



▶ “Atribuir hechos que son deleznable, perturbadores y que pueden estar asociados a determinada criminalidad organizada que, a veces, tiene mayor presencia en algunos países de la región, no puede ser un elemento para concluir que quienes provienen de esos lugares, en el contexto de la migración, están asociados a ese tipo de fenómenos”.



Rodrigo Carvajal Schnettler, juez de garantía y presidente del Instituto de Estudios Judiciales:

"HAY QUE TENER MUCHO CUIDADO CON UN JUZGAMIENTO APRESURADO A MIGRANTES"

► Para este abogado, juez, académico y doctor en derecho, el aumento de personas extranjeras en Chile no tiene relación con el creciente índice de delincuencia. "Atribuir hechos que son deleznable, perturbadores y que pueden estar asociados a determinada criminalidad organizada que -a veces- tiene mayor presencia en algunos países de la región, no puede ser un elemento para concluir que quienes provienen de esos lugares en el contexto de migración estén asociados a ese tipo de fenómenos", dice categórico.

Aunque la percepción en Chile respecto de la correlación entre personas migrantes y delitos ha ido en aumento, según cifras de la Defensoría Penal Pública, sólo el 4,93 por ciento del total de causas penales ingresadas en 2021 corresponden a imputados extranjeros.

Y a pesar de ser un grupo reducido, el acceso a la justicia que existe para estas personas -lo que supone el cumplimiento de sus derechos- es uno de los temas que preocupa a los especialistas.

En este contexto, el Instituto de Estudios Judiciales (IEJ) y el Instituto de Ciencias Penales (ICP) se encuentran organizando en conjunto las primeras 'Jornadas de derecho penal y migración', que se realizarán en el Teatro del Lago de Frutillar el viernes 30 de septiembre y el sábado 1 de octubre.

Rodrigo Carvajal Schnettler, juez de garantía y presidente del IEJ, lidera esta iniciativa y, en entrevista con "Revista 93", analiza en profundidad la situación de las personas extranjeras que enfrentan un proceso penal Chile.

-¿Cree usted que existe una correlación entre personas migrantes y delitos?

-Todo aumento de población involucra mayor incidencia de hechos delictuales, pero existe otro componente, asociado a la mayor incidencia que puede haber de personas que sufren carencias económicas. A veces el delito, como modo oportunista de procurarse la subsistencia misma -y no me cabe duda de que, en el caso de la migración, podemos encontrar un componente de precariedad que también está correlacionado-, tiene algún nivel de vinculación con la incidencia de cierto tipo de criminalidad.

► Por **Andrea González Schmessane**,
jefa Unidad de Comunicaciones y Participación Ciudadana,
Defensoría Penal Pública.

Hay que tener mucho cuidado con un juzgamiento apresurado a migrantes, al atribuirles determinada criminalidad y casos de secuestros o sicariatos. Atribuir hechos que son deleznable, perturbadores y que pueden estar asociados a determinada criminalidad organizada que, a veces, tiene mayor presencia en algunos países de la región, no puede ser un elemento para concluir que quienes provienen de esos lugares, en el contexto de la migración, están asociados a ese tipo de fenómenos. Eso es pasar de determinadas premisas a conclusiones, faltando muchos pasos previos.

CONDICIONES AGRAVADAS

-¿Qué diagnóstico realiza usted respecto de la situación en la que viven las personas extranjeras privadas de libertad?

-El régimen de personas extranjeras privadas de libertad no tiene distinción respecto de los chilenos. No hay diferenciación. Lo que sí deriva en una agravación de sus condiciones de privación de libertad es que muchas veces no tienen entorno familiar ni social en Chile, de modo que es difícil pensar en estrategias resocializadoras cuando no hay en referencia a quiénes resocializar, a qué grupo asentar como pertenencia, no hay reinserción laboral y no hay reinserción familiar.

Entonces, habría que formar redes respecto de ellos, y esa diferencia es algo arduo, difícil para un sistema penitenciario, pero es algo que debiese abordarse, si lo que se pretende es usar el encierro penitenciario para un fin de readaptación o reincorporación social. Al contrario, si el encierro penitenciario es puramente retributivo o sancionatorio, esto no tiene sentido, pero ese no es el fin. El uso de la prisión tiene que ver con un tiempo útil para desplegar estrategias de reintegración social y eso es más complejo en el caso de las personas migrantes.

En lo demás, no advierto dificultades. Pueden existir casos en que grupos de migrantes tiendan a asociarse inadecuadamente para procurar superar algunas precariedades al interior de los recintos penitenciarios, porque en Chile muchas de las necesidades de los privados de libertad vienen satisfechas por el sistema de encomienda, de lo que ingresa a partir de los aportes de sus propias familias.

Ahí puede haber alguna diferencia que los lleve a agruparse en torno a procurar satisfacer necesidades en esta situación de desarraigo, pero me parece que eso no es algo que necesariamente se deba vincular a la aparición de bandas u organizaciones delictuales al interior de la cárcel, más allá de los ca-

sos particulares que puedan haberse producido en un recinto específico dentro del sistema penitenciario.

UNA RELACIÓN DE DERECHOS

-¿Cree que los derechos de las personas extranjeras privadas de libertad se respetan en los recintos penitenciarios del país?

-A mi juicio, no están suficientemente decantados en nuestro entorno los componentes de una relación penitenciaria, es decir, un vínculo entre el individuo privado de libertad y el Estado, representado -en este caso- por la autoridad penitenciaria. No está debidamente categorizada como una relación basada en los derechos de un individuo que deben ser respetados por la autoridad.

Y ello por distintas razones: por componentes culturales, por ser un grupo tradicionalmente postergado. Entonces, los problemas de los derechos de las personas privadas de libertad tienen múltiples dimensiones: una tiene que ver con lo que pueda aportar o no la autoridad penitenciaria en su resguardo. Otra con cómo ellos pueden procurar la defensa de sus derechos en un contexto constante y persistente de falta de acceso a bienes públicos.

Hay cierta asunción de un régimen interno basado en la disciplina y la adaptación como camino para ir obteniendo una mejor estadía en prisión, pero esos son comportamientos adaptativos que no tienen que ver con -o están fuera de- el eje del ejercicio de derechos, de comprender que se tienen derechos y que se pueden ejercer.

Otro elemento tiene que ver con el resguardo de esos derechos a nivel judicial, lo que tiene relación con actividades de control de los establecimientos penitenciarios, pero que tendencialmente se basan en que, en un conflicto, se conforme un debate que el juez deba dirimir o resolver, lo que -en muchas ocasiones en los centros penales, por lo que he dicho anteriormente- no se plantea.

El privado de libertad reconoce un amago, lo sufre, pero se dificulta que asuma que hay ahí una vulneración de un derecho y que, por lo tanto, esa vulneración debe ser reparada a través de una determinada acción estatal que puede requerir la jurisdicción a través de su defensa. Eso no está suficientemente difundido, asumido e incorporado por el común de los sujetos privados de libertad.

► “El privado de libertad reconoce un amago, lo sufre, pero se dificulta que asuma que hay ahí una vulneración de un derecho y que, por lo tanto, esa vulneración debe ser reparada a través de una determinada acción estatal que puede requerir la jurisdicción a través de su defensa”.

En el control de las condiciones de privación de libertad es necesario mayor incisividad. Es necesario poder levantar el velo que impide ver los problemas y sus posibles causas de solución. Hay múltiples factores, pero éstos inciden en las partes en juego: el sujeto privado de libertad, sus condiciones y cómo el propio sujeto se auto percibe como portador de derechos que deben ser respetados en su relación con el estado, y cómo el estado lo ve a él y lo habilita para poder ejercer derechos y obtener amparo en los mismos.

Por eso es que la Defensoría Penal Pública ha tenido que desarrollar un sistema específico, precisamente para poder ir dándole forma de debate contradictorio que promueve contra la autoridad penitenciaria, y poder representar estos conflictos. Y también Gendarmería, a su turno, ha tenido que habilitar equipos jurídicos para poder generar estos debates.

Eso es una parte que es muy bienvenida y que sitúa a los jueces en la posición que les es propia, que es la de resolutor de conflictos, pero considero que también hay, en la labor de amparo rutinaria de derechos y garantías fundamentales en los jueces, una tarea que va más allá y que tiene que ver con pesquisar, detectar, singularizar los conflictos, su profundidad y los medios para enfrentarlos, pudiendo articular las cosas.

Y una vez que se ha avanzado en detectar un problema, se puede convocar a las partes a un debate contradictorio, que se les anuncie que lo que puede tratarse son distintas formas de acceso a la información, y nutrir un pronunciamiento judicial que, a mi juicio, en materia penitenciaria tienen que estar coordinadas.

Pero lo que ha ocurrido con la vigencia de la reforma procesal penal es que al conflicto penitenciario se le da el tratamiento



de un debate entre partes, y a veces ese debate, cuando tenemos una parte que está en una situación devaluada desde el punto de vista del ejercicio de los derechos más básicos, no se produce. Alguien que no tiene para procurarse cuestiones mínimas de alimentación, aseo o libertad sexual, no sé si va a estar preocupado de organizar argumentaciones o alegaciones que pueda formular ante un tribunal.

La situación de todos los privados de libertad no es la misma y, por eso, a veces uno tiende a ver que aquellos que no están tan olvidados son los que acaparan las alegaciones ante los tribunales, porque tienen acceso a defensa jurídica o pueden autónomamente formular planteamientos, pero son una parte más bien marginal de la población penitenciaria.

COMPENSAR LA VULNERABILIDAD

¿Cree usted las personas migrantes que enfrentan un proceso penal están en una situación de desventaja?

-Para todos los actores del sistema penal es un desafío, pero para las personas migrantes lo es aún más. Las barreras idiomáticas, culturales y la ausencia de todo apoyo externo al recinto penal los torna vulnerables y esa vulnerabilidad debe ser compensada a través de acciones estatales afirmativas. En esas acciones debiese avanzarse con un diagnóstico claro de cuáles son, por ejemplo, las principales problemáticas.

Puede haber algunos casos de migrantes que provienen de países con otro idioma, o existir barreras culturales severas. La auto comprensión de ellos como sujetos de derechos, la posibilidad de acceder a vínculos con el medio externo o quitar el aislacionismo en ellos se podría ver exacerbado.

Se habla de un sujeto que corta todo vínculo con el medio externo y que toda estrategia de resocialización es posible en penas de larga duración que superan los 10 o 15 años. En el caso de un migrante, eso podría reducirse en sus márgenes. Podría ser que una pena de cinco años tenga sus efectos por la total desvinculación con el medio externo. Debiese haber protocolos o habilitarse procedimientos para poder fortalecer y compensar este déficit.

-¿Cuáles son las mayores problemáticas que un extranjero debe enfrentar en el sistema penal?

-A mi juicio, el acceso del sujeto al bien jurídico o a los bienes sociales. El migrante que llega y es captado por el sistema penal, lo hace -en general- envuelto en una situación de postergación aguda de la satisfacción de sus necesidades. Entonces, enfrenta un entorno donde eso muchas veces se profundiza, mantiene los niveles o los incrementa y, por tanto, ello dificulta la integración de esa persona a la sociedad de la que pretende formar parte.

Y el sistema penal es parte de eso, razón por la cual se esperan exigencias de reintegración y de readaptación, incluso, de soluciones alternativas que busquen -pese a que hay un asunto penal entre manos, que debe ser resuelto-, no generar consecuencias devastadoras.

Entonces, cuando tenemos a un sujeto debilitado en su acceso a los bienes jurídicos, que se busca proteger a través del derecho penal, y a veces esa debilidad en nuestro entorno se profundiza, las estrategias estatales debiesen ser más intensas, las posibilidades de solucionar un conflicto penal debiesen ser más amplias, más generosas y debiésemos poder idear un abanico más amplio de posibilidades.

Al mismo tiempo, respecto de la ejecución de la pena, debiese haber métodos que refuercen la vigencia del principio resocializador. Debiesen adoptarse medidas que tiendan a profundizarlo (...) El estado debiese tomar decisiones consistentes, tener una mejor coordinación de las distintas administraciones públicas para no provocar efectos paradójales como, por ejemplo, ofrecer la reintegración o resocialización y concluir, luego, con una decisión expulsiva.

Tiene que haber un mejor enlace entre las estrategias que se están desplegando y que los métodos empleados sean conscientes de la situación del migrante. Lo que se ha hecho es renunciar a efectos puramente retributivos en la pena, san-

cionatorios, o punición porque se ha delinuido o punición para que no se delinca más, como prevención negativa en cualquiera de sus vertientes.

Si ese no es el camino -porque evidentemente, conforme al ordenamiento jurídico, ese no es el camino-, entonces hay que adoptar medidas para conciliar hecho y normas, hecho y reglas del derecho aplicables, juntarlas y aproximarlas, y eso supone un juicio personalizado respecto del sujeto destinatario de la sanción. Y en ello, el componente migratorio es fundamental e indica definir estrategias coherentes y hacer esfuerzos adicionales.

AVANZAR EN ESTRATEGIAS RESOCIALIZADORAS

-¿Es necesario una política penitenciaria con enfoque migrante? ¿El Estado chileno está acorde con las normas internacionales respecto de la migración?

-Las normas de derecho internacional de derechos humanos son reacciones a problemas del pasado, con aspiraciones al futuro. No estoy diciendo que sean solamente programáticas, pero son flechas hacia el porvenir. Entonces, si uno lo ve de esa forma, es un esfuerzo del que no debe claudicarse y el estado de Chile ha ido avanzando, tal vez no con la deliberada premura que uno esperaría, buscando siempre el afán garantista, reducir la distancia entre la norma y el hecho, y avanzar a un paso más decidido.

Pero entiendo que el problema de la migración y la reacción que tiene el derecho respecto de ello es algo que requiere tiempo. Que se hagan las articulaciones necesarias para que esta vertiente del estado de protección de derechos pueda moverse. Creo que se avanza en el sentido correcto y que sí debiese haber -por la relevancia que ha adquirido e problema- una deliberada premura. Una vez que el sujeto está sancionado, que está decidido que va a cumplir la pena en Chile, que no se ha dispuesto la expulsión como sustituto penal, es imperativo adoptar estrategias de cumplimiento de una pena digna y resocializadora. De lo contrario, lo que se hace es dejar librado en nuestra comunidad a un sujeto que va a salir peor de lo que ingresó.

A mi juicio, no hay otro camino que emplear estrategias resocializadoras y de protección de derechos que sean dignas de la situación del sujeto, de eso que cuesta tanto a veces, que es el caso a caso y, por lo tanto, que la situación particular de un migrante peruano no sea la misma que de un migrante haitia-

► “El estado debiese tomar decisiones consistentes, tener una mejor coordinación de las distintas administraciones públicas para no provocar efectos paradójales como, por ejemplo, ofrecer la reintegración o resocialización y concluir, luego, con una decisión expulsiva”.



no. Tener un marco general es útil, por cierto, porque facilita la disponibilidad de los recursos, pero el uso específico de los recursos, de las estrategias, de los métodos, de la acción estatal que deba emplearse en cada caso debe hacerse conforme a una situación particularizada.

-¿Debe existir una segmentación más específica respecto de las personas migrantes, para evitar que quienes tienen bajo compromiso delictual tengan cercanía con aquellos con un compromiso más severo? ¿Cómo hacerlo?

-La segmentación, clasificación penitenciaria o separación de los grupos de personas privadas de libertad es una herramienta en manos de la autoridad penitenciaria que debe ser correctamente utilizada para evitar lo que comúnmente se llama contagio criminógeno, para evitar los riesgos que trae para quienes son primerizos, la proximidad con sujetos que tienen un compromiso delictual más severo.

Es una herramienta poderosa, pero si se basa exclusivamente en los registros penales, en la constancia de antecedentes penales pretéritos, es problemático. Hay distintas formas de procurar una determinada segmentación, por ejemplo, entrevistas de ingreso. No me cabe duda que las hacen, pero habría que ser más enfáticos en esto. Coordinación internacional, requerir esos elementos con la mayor rapidez, pero también la observancia, la vigilancia, la custodia inicial respecto de sujetos que no sabemos si tienen un compromiso delictual severo.

Es sorprendente que lo ocurrido en Santiago Uno lo haya detectado un juez y no quienes tenían la labor de custodios. No puede ser que la respuesta a ello apunte a que no hay elemen-

tos para hacer clasificación penitenciaria porque no tenemos antecedentes penales. Hay otras vertientes y, en el caso de los migrantes, si no es posible acceder por distintas situaciones a sus antecedentes, habrá que buscar otras variables, que por cierto las hay.

Cómo se va a agotar la clasificación penitenciaria en eso, cómo va a naufragar porque no tenemos el registro de antecedentes penales de un sujeto. A mi juicio, debiese haber otros elementos. La observancia puede permitir pesquisar patrones de conducta, modos de desempeño y adoptar, sobre la base de ello, decisiones transitorias debidamente motivadas para profundizar la observación.

Puede haber un margen de error, pero no un salto al vacío porque no tenemos clasificación penitenciaria al no tener los antecedentes penales. Esas situaciones requieren correcciones urgentes y están perfectamente a la mano. Entiendo que un criminólogo, antropólogo, un equipo especializado puede perfectamente definir cuáles son los criterios distintos a la clasificación penitenciaria.

Pensemos en un sistema en que no hubiese esta memoria estatal que se llama -comúnmente- antecedentes penales. No debemos bajar los brazos ni renunciar a la segmentación. La estigmatización es algo que se debiese abandonar, pero hay ciertos patrones que pueden aconsejar una observancia más estricta, que pueden ser puramente culturales y no penitenciarios, pero a veces pueden corresponder a cultura penitenciaria. Ante eso debiesen estar más atentas las autoridades y evitar siempre que, por déficit de custodia, se produzcan estas situaciones donde emergen jerarquías penitenciarias anómalas, como ocurrió en este caso. 