretada en el corto plazo.

En relación a otros países de América Latina, Chile muestra un fuerte sistema de organizaciones no gubernamentales que




ejecutan medidas en el medio libre en convenio con el Sename. Este es, sin duda, un importante potencial que se ha profundizado en el marco de la Ley 20.084, pero que tiene un desarrollo de más de 20 años en el país.

Pese a esta buena situación general, se han revelado varios problemas derivados del marco legal vigente. El primero de ellos dice relación con la inexistencia de un sistema de unificación de ejecución de sanciones, que permita refundir las sanciones y diseñar un solo plan de ejecución por adolescente. El segundo problema dice relación con la necesidad de mejorar los estándares de calidad de las intervenciones y del seguimiento que hace el Sename, para lo cual el nuevo servicio debería orientarse hacia un sistema de acreditación de programas basados en evidencia, al estilo de los modelos que se aplican en España, en el Reino Unido, en Alemania y en algunos estados de los Estados Unidos.

A los problemas de especialización institucional y de ejecución de sanciones reseñados se une la inexistencia de una política penal especializada sobre la materia, que oriente el conjunto de acciones que se realizan para la prevención, enjuiciamiento, sanción y ejecución de sanciones de los delitos cometidos por adolescentes.

Esta carencia de una política general de aplicación de la ley, y que dé origen a un genuino sistema penal de adolescentes, es el déficit mayor de los cinco años de funcionamiento de la ley N° 20.084 y, probablemente, lo que ha impedido un proceso incremental de implementación, tal cual fue prometido en su momento durante la discusión parlamentaria previa a su entrada en vigencia y durante la discusión de las reformas introducidas con la Ley 20.191.

Por ello, junto a la necesidad de desarrollar esa política, resulta fundamental elaborar instrumentos de gestión estratégica, que pongan en práctica el diseño y la ejecución de esta política pública, que debe enmarcarse -por un lado- en la política de prevención del delito y -por otra- en la de protección del desarrollo e integración social de los niños, niñas y adolescentes.

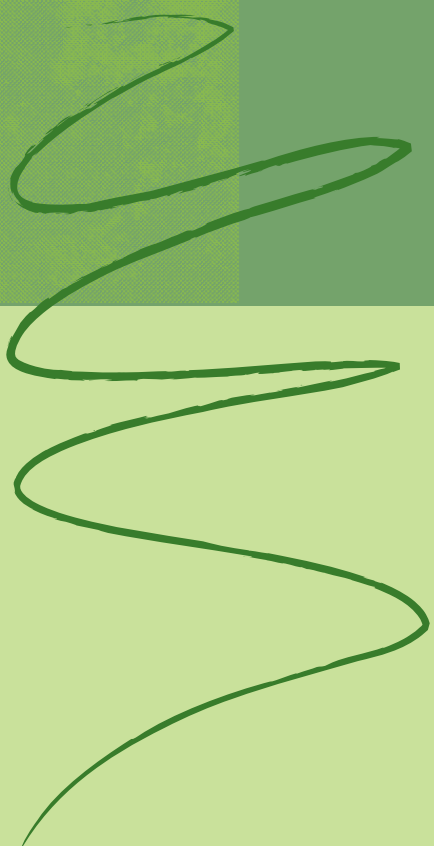
Esta política debe tener como uno de sus ejes centrales una defensa penal especializada y gratuita, que cuente con actores institucionales públicos robustos y la colaboración de instituciones privadas especializadas y debidamente fiscalizadas y coordinadas. 



Bajo

La historia
de
'el pintor'

PROMESA



Bajo

PROMESA

Guillermo Olea Duarte no habla en *coa*, pero explica bien donde está metido, como uno más de los casi 5 mil 400 internos condenados de la ex Penitenciaría. Sigue al pie de la letra el reglamento interno y trata de portarse bien, pero entre medio toma sus pinceles y crea (o recrea) desde imágenes bíblicas hasta evocaciones amorosas. El es 'el pintor' y esta es su obra. . .



Por Marcelo Padilla V.
Periodista Unidad de Comunicaciones
Defensoría Nacional

LAS TABLAS DE LA LEY



EL RICO Y LAZARO



“Tengo 35 años y estoy preso desde 2008, primero en Santiago Uno, por robo en lugar habitado. Pasó que una persona me compró un vehículo pero no le hice transferencia y después esa persona utilizó el vehículo en varios robos, en varias partes. Hubo varias cosas en el juicio. Soy mecánico hidráulico. Me pescaron por eso y hasta ahora no sé qué pasó. Además esa persona era mi empleador, me había dado trabajo. Él amenazó a mi familia y entonces tuve que guardar silencio y no hablar en el juicio. Una niña declaró que el autor tenía 1,65 metros. Yo mido 20 centímetros más...”

“Antes estaba en la Calle 5, pero por problemas en una habitación me vine a la Calle 4. Estoy haciendo tiempo y conducta, porque quiero postular luego a un beneficio. Me faltan dos años y medio para pedir la dominical, para estar con la familia. Además tengo hartas propuestas de trabajo, porque hay harta gente que me conoce por mi trabajo.”

ELIJAS

HORNOS DE FUEGO



“Me gustaría hacer lo que vivo en la realidad aquí, pero no puedo, por el tiempo. Estoy tranquilo con los hermanos cristianos, todo es ordenado y tenemos espacio para trabajar después del culto. No molestamos a nadie. Llevo 24 meses ahí. Pinto después de la cuenta, en las noches. En las mañanas y en las tardes estoy en la escuela, terminando mis estudios. Los cuadros que pinto para los hermanos de la iglesia no se los cobro. Son un regalo para ellos.”

“Empecé de a poquito a pintar acá adentro, porque uno tiene que darse vueltas, apoyar a la familia, tengo dos hijos propios, de 11 y 10 años, y dos de mi pareja, que son mayores. Ellos me mandan notitas. No he querido que vengan para acá, no es un ambiente bueno para ellos. Todavía me cuesta, porque soy primerizo y por ejemplo usan muchas palabras que no entiendo y eso me trae problemas. Como uno ha trabajado toda su vida, lo miran como gil. Acá todos se conocen y a veces si tienes problemas con uno tienes problemas con diez.”



“Antes pintaba los fines de semana y en la semana trabajaba. Empecé en el colegio, me encanta dibujar, los colores, los paisajes. También me gusta trabajar con la luz, con los tonos, con los brillos. Uso inspiraciones creativas, a veces me vienen a la mente paisajes, ríos, lagos, bosques y los reinterpreto, les aplico algo mío.

“Acá de a poco fui conociendo a la gente. Ahora me dejan entrar los materiales que encargo a mi familia, pero hay algunos peligrosos por el encierro, por ejemplo pinturas o diluyentes muy fuertes. Es peligroso respirar eso. Si necesito algo, lo pido, lo mezclo y lo demás lo devuelvo.

“Uso todo tipo de técnicas, óleo, acrílico, esmalte... látex también se ocupa. Afuera he hecho hasta murales. Acá los internos y los gendarmes me piden dibujos y cuadros. Me dicen ‘el pintor’. Me piden cuadros para enamorados: el paisaje, la playa, el barco, el poema... O un corazón con el nombre de ella, una dedicación. Algunos eligen un cuadro y me lo traen para que lo pinte. Casi no me queda tiempo para hacerle regalos a mi pareja.

“Acá también hay otra gente que hace cosas artísticas, tallados en madera, trabajos en género, en vidrio. Mis cuadros los vendo afuera entre 15 y 20 mil pesos. Vendo unos cuatro al mes, para ayudar. Una vez vendí uno en 100 mil pesos...”



RÍOS DE AGUA VIVA

JUAN EL BAUTISTA

guardar silencio



REAFIRMANDO EL COMPROMISO CON EL ‘ESTADO DE DERECHO’:

Defensa especializada y agencia moral

Por Alberto Coddou M.
Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales



Existen dos versiones principales del ideal del “Estado de Derecho” que me gustaría contrastar aquí. Para la primera, el Estado de Derechos sólo requiere cumplir ciertos requisitos formales: generalidad de las normas, publicidad de las mismas, no retroactividad y congruencia entre el actuar de las autoridades y las normas vigentes, entre otros (Fuller 1990).

Estos atributos, que son más bien formales que materiales, dejan un espacio de libertad para las personas: al menos, se sabe de antemano cómo actuará la autoridad respecto de las normas, consagrando lo que actualmente se conoce como “seguridad jurídica”.

Esta primera versión del ideal del “Estado de Derecho” tiene su expresión más paradigmática en el modo en que los organismos financieros internacionales (principalmente, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional) promovieron reformas regulatorias y privatizadoras en los ‘80 y ‘90, a cambio de préstamos o de ayuda financiera: todo se trataba de Estados pequeños, reglas claras e intervención regulatoria reducida al mínimo. Además, esta idea ha sido la más prominente entre la academia, a partir de las ideas de Lon Fuller en “La Moralidad del Derecho” (1977).

Para la segunda versión, en cambio, las normas generales no sirven de nada si no son aplicadas con imparcialidad, y

escuchando lo que cada una de las partes de un conflicto puede decir respecto del mismo (Von Dicey 1982). Estos estándares se traducen en el moderno lenguaje del respeto por el “debido proceso” y tienen su expresión más obvia en el modo en que los sistemas internacionales y regionales de derechos humanos promueven reformas procesales basadas en el “acceso a la justicia”.

Más allá de que esta versión ha tenido una buena acogida en los impulsos institucionales del último tiempo, es muy popular para el lenguaje cotidiano, para el modo en que comúnmente utilizamos el término “Estado de Derecho”. Así, por ejemplo, decimos que en Guantánamo no se respeta el “Estado de Derecho”, porque los prisioneros en ese lugar no han tenido oportunidad de defenderse, o que es un atentado contra el “Estado de Derecho” que un presidente elija explícitamente a los jueces por su orientación política.

La segunda versión supone una preocupación especial por la posibilidad de defenderse, por la necesidad de resguardar la evidencia y abrir posibilidades de cuestionarla, o por la opción de tener vías de impugnación que puedan remediar o corregir los errores iniciales de una investigación.

Si la primera versión valora la libertad negativa, esto es, el espacio de libertad que deja el Estado, sobre quien recaen únicamente obligaciones de no hacer, la segunda versión

expresa lo que se conoce como la libertad de los antiguos o la libertad positiva. En otras palabras, la segunda versión se esfuerza en respetar el grado de agencia moral del ciudadano, en tanto le permite expresar ante las autoridades su capacidad de dar razones, justificar sus conductas o pedir perdón.

Esto se da de un modo especialmente relevante en la defensa penal. Ella supone una de las pocas instancias en que se puede participar de los asuntos públicos con un grado de igualdad, sobre todo, considerando los pobres indicadores de representación y participación política que tiene nuestro país.

En esta segunda versión podemos contextualizar la defensa especializada que ha llevado a cabo la Defensoría Penal Pública, específicamente, en su defensa de migrantes, privados de libertad e indígenas. Además de erigirse en una obligación internacional para el Estado de Chile, que libre y voluntariamente se ha comprometido con la comunidad internacional a garantizar el acceso a la justicia sin discriminación, la defensa especializada implica preocuparse por el respeto de la dignidad de grupos de la población que son especialmente vulnerables.

La segunda versión, además, involucra un peligro para los valores que aspira a conservar la primera: que aquellos quienes no pueden participar regularmente en los asuntos públicos sean tratados con igual dignidad y respeto, considerando su agencia moral, supone un peligro para el valor de la seguridad y certeza jurídica.


En este sentido, el aporte de la defensa especializada nos recuerda que el “Estado de Derecho” no sólo consiste en proteger la certeza o la seguridad jurídica, pues “tener el día en la corte”, “poder justificar conductas en el ejercicio de derechos fundamentales” o “considerar el especial contexto” en que éstas ocurren son también la expresión más común y obvia de nuestros compromisos con este ideal.

De este modo, migrantes, pueblos indígenas y población penal son dignificados por un servicio público que no hace otra cosa que reconocer la igual dignidad y respeto de personas a quienes el sistema político no ha garantizado aún los derechos de primera generación.

Referencias bibliográficas:

Fuller, Lon. 1987. *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press.

Von Dicey, Albert. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis: Liberty Classics.

Waldron, Jeremy. 2008. “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review* 43. 



OBJECCIÓN

A stylized red hand with the index finger pointing towards the letter 'J' in the word 'OBJECCIÓN'. The hand is rendered in a simple, graphic style with red outlines and a solid red fill. The word 'OBJECCIÓN' is written in a large, bold, black, sans-serif font.

UNA PASTORA AYMARA EN EL CORAZÓN DEL DERECHO

Por Héctor Mérida C.
Periodista Unidad de Comunicaciones
Defensoría Regional de Arica y Parinacota

GABRIELA BLAS BLAS ES UN EMBLEMA. ES CIERTO QUE YA RECUPERÓ SU LIBERTAD Y QUE TODAVÍA NO LOGRA ENCONTRAR UN BUEN TRABAJO, PERO SU TRAGEDIA MARCA UN ANTES Y UN DESPUÉS PARA TODAS LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA PROCESAL PENAL -INCLUIDA LA DEFENSORÍA-, PORQUE DEMUESTRA QUE LA DISCRIMINACIÓN Y LA FALTA DE UNA MIRADA INCLUSIVA ANTE LA DIVERSIDAD SIGUEN SIENDO MALES ENDÉMICOS DE NUESTRA SOCIEDAD. CON USTEDES, LA PASTORA...

En el rincón más agreste del norte, en pleno altiplano chileno, eran las cinco de la tarde del 24 de noviembre de 2007 y la pastora aymara Gabriela Blas Blas desandaba su camino en las laderas del volcán Tacora. En ese momento, sin imaginarlo siquiera, inició el recorrido que le llevaría a la cárcel, a los titulares de los diarios y a una nueva vida, completamente alejada de su sencilla existencia.

A esa hora resolvió dejar por un rato a su hijo, para intentar recuperar a dos de los animales que pastoreaba que se habían distanciado, Fue por ese hecho que la joven pasó a ser imputada formalmente de empujar al niño a la muerte, intentado engañar a la policía mientras permanecía “voluntariamente” en un retén durante cinco días.

Luego experimentó la exhibición de los detalles más íntimos de su corta y humilde vida de pastora de llamas y alpacas. Fue tratada públicamente como mentirosa, promiscua sexual, manipuladora, mala madre y fría criminal porque Eloy, su retoño de sólo cuatro años, desapareció ese día para ser hallado muerto un año después en pleno desierto.

Desde ese momento hasta el de su posterior condena, Gabriela sólo fue apoyada por su tía Celedonia, por algunos dirigentes aymaras y por los funcionarios de la Defensoría Penal Pública, que batallaron en dos juicios orales para demostrar su inocencia y fueron sumando voluntades hasta conseguir un indulto presidencial en su favor y que la prensa volviera a llamarla “pastorcita”.

Ahora ya es protagonista de libros, reportajes y hasta de un documental de cine en ciernes. También la saludaron famosas figuras de televisión, parlamentarios y otras autoridades cuando pasó a ser una indultada, aunque ahora busca un buen empleo y no lo encuentra porque tiene “antecedentes”.

EL ENTORNO

Para aproximarse al caso hay que entender que Gabriela vivía en Caicone, una pequeña comunidad ubicada en medio del altiplano chileno, zona de una altura casi uniforme y cercana a 4 mil metros sobre el nivel del mar, a 150 kilómetros al noreste de Arica. La localidad está a 17 kilómetros del pueblo de Coronel Alcérreca, donde existe un retén de Carabineros y viven permanentemente apenas unas tres familias.

En la puna altiplánica no hay árboles y la vegetación es sólo paja brava y algunos arbustos de los que se alimentan los llamos y alpacos pastoreados por los aymaras. Además de estos animales domésticos, coexisten allí pumas, vicuñas, zorros, vizcachas y una pequeña diversidad de aves. En esa comuna -General Lagos-, de 2 mil 250 kilómetros cuadrados de pura pampa, habitan diseminados en pequeños caseríos apenas mil 220 personas, casi todos ganaderos aymaras o funcionarios municipales. Los demás son los carabineros, generalmente provenientes del sur de Chile.



LA CULTURA

Los habitantes de la zona mantienen una cultura milenaria de estrecha comunión con la naturaleza, pues se consideran sus hijos y no sus poseedores. Así, establecen una relación de respeto con cada una de las manifestaciones telúricas, como la tierra, el agua, los astros y los animales. En esas agrestes alturas ellos no se sienten ajenos a esa dinámica, la que los cuida si son prudentes ante sus peligros y la reverencian ritualmente.

En su vida son muy respetuosos de la comunidad y le otorgan mayor jerarquía a las personas mayores y a los varones. Es mal visto que un hombre extraño se contacte con una mujer, si no es a través del padre, el hermano o el esposo. Las familias son extendidas, inclusivas y la vigilancia de los hijos excede a los padres: todos cuidan a los niños.

Las relaciones con la autoridad estatal tienen la carga de lo que fue el proceso de ‘chilenización’ de los años ‘60 a ‘70, cuando se pretendió erradicar o minimizar las manifestaciones de sus culturas originarias tildándolas de “extranjeras” (bolivianas o peruanas), forzando así el ocultamiento de sus tradiciones y uniformándolas con el uso del idioma castellano y la imposición de las costumbres propias de la zona central del país.

LA VIDA DE GABRIELA

Gabriela Blas nació en esa misma zona, en un lugar llamado Fondo Huaylas, y toda su infancia transcurrió entre esa localidad y Coronel Alcérreca, donde cursó hasta sexto básico. Hasta avanzada su adolescencia sólo interactuó con su familia nuclear, con una hermana mayor como la cuidadora de los cinco menores.

Posteriormente conoció Arica, donde permaneció por temporadas de uno o dos meses dedicada a trabajar informalmente. En esa época sufrió la violación que la dejó embarazada de su primer hijo, el que quedó al cuidado de un hermano en la ciudad. Más tarde trabajó en un restorán del caserío de Zapahuira y concibió a su hijo Eloy, que siempre la acompañó desde entonces.

Posteriormente quedó embarazada por tercera vez y esa hija también quedó al cuidado de sus hermanos en Arica, aunque

terminó internada en la Corporación de Nutrición Infantil. Años más tarde, mientras Gabriela enfrentaba su segundo juicio oral, la menor fue dada en adopción a una pareja de europeos.

Gabriela se estableció en Caicone en 2007, para dedicarse a pastorear las llamas del dueño de esa estancia. Así fue hasta que ocurrió la tragedia.

LA TRAGEDIA

A sus 28 años y sin saberlo, Gabriela Blas inició su drama la tarde de ese 24 de noviembre, porque al declinar el sol en el altiplano se dio cuenta que dos de las llamas que cuidaba se habían rezagado y no podía descansar antes de recuperarlas. De lo contrario, debería pagar más dinero que todo el sueldo prometido.

Razonó qué hacer, pues junto a ella estaba su hijo Eloy, de casi 4 años, quien ya estaba cansado de caminar todo el día con ella y pesaba mucho como para cargarlo en el aguayo (manta) al final de una dura jornada, ejercida a más de 4 mil metros sobre el nivel del mar, en medio de una puna desolada.

Entonces decidió dejarlo en una loma protegida por pircas (muros de piedra). Lo encomendó a la Pachamama y le ordenó quedarse allí, tal como su propia madre lo hizo alguna vez con ella, confiando en la docilidad natural de los hijos de pastoras. Pero cuando regresó, una hora después, Eloy no estaba y aunque lo buscó en los alrededores no pudo hallarlo y debió refugiarse del frío, que en esa temporada baja hasta 15 grados bajo cero apenas cae la noche

Al otro día Gabriela caminó cuatro horas hasta el retén de Carabineros de Coronel Alcérreca, donde tras contar lo ocurrido la mantuvieron retenida durante cinco días, mientras paralelamente buscaban al niño.

Después la llevaron a Arica y la entregaron a la Policía de Investigaciones por orden del Ministerio Público, entidad que empezó a indagarla como sospechosa de la muerte de su hijo. Sólo al séptimo día puede entrevistarse con un defensor penal público y con la facilitadora intercultural de la entonces Defensoría Regional de Tarapacá, antes de que se creara formalmente la Región de Arica y Parinacota.



En ese período surgieron las 18 versiones respecto de los hechos que se le atribuyen a la pastora, en las que habría señalado diversas variantes para explicar su desaparición: que lo mató, que lo entregó a un camionero, que lo abandonó o que, finalmente, se le extravió. Salvo las dos últimas, todas las demás fueron obtenidas sin presencia de un defensor.

Una vez formalizada Gabriela, el período de investigación se prolongó hasta comienzos de 2009. El cuerpo del niño apareció en medio de ese lapso, en diciembre de 2008, fallecido por causas indeterminadas.

En el primer juicio oral, iniciado el 15 de abril de 2010, Gabriela Blas fue acusada de cuatro delitos: abandono de menor con resultado de muerte, abandono simple de menor, obstrucción a la investigación e incesto, presuntamente cometido junto a su hermano Cecilio. De los últimos cargos fue absuelta, pero fue condenada sólo por el primer hecho a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, según lo establecido en el artículo 349, en relación al artículo 351 del Código Penal. A esa fecha completaba dos años, 8 meses y 15 días de prisión preventiva, una de las más prolongadas desde la vigencia del nuevo sistema procesal penal.

La acusación de abandono simple del menor quedó desechada al considerarse subsumida en el principal cargo de abandono del menor con resultado de muerte, mientras que la imputación de incesto quedó inválida por incongruencias graves en la presentación de la fiscal. El cargo de obstrucción a la justicia no se consideró acreditado, pues debe tener “siempre como sujeto a terceros ajenos a la investigación penal”, no a la propia imputada.

Los defensores penales públicos presentaron entonces un recurso de nulidad ante la Corte Suprema, aduciendo principalmente vulneraciones al debido proceso y a la presunción de inocencia -contempladas en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal-, pero el máximo tribunal del país declaró inadmisibles esa argumentación, aunque recondujo hacia la Corte de Apelaciones de Arica la invocación al artículo 374 hecha en subsidio.

El 30 de agosto de 2010 la Corte de Apelaciones de Arica acogió el recurso, especificando que tal nulidad valía sólo en relación a los hechos calificados como abandono de menor, por lo que se mantuvo la absolución de los otros tres cargos. La sentencia se fundamenta en que se incurrió “en infracciones a los

parámetros de la sana crítica, del modo indicado, afirmando como verdaderos ciertos hechos sin respetar las reglas de la lógica formal”, lo que significa una infracción del artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo legal.

Se instruyó entonces un segundo juicio, durante el cual el Ministerio Público precisó que “la acusada llevó a su hijo a Caicón regresando a Alcérreca sin él, dando cuenta de la pérdida del niño 28 horas después, entregando una serie de datos que sólo tenían por objeto distraer a la policía”. También se anticipó a la argumentación de la defensa, agregando que entre las costumbres aymaras “no está el abandonar a un hijo”.

Al respecto, el defensor público Víctor Providel -jefe de Estudios de la Defensoría Regional- argumentó que las declaraciones sobre las que los fiscales elaboraron su tesis de culpabilidad fueron obtenidas sin las garantías debidas, cuando Gabriela estaba detenida por Carabineros y luego por la Policía de Investigaciones sin acceso a un abogado.

Agregó que la pérdida del menor se produjo en una acción que para cualquier pastora aymara no significaba peligro, ya que era costumbre ancestral pastorear con los hijos en las inmensidades de la puna, donde normalmente los menores no se extraviaban, porque ese era su hábitat y su forma habitual de comportarse. También dijo que esa costumbre debía tomarse en cuenta, en virtud de normas como la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT, que debían respetarse para casos de juzgamiento a los miembros de los pueblos originarios.

Esta argumentación fue fundamentada también por peritos de la Conadi, antropólogos y otros especialistas interculturales que, junto con psicólogos, patólogos y otros especialistas, comparecieron ante el tribunal.

En una parte destacada del juicio, Providel también citó como ejemplo comparativo la dolorosa experiencia sufrida por un ministro de Estado, cuya hija casi murió al caer a la piscina de la casa familiar el año anterior: “A nadie se le ocurrió imputarle responsabilidad por haber descuidado por un rato a esa menor en un sitio en donde había un peligro relativo, porque los accidentes son eso: accidentes. Lo mismo que ocurrió para esta pastora aymara, para la cual el altiplano es un entorno tan doméstico como el patio de una casa”, planteó.

El juicio oral concluyó el 11 de octubre de 2010, con la sentencia que condenó a Gabriela Blas a 12 años de presidio mayor en su grado medio y accesorias por su participación como autora del delito de abandono de un menor de 10 años en lugar solitario, con resultado de muerte, establecido en el artículo 349, en relación al artículo 351 del Código Penal. No se le concedieron medidas alternativas.

En su veredicto, los jueces Mauricio Vidal, Macarena Calas y Mauricio Petit señalaron que los elementos probatorios exhibidos “permiten establecer, más allá de toda duda razonable, como hecho de la causa, que Gabriela Blas intervino de manera inmediata y directa en la comisión del ilícito penal de abandono de menor de diez años en lugar solitario”.

También comentaron los argumentos de la defensa sobre los aspectos socioculturales del caso, según los cuales Gabriela sufría una notoria vulnerabilidad social. En su opinión, los testimonios de los peritos de la Fiscalía indicaban que Gabriela no estaba en tal condición, ya que previamente había hecho un reclamo en el Juzgado del Trabajo contra una empleadora y en su domicilio mantenía “toallas higiénicas y su carnet de Fonasa, especie y documentos no propios para quien se dice sufrir de privación cultural”

Respecto de las argumentaciones sobre la Ley Indígena y el Convenio 169 de la OIT, precisaron que en el juicio no estaba comprometida la costumbre aymara, “en la medida que no es propio de ella dejar abandonado a menores”. En esto el tribunal repitió la argumentación del primer juicio, coincidiendo con el parecer de los jueces de esa instancia: Guillermo Rodríguez, Héctor Gutiérrez y Carlos Rojas.

Tras la sentencia definitiva, el caso de Gabriela lo asumió la Corporación Humanas, que preparó una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la denegación de garantías para una imputada indígena.

Paralelamente, algunas organizaciones aymaras iniciaron una campaña para obtener el indulto presidencial para la pastora, siendo apoyados por el diputado ariqueño Orlando Vargas, quien en octubre de 2011 logró el respaldo de la Cámara de Diputados para presentar la petición de indulto al Presidente Sebastián Piñera.

Así, a las 14.10 horas del martes 29 de mayo pasado, Gabriela Blas llegó a firmar la comunicación que oficializó la concesión del indulto presidencial, que rebajó su pena a la mitad. Luego, el 1° de junio entró en vigencia la Ley de Conmutación de Penas e Indulto, que también benefició a Gabriela, porque reunía los requisitos exigidos por esa nueva norma.

Gabriela salió definitivamente desde la cárcel de Acha a las 10 de la mañana del sábado 9 de junio de 2012.

En la explanada de la cárcel, sus hermanos aymaras oficiaron una ‘pawa’ (ceremonia ancestral), en que la ofrenda de hojas de coca y alcohol buscaba agradecer a la Pachamama por el regreso de la pastora a la libertad. Entre la muchedumbre estaban sus padres, hermanos, un hijo, representantes de Gobierno, del Congreso y de las organizaciones aymaras.

LA PRENSA

El caso de Gabriela Blas impactó fuertemente no sólo en Arica, sino que en todo el país, porque fue uno de los más ‘mediáticos’ que se conocen en la historia del norte chileno. Con un tratamiento sensacionalista al comienzo, el enfoque se fue revirtiendo y la joven pasó de ser tratada como una “fría parricida” a ser nombrada como “la pastorcita”.

El cambio ocurrió sólo después que la Defensoría consiguió exponer a los reporteros locales el enfoque intercultural, que permite explicar por qué una mujer como Gabriela pudo dejar solo a su hijo en la pampa y cómo pudieron surgir múltiples versiones ante a las policías que la interrogaron sin las garantías ni intermediación de alguien que comprendiera su idiosincrasia.

Sólo entonces la prensa pareció entender que para un pastor aymara el altiplano no es más peligroso que el patio de su casa para un habitante urbano. O que el interrogatorio hecho por hombres uniformados a una mujer es una experiencia sumamente intimidante para ella, contexto en el que – además- no existen garantías de que no fuera sugestionada o inducida a responder según lo que la policía creyera como verdad de los hechos.

LA DEFENSORÍA

El impacto de estos hechos en la Defensoría los resume el Defensor Regional de Arica y Parinacota, Claudio Gálvez, quien explica que “fue una experiencia altamente enriquecedora, en que el equipo completo de la Defensoría de Arica y Parinacota se comprometió y aportó en la gestión de la defensa realizada. Se discutieron en tribunales temáticas que resultaron novedosas, en que el trabajo de la Unidad de Estudios, y especialmente de la facilitadora intercultural, resultaron claves”.

En efecto, el caso de Gabriela Blas involucró inicialmente al defensor público Cristian Calvo, que la atendió antes y durante la formalización. Luego, en el juicio oral asumieron Raúl Gil y Ricardo Sanzana. Más tarde se agregó Víctor Providel, con el apoyo de la asesora jurídica, Viena Ruiz-Tagle, y la asistencia permanente de la facilitadora intercultural, Inés Flores Huanca. Más aún, todos los funcionarios sintieron como una causa emblemática del equipo la defensa de la pastora aymara.


Inés Flores, aymara, hablante nativa y nacida en el pueblo de Ancolacane, distante a unos 30 kilómetros de donde ocurrió el drama de Gabriela Blas, exterioriza lo que sintió con la experiencia de la pastora: “Me reafirma el compromiso con la justicia, el mismo que tenía mi abuelo con quien me crié. Me retorna a sus pasos y al convencimiento de que la lucha está ahí, que es donde puedo y debo hacer un aporte: como mujer india”.

Respecto del legado jurídico del caso, Víctor Providel cree que “aprendimos mucho más de Gabriela de lo que nosotros pudimos ofrecerle a ella. Le debemos nuestro cambio de visión y le quedamos debiendo nuestros errores”, plantea, a modo de autocrítica. Y agrega: “El mayor logro jurídico ha sido la libertad de Gabriela tras el indulto, por las razones que siempre la defensa expuso”.

Para Claudio Gálvez, este epílogo no permite -sin embargo- asegurar un avance sustantivo en el ámbito judicial y social: “Sería estar engañándonos pretender que las lecciones debidas han sido extraídas del caso por nuestra sociedad, y especialmente por los organismos ligados a la persecución y

al juzgamiento penal. La discriminación y la falta de una mirada inclusiva ante la diversidad siguen siendo males endémicos de nuestra sociedad. Falta mucho por hacer aún, pero creo que con ella se ha marcado un antes y un después en la forma en que incluso nosotros mismos nos acercamos a estas problemáticas”.

La pastora ratifica el rol de los defensores y les agradece, concisa. “La señora Inés es como mi segunda mamá. Ella y todos los abogados me apoyaron desde que llegué hasta la salida. Don Víctor, don Raúl, la Viena...”, dice Gabriela, a quien los cinco años de cárcel apenas le moderaron su parquedad, desconfianza y sencillez.

Casi con monosílabos, explica luego cómo es su vida ahora que ha recuperado su modesta existencia de mujer aymara lejos de la pampa: “Me cuesta encontrar un buen trabajo. Me consideran, pero luego encuentran que tengo antecedentes y me alejan”, dice. Para ella, sigue habiendo rincones agrestes. Y no están sólo en el altiplano... 

● actualidad

nersis de su o mil de co-nto de sup. tos, que exi- de los directores y pendiente. Más allá de dencia quien tiene la razón en este p-

operación, Endesa España deberá a tres aspectos muy sensibles.

ciento de las acciones de Enersis, con lo que le faltaría muy poco para los dos tercios requeridos para aprobar el aumento de capital. De hecho, podría lograrlo sin el concurso de las AFP, que han levantado más airadamente su voz para oponerse a la operación en los términos inicialmente propuestos. Desde esta perspectiva, la intención del controlador de lograr consenso para llevar adelante la operación debe ser bienvenida, al igual que su aproximación a la SVS para ceñirse a las interpretaciones legislativas más estrictas. Las semanas que quedará de manifiesto en los pasos que dé Endesa España para clarificar su plan de inversiones a través de Enersis, para aceptar una eventual menor valoración de los activos que aporta, y para ajustar su actuar a las recomendaciones e instructivos de la autoridad reguladora.

pañola aún en confianza del mercado al no atenerse al procedimiento especial.

Actualmente Endesa España posee el 63,7 por

y en-discusión, expresando que no es conveniente tomar ninguna decisión sin el apoyo explícito

de EE.UU. Además, se hizo eco de declaraciones de un alto oficial estadounidense que aseguró que Israel no tiene la capacidad militar para un ataque que elimine completamente el programa atómico, y sólo lograría retrasarlo. El general Martin Dempsey puso en evidencia la precariedad israelí al decir además que, sin proyectiles antibúnker y sin capacidad aérea para llevar grandes bombas, Israel fallaría en dejar no operativas las plantas iraníes.

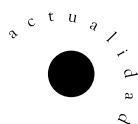
La crisis internacional que ha provocado Irán con el desarrollo de su programa nuclear —que asegura tiene fines pacíficos— exige que se la siga con extremo cuidado, y tanto Washington como sus aliados europeos han tratado infructuosamente de hacer desistir a los iraníes de continuar adelante. Israel teme que Tehe-

Israel se siente amag en su existencia mi por las explícitas reiteradas declaraci del Presidente ira

UNA DE OPINIÓN
ón de los pacíficos

DÍA A DÍA

CREADA POR LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA Y EL MINISTERIO PÚBLICO



AVANZA LABOR DE LA MESA INTERINSTITUCIONAL SOBRE ACCESO DE MIGRANTES A LA JUSTICIA PENAL

Ante el desafío de abordar en conjunto nuevas temáticas y realidades que involucran al sistema de justicia penal, desde agosto pasado la Defensoría Penal Pública y la Fiscalía Nacional conformaron la Mesa Interinstitucional sobre Acceso de Migrantes a la Justicia Penal.


La iniciativa, que responde al interés de entregar una respuesta especializada a las condiciones que enfrentan determinados grupos vulnerables -en este caso extranjeros y migrantes- convocó a diversas instituciones relacionadas, como los Ministerios de Justicia y Relaciones Exteriores, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones y el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH).

El trabajo de la mesa ya cuenta con productos concretos que buscan mejorar el trato, la información y el respeto a la dignidad de los extranjeros, facilitando especialmente el acceso a la justicia de quienes no entienden el idioma español y que -en su calidad de imputados o víctimas- enfrentan al sistema penal.

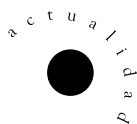
El primer producto fusionó, en un solo documento, las actas de lectura de derechos del detenido y las de notificación consular. Éstas últimas se utilizan cuando el detenido extranjero acepta que su situación sea notificada al consulado de su país, para entrevistarse con un representante de éste. Este documento, que antes exhibían de manera diferente Carabineros y la PDI, hoy se encuentra homologado como un acta única, traducida al inglés, francés y alemán, aunque pronto también habrá versiones en chino y portugués.

Se acordó también que los decálogos de derechos de detenidos y víctimas que se exhiben en comisarías y otros recintos de detención sean actualizados y cuenten además con un símil traducido al inglés, incluyendo el derecho que asiste a los detenidos extranjeros para que su detención sea notificada al consulado respectivo. Esta posibilidad también será incluida en los afiches en español, pues gran parte de los extranjeros detenidos en Chile hablan el mismo idioma.

Respecto de la obligación de Carabineros e Investigaciones de notificar a la Dirección General de Asuntos Consulares e Inmigración (Digeconsul) de la Cancillería sobre la detención de un extranjero que pida asistencia consular, la mesa acordó crear un sistema de notificación en línea, que además envíe una copia automática a los consulados respectivos. Esta iniciativa también permitirá que la Defensoría Penal Pública acceda a esa información.

Todas estas iniciativas se pondrán en marcha a principios de 2013, tras la suscripción un convenio de seguimiento entre todas las instituciones involucradas. Ello permitirá cumplir con las normas de nuestro país para el acceso de los migrantes a la justicia y también con los tratados internacionales sobre esta materia vigentes en el país, como la Convención de Viena, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ajustándose de este modo a lo acordado en las llamadas Cien Reglas de Brasilia. 

LA INSTANCIA HA REVISADO MÁS DE 20 CASOS PROPUESTOS



POTENCIAN COMITÉ EDITORIAL DEL PROYECTO INOCENTES

Desde su primera reunión formal, el 8 de octubre pasado, cuatro son las ocasiones en que ha sesionado el nuevo Comité Editorial del Proyecto Inocente, una iniciativa de la Defensoría Penal Pública que -por la vía de exponer públicamente las historias de personas que han sido imputadas de delitos y luego han sido absueltas o consideradas inocentes- intenta promover mejoras en ciertas prácticas, hábitos y rutinas de trabajo de los principales actores del sistema de persecución criminal y justicia penal.

Durante ese primer encuentro, el Defensor Nacional, Georgy Schubert, explicó la génesis del proyecto -surgido en 2008 en la Defensoría Regional del Biobío, mientras él la dirigía- y presentó oficialmente al coordinador jurídico de esta iniciativa, Humberto Sánchez Pacheco, abogado de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional.

Luego se expuso la metodología de trabajo utilizada tanto para el reclutamiento de los casos como para su revisión y luego se presentaron brevemente los casos que ya se encuentran calificados, a la espera del lanzamiento oficial del proyecto.

Los nuevos integrantes externos del Comité Editorial son la socióloga María Eugenia Hofer, quien colabora con el proyecto desde sus inicios, junto al abogado y profesor universitario Mauricio Duce.

A ellos se suman el propio Defensor Nacional, la jefa del Departamento de Estudios y Proyectos, Francisca Werth; la jefa (S) de la Unidad de Comunicaciones y Prensa, Ximena Chandía; los Defensores Regionales Metropolitanos Norte y

Sur -Leonardo Moreno y Claudio Pavlic, respectivamente- y la periodista Valeria Vaccaro.

Hasta ahora, el nuevo comité ha revisado más de 20 causas postuladas por las Defensorías Regionales de todo el país, aunque desde antes más de cien casos han sido analizados para el proyecto.

