

93

Art. 93. Derechos y garantías del imputado.

MIGRACIÓN Y DEFENSA PENAL PÚBLICA



Sumario

n° 26 / año 13

EDITORIAL	04
Migración y defensa penal pública Por Carlos Mora Jano, Defensor Nacional.	
DUDA RAZONABLE	06
La experiencia de Antofagasta y Tarapacá en la defensa pública de personas migrantes Por Julia Arriagada M. y Héctor Mérida C.	
A CONFESIÓN DE PARTE	12
Juez Rodrigo Carvajal: “Hay que tener mucho cuidado con un juzgamiento apresurado a migrantes” Por Andrea González S.	
EXAMEN Y CONTRAEXAMEN	18
Macarena Rodríguez: “La migración es un fenómeno global y no necesariamente es sinónimo de criminalidad” Por Paola Sais D.	
Luis Eduardo Thayer: “La nueva ley de migración está llena de luces y sombras” Por Marcelo Padilla V.	24
LA CALLE HABLA	32
¿Cree usted que el sistema penal salvaguarda o garantiza adecuadamente los derechos de las personas migrantes Por Alexis Matamala O.	
LA ACADEMIA OPINA	34
Insumos para desmitificar el debate sobre migrantes y delincuencia Por Rodrigo Ríos A.	
EXTRATERRITORIALIDAD	38
La nueva ley de migración y extranjería y cómo se inserta en el contexto regional Por Nicole Lacrampette P.	
TABLA DE EMPLAZAMIENTO	42
Ideas para mejorar la situación de los migrantes privados de libertad Por María Francisca Sepúlveda T.	
Enfoque de derechos en la situación de migrantes condenados y privados de libertad Por Mariano Rubio B.	44
Migrantes en prisión: vulnerabilidad y desigualdad Por Francisco Hernández H.	46
ALEGATO DE CLAUSURA	48
Criminalidad y migración: una relación imaginaria de la que debe hacerse cargo la defensa penal Por Alejandro Gómez R. y Rodrigo Lillo V.	
BAJO PROMESA	54
La migración en Tarapacá: una realidad con visión humana Por Gabriel Carrión C.	
Defensa penal de migrantes: criterios jurisprudenciales útiles Por Ignacio Barrientos P.	57
TALIÓN	60
Inés Flores Huanca: “La defensa pública comprende que los imputados pertenecen a grupos culturalmente diferenciados y muchas veces invisibilizados” Por Marcelo Padilla V.	
GUARDAR SILENCIO	65
¿Realmente conocemos e incorporamos en nuestras alegaciones las violencias que sufren las extranjeras en Chile? Por Claudia Castelletti F.	
OBJECCIÓN	69
Historias de incertidumbre a la espera de la expulsión Por Julia Arriagada M.	



MIGRACIÓN Y DEFENSA PENAL PÚBLICA

► Por **Carlos Mora Jano**,
Defensor Nacional.

La idea de que el eventual aumento de la delincuencia en Chile se relaciona directamente con la creciente llegada de personas migrantes al país no sólo no tiene sustento práctico, sino que la realidad muestra una verdad completamente inversa: la población migrante está sobrerrepresentada en el sistema penal, el que castiga mucho más fuertemente a las personas extranjeras. En la presente edición de “Revista 93”, esta última afirmación se evidencia mediante cifras (ver Guardar Silencio).

En la sección **Alegato de Clausura** se explica que, si entre 2006 y 2017 la población extranjera en el país aumentó de 1 a 4,4 por ciento, los usuarios inmigrantes de la Defensoría Penal Pública pasaron de 0,8 a sólo 2,5 por ciento del total de personas defendidas por la institución en el mismo periodo. En otras palabras, el aumento de la población extranjera no se correlaciona con un aumento similar en la participación de migrantes en el delito.

Durante 2021, las defensoras y defensores públicos representaron a 310 mil 723 personas imputadas, de las cuales el 5,6 por ciento (17 mil 346 personas) eran extranjeras. Aunque lo anterior refleja un crecimiento en la incidencia

de estas personas en comparación al año anterior, en las siguientes páginas se explica también que este crecimiento se correlaciona, más bien, con el aumento de la población en general.

Donde no existe correlación alguna es en el castigo penal, particularmente más duro contra las personas extranjeras, especialmente si son mujeres. De hecho, de las 52 mil 460 chilenas atendidas por la defensa pública en 2021, mil 74 (2,04 por ciento) debieron cumplir prisión preventiva, misma medida cautelar que afectó al 16,96 por ciento de las 2 mil 942 extranjeras representadas en el mismo periodo.

Qué duda cabe, tanto la migración como la delincuencia son fenómenos complejos, multicausales y de muy difícil resolución. Y por eso, desde la perspectiva de nuestro progresivo aprendizaje en la atención especializada de este grupo particularmente vulnerable de población -las personas migrantes-, quisimos integrar en esta edición, distintas miradas en torno a ambas temáticas, tanto para romper prejuicios instalados como para profundizar en la realidad de este colectivo y sus principales problemáticas, desde la perspectiva de la defensa penal.



Por lo mismo, el foco del reportaje principal (ver **Duda Razonable**) y de otros textos busca describir lo que ocurre en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, que en los últimos años han concentrado buena parte de la crisis migratoria que vive hoy el continente, lo que a su vez ha influido directamente en la forma en que las y los defensores públicos deben abordar la representación jurídica especializada de estas personas en el ámbito penal.

En paralelo, artículos de los Defensores Regionales de Tarapacá y Antofagasta (ver **Bajo Promesa**) profundizan tanto en la realidad migratoria de sus respectivas zonas como en la capacidad de respuesta estatal frente al problema y en la jurisprudencia que los tribunales superiores han ido asentando respecto del tratamiento penal de causas de personas migrantes desde una óptica de derechos y garantías.

Luego, tanto en **A Confesión de Parte** como en **Examen y Con-**

traexamen, los entrevistados (el juez Rodrigo Carvajal, la académica Macarena Rodríguez y el jefe del Servicio Nacional de Migraciones, Luis Eduardo Thayer) evalúan la dinámica existente entre migración, delincuencia y sistema penal, como también el actual escenario normativo vigente en el país, tras la entrada en vigencia de la Ley N° 21.325, de migración y extranjería, que desde febrero pasado reemplazó al Decreto Ley N° 1.094, de 1975.

Junto con entregar una visión sobre la normativa migratoria en distintos países de la región (ver **Extraterritorialidad**), en las siguientes páginas también se expone en profundidad la particular situación que afecta a personas migrantes imputadas cuyas penas han sido conmutadas por una medida

de expulsión, muchas de las cuales deben esperar meses privadas de libertad para que tal decisión logre materializarse (ver **Objeción**).

La actual edición también entrega diversas propuestas -a cargo de defensores públicos penitenciarios y de migrantes- para mejorar, en particular, la situación de las personas migrantes privadas de libertad (ver **Tabla de Emplazamiento**), mediante la adopción de nuevas políticas públicas y protocolos internos de actuación que permitan a la defensa pública resguardar mejor sus derechos.

► “De las 52 mil 460 chilenas atendidas por la defensa pública en 2021, mil 74 (2,04 por ciento) debieron cumplir prisión preventiva, misma medida cautelar que afectó al 16,96 por ciento de las 2 mil 942 extranjeras representadas en el mismo periodo”.

Destaca, en particular, la visión integral que entrega Inés Flores Huanca, facilitadora intercultural de la Defensoría Regional de Arica y Parinacota (ver **Talión**) sobre la situación doble o triplemente vulnerable que afecta a personas extranjeras, indígenas y migrantes en la zona de nuestra triple frontera norte, donde convergen grupos de población pertenecientes a Chile, Bolivia y Perú.

Resumiendo, aunque la nueva normativa representa un avance en la garantía de derechos y el tratamiento de las personas migrantes, tiene “luces y sombras” (Thayer) que imponen a la sociedad chilena un camino todavía largo por recorrer para abordar adecuadamente el fenómeno de la migración.

El desafío es lograrlo incorporando los estándares que entrega el derecho internacional de derechos humanos y, afortunadamente, en la Defensoría hemos entendido este imperativo desde hace años, tal como esperamos que lo refleje esta edición de “Revista 93”, porque sabemos -como dice Macarena Rodríguez- que “la migración no necesariamente es sinónimo de criminalidad”.

Eric Allende González



Mientras en la primera funcionan equipos especializados en Antofagasta y Calama, la Defensoría de Tarapacá creó una unidad específica

LA EXPERIENCIA DE ANTOFAGASTA Y TARAPACÁ EN LA DEFENSA PÚBLICA DE PERSONAS MIGRANTES

► Desde 2017, casi 3 mil 800 personas han sido atendidas por el equipo de defensores públicos de personas migrantes y extranjeras de la región de Antofagasta, generándose una vinculación que facilitó la incorporación de un nuevo equipo especializado al quehacer institucional en la región. En Tarapacá, en tanto, la actual novedad de la migración característica en la zona tiene que ver con las inéditas dimensiones del actual éxodo y los desafíos que ello impone al sistema de justicia penal.

► Por **Julia Arriagada y Héctor Mérida**, periodistas Defensorías Regionales de Antofagasta y Tarapacá.

Desde hace al menos cinco años, varias ciudades de la región de Antofagasta y, en general, de todo del Norte Grande han estado en el foco de la preocupación nacional, producto de la crisis humanitaria generada por un explosivo crecimiento en el ingreso de personas migrantes y extranjeras que buscan una mejor calidad de vida en Chile. Sin embargo, sobre todo en los dos años de la etapa más dura de la pandemia, quedó al descubierto una carencia de políticas públicas que estuvieran a la altura de las circunstancias para este grupo de población.

Dentro de este contexto, a partir de 2017 la Defensoría Regional de Antofagasta ha venido trabajando con personas extranjeras imputadas penalmente, a través de un programa especializado en defensa de migrantes que funciona en la

capital regional. Luego, durante 2021 se sumó a ese programa inicial un segundo equipo para la ciudad de Calama, lo que permitió brindar una defensa jurídica pertinente a este grupo de la población en las dos principales zonas de cobertura de la región.

La instalación de este nuevo equipo multidisciplinario permitió incorporar a una abogada, una trabajadora social y una asistente administrativa, quienes desde el 1° de julio del año pasado iniciaron una intensa etapa de capacitación y vinculación con los órganos, servicios e instituciones públicas y privadas que trabajan o se relacionan con las personas y el fenómeno migratorio.

Para ello resultó fundamental la experiencia adquirida durante los cuatro años previos por el equipo de defensa de migrantes de Antofagasta, el que -con igual conformación-



Eric Allende González

entre 2017 y 2021 ha atendido a un total de 3 mil 792 personas, entre imputados extranjeros y sus familiares.

Asimismo, desde 2019 la institución es parte de la ‘Mesa jurídica de migrantes y refugio’, en que junto a organismos como la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes (SJM), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), entre otros, la Defensoría Regional ha trabajado coordinadamente en acciones de apoyo a la población migrante de la región.

HACERSE CARGO DE LA DIFERENCIA

Con la convicción de que la defensa especializada de migrantes y extranjeros se funda en el reconocimiento de la especial situación de vulnerabilidad por la que atraviesan las perso-

nas que han tomado la decisión de salir de su país de origen y emprender el desafío de superar los obstáculos necesarios para establecerse y mejorar su condición de vida y la de sus familias, la Defensoría Regional de Antofagasta ha desarrollado diversas acciones destinadas a difundir y capacitar a distintos organismos y agentes del Estado sobre la importancia de relevar los derechos humanos de todas las personas, independiente de su condición migratoria.

En este quehacer se capacitó a funcionarios de Carabineros, a quienes muchas veces les corresponde custodiar las fronteras, por lo que constituyen el primer contacto de los migrantes y extranjeros con el Estado. A ello se suma el desarrollo de actividades de difusión para la Policía de Investigaciones (PDI), así como a diversos órganos del área de la salud de Antofagasta y Calama, con el objeto de sensibilizar a la ciudadanía

sobre las vulneraciones que pueden derivar de la negación de atención o la no tramitación de una solicitud de refugio, por ejemplo.

Sin embargo, cuando la defensa pública enfrenta la imputación penal de personas migrantes y extranjeras, muchas veces se evidencia que en ellas subyacen distintas fuentes de vulnerabilidad, situación en que la interseccionalidad deja de ser un concepto teórico para convertirse en una variable real, que afecta la vida de las personas. Además de tener que enfrentar un proceso penal desconocido, muchas veces se trata de personas indígenas, mujeres, menores de edad y/o en situación de extrema pobreza.

A lo anterior se suma que, por regla general, carecen de arraigo y, por tanto, se les aplica casi automáticamente la prisión preventiva. De hecho, según las estadísticas regionales, durante 2021 la prisión preventiva se decretó a 997 chilenos, lo que representó el 9,7 del total de medidas cautelares decretadas ese año en el país. En cambio, la misma medida cautelar se impuso a 744 personas extranjeras, con una incidencia de 21,6 por ciento respecto del total de las medidas decretadas en Chile contra personas de este grupo de población.

Sin ir más lejos: de las 652 personas que actualmente están en prisión preventiva en la región, 342 son extranjeras, lo que implica que el 52,4 por ciento de la más intensa medida cautelar contemplada en el sistema penal y decretada por los tribunales recae en personas de nacionalidades distintas a la chilena, quienes generalmente, además, por no contar con

redes de apoyo, no reciben encomiendas, visitas ni insumos básicos para el día a día.

La Defensoría Regional ha realizado esfuerzos para que no se les aplique esta medida cautelar por el solo hecho de no tener una familia o un domicilio en el país. Para ello se activan permanentemente las redes interinstitucionales, que ya conocen la labor de la defensa pública en la búsqueda de cupos en albergues, hospederías, hogares de residentes y otros organismos. Incluso se gestionan fondos externos para el pago de arriendos, entre otras acciones.

Los esfuerzos de la defensa pública se centran en que la prisión preventiva sea una medida de última *ratio* y que no se aplique a una persona por el solo hecho de no tener domicilio. En ese entendido, se desarrollan todos los esfuerzos y un trabajo multidisciplinario en que las y los profesionales del área social de los equipos de defensa de migrantes tienen gran incidencia.

Asimismo, durante el período en que las personas permanecen privadas de libertad se tiene especial preocupación por quienes no tienen familiares que les puedan proveer de los necesarios insumos de higiene, una labor absolutamente necesaria para la creciente cantidad de personas extranjeras que están ingresando a los distintos centros penales, no por un incremento en sus cifras de participación en hechos penales, sino por la presión que recae en la judicatura cuando la sociedad ve a los migrantes como un peligro.

A ello se suma que la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería, suprime la opción de aplicar la expulsión como pena sustitutiva en delitos de la Ley N° 20.000, con lo cual la presencia de extranjeros aumentó en los centros penales tanto de esta región como en aquellas de más al norte. Y ello sin contar a quienes, aunque se les ha decretado la expulsión, pasan de dos a tres meses o más a la espera de que ésta se ejecute.

Este último hecho ha sido reiteradamente visibilizado por defensoras y defensores públicos de la región, a través de recursos que exigen la adopción de todas las medidas pertinentes para disminuir estos plazos, pero lo cierto es que en Calama se han detectado casos con hasta ocho meses de espera.

MIGRACION Y CRIMINALIDAD

A quienes miran el trabajo de la defensa pública con ojos críticos, es pertinente reiterarles que, según cifras del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), hasta 2020 el número de ex-





► “Para ello resultó fundamental la experiencia adquirida durante los cuatro años previos por el equipo de defensa de migrantes de Antofagasta, el que -con igual conformación- entre 2017 y 2021 ha atendido a un total de 3 mil 792 personas, entre imputados extranjeros y sus familiares”.

trajeros residentes en la región ascendía a 69 mil 948 personas, de las cuales sólo el 4 por ciento ha sido imputada penalmente, cifra que a nivel nacional llega sólo el 1,6 por ciento, lo que sigue siendo muy residual como para sustentar la idea de una permanente relación entre migración y criminalidad, que los medios de comunicación han asentado en el ideario colectivo.

Las cifras de la Defensoría y la experiencia ganada desde 2017 en la defensa especializada de personas migrantes y extranjeras permiten a la institución hacer un llamado a abandonar los prejuicios y estereotipos. Nadie se merece que su sola pertenencia a un grupo nacional o étnico lo transforme en un sospechoso o en un mal social. Nadie se merece una actitud hostil basada en generalizaciones derivadas de información imperfecta o incompleta.

La experiencia impone desafíos. Y la Defensoría Regional de Antofagasta quiere mejorar la comunicación de todas las personas extranjeras privadas de libertad con sus familias. Que esta obligación pase de ser un beneficio penal a ser reconocida como un derecho y, por tanto, que se desarrollen todas las acciones necesarias para posibilitar una vinculación efectiva y permanente con quienes están en el extranjero y tienen un familiar en algún recinto penal de la región.

El equipo institucional también se esfuerza por seguir siendo un referente en materias migratorias y fortalecer el trabajo interinstitucional con organismos vinculados al quehacer migratorio. Igualmente, las defensoras y defensores públicos seguirán exigiendo reducir los plazos de expulsión y que la prisión preventiva deje de ser la tónica para las personas extranjeras imputadas que no tienen arraigo.

Además, para afrontar la problemática de las expulsiones y los extensos períodos que tarda su ejecución, en 2020 la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional y el defensor penal público de Calama, Álvaro Gazón, lograron un fallo en que la Corte Suprema llamó a los organismos intervinientes en los procesos de expulsión a fijar fecha cierta para su ejecución, reduciendo así la angustia que una larga espera produce en los penados.

Sin embargo, pasados dos años, la problemática vuelve a presentarse. Por diversas razones operativas, vinculadas a problemas en los países de destino de los expulsados o a trabas administrativas entre los países, cada día estos procesos tardan más. Frente a ello, la defensa pública regional seguirá desarrollando las acciones que sean necesarias para reducir los tiempos de espera.

Finalmente, sólo cabe mencionar que la defensa especializada de personas migrantes y extranjeras es una necesidad, no sólo por tratarse de imputados que desconocen el ordenamiento jurídico del país, sino porque es un quehacer integral y con profundo arraigo social. La decisión de cruzar el desierto y someterse a las más extremas condiciones climáticas, muchas veces con niños y adultos mayores, no puede ser sino entendida como una verdadera y profunda necesidad, que debemos atender con la mayor humanidad posible.

EL DESAFÍO MIGRANTE EN TARAPACÁ

En la región de Tarapacá no es una novedad defender a personas migrantes imputadas penalmente. Lo inédito son los actuales países de origen de quienes enfrentan una acusación penal, el fuerte impacto mediático de algunos delitos por los que se formaliza a unos pocos casos y los prejuicios que se han alzado contra ellos tanto en la comunidad regional como en todo el país.

Hace diez años el abanico migratorio mostraba preferentemente a personas originarias de Bolivia, Perú e, incipientemente, de Colombia. Ahora ya es más común observar el paso de venezolanos, colombianos, haitianos, ecuatorianos y dominicanos por la frontera norte.

Además, la mayoría pasó de vincularse principalmente al delito de tráfico de drogas a ser formalizadas principalmente por transgresiones a las normas sanitarias asociadas al Covid-19, las que en esta zona del país han sido la principal



causa de imputación, con casi un 28 por ciento de los casos ingresados anualmente. En este contexto, los ciudadanos extranjeros imputados por delitos llegaron a sumar el 25 por ciento de los usuarios de la Defensoría Regional de Tarapacá el año pasado.

Pero el impacto mediático está en delitos como robos con violencia y homicidios que puedan tener a personas extranjeras como protagonistas, lo que las vuelve más notorias, aunque no necesariamente sean las únicas o principales implicadas.

Surge así un ambiente social influenciado también por el fuerte impacto público que tiene la notoria presencia del migrante típico de estos últimos dos años: el que camina portando una mochila, acampa en carpas instaladas en plazas, playas o calles y tiene el aspecto que dan los fenotipos de la zona caribeña de América Latina.

Tal atmósfera social se ha crispado, lo que tuvo sus manifestaciones más complejas en las dos marchas antimigrantes o 'antidelincuencia', como se les llamó, realizadas en Iquique el año pasado. También en la conmoción pública que significó la erradicación forzada de unas 130 personas -16 de ellas detenidas por la policía- que acampaban en la Plaza Brasil de Iquique, sitio que llegó a ser el símbolo de la crisis migratoria que aún se vive en esta zona del norte chileno.

Otra expresión de esa crispación social son los mensajes de las redes sociales ante cada desorden en que participe algún migrante, algunos claramente alejados de lo que la comunidad regional acostumbraba a ver, por la exaltación en sus conductas, lo que les consigue alta repercusión pública.

DEFENSA DE MIGRANTES

Mucho antes de este clima de crisis, prejuicios e incidentes, la atención especializada de personas migrantes que entrega la Defensoría Regional de Tarapacá tomó la forma de un proyecto piloto, atendiendo mujeres y hombres migrantes pertenecientes a pueblos originarios. Esos pilotos luego derivaron en la actual oficina de defensa pública indígena.

Además, y desde julio del año pasado, existe en la región una unidad de defensa de migrantes, integrada por la defensora penal pública Nicole Acuña, con dedicación exclusiva; sus colegas Marcela Tapia y Benjamín Doizi, con dedicación preferente, apoyados por dos trabajadores sociales y dos funcionarios administrativos.

A poco más de cuatro meses de comenzar su labor, el equipo emitió un informe en el que detalló que en ese breve periodo se cumplieron 915 atenciones y 175 causas ingresadas, además de la presentación de 15 recursos de amparo constitucional.

Para conseguir ese resultado, los defensores públicos organizaron una forma extraordinaria de llegar hasta sus usuarios que permanecen en los centros penales: las 'Jornadas de atención intensiva', en que se convoca a cientos de internos al gimnasio de la cárcel, donde sus casos son revisados por estos profesionales, desplegados en módulos individuales de atención.

Esa labor jurídica fue complementada por media docena de charlas de difusión cumplidas ante grupos de migrantes en diferentes sectores de Iquique y Alto Hospicio, incluidos los campamentos de viviendas precarias ubicados en la periferia de ambas ciudades. El resultado fue que, al 30 de junio de este año, la Defensoría Regional de Tarapacá tramitaba alrededor de mil 531 causas, las cuales incluían a 368 migrantes en prisión preventiva.

Para la defensora pública Nicole Acuña, quien tiene a cargo el proyecto piloto de defensa especializada en este ámbito en Tarapacá, "la situación de los migrantes es alarmante en el ámbito de la justicia penal. Hay una idea alarmista, que asocia a los actuales migrantes casi como únicos responsables de los delitos que se cometen en la región, especialmente los más impactantes. Los registros oficiales no corroboran eso, por lo que hay una percepción errónea", explica la abogada.



Acuña señala que el servicio que entrega la oficina especializada les asegura eficiencia jurídica y judicial, mediante una atención integral que incluye el estudio de la situación social en cada caso. “Y lo realizamos cumpliendo con los estándares de respeto a los derechos humanos, que es lo mínimo que merece cualquier persona, cualquiera sea su origen”, concluye.

IQUIQUE MULTIÉTNICO

La comunidad que forman los habitantes de la región de Tarapacá debe ser una de las más diversas del país, en casi todos los aspectos. Desde siempre, en las calles de sus ciudades y pueblos ha sido posible observar al típico chileno urbano interactuando con el que lleva ropas del altiplano; a la señora con pollera boliviana comprando en un comercio regentado por rostros orientales, a los silenciosos matrimonios de musulmanes caminando rumbo a la consulta médica o a personas de otras docenas de nacionalidades y culturas con antiguo arraigo local.

Incluso, uno de sus eventos más atractivos en el verano es el ‘Festival de las Colonias Extranjeras’, donde peruanos, bolivianos, ecuatorianos, colombianos, argentinos y españoles atienden módulos representativos de su cultura. Y en el centro comercial de la Zona Franca de Iquique operan em-

▶ “Los ciudadanos extranjeros imputados por delitos llegaron a sumar el 25 por ciento de los usuarios de la Defensoría Regional de Tarapacá el año pasado”.

presarios de 40 nacionalidades diferentes, entre paraguayos, pakistaníes, chinos, turcos, árabes, indios y japoneses, por nombrar sólo las principales.

Como otro punto indicativo, también vale citar la existencia de dos mezquitas musulmanas en la región. Entonces, en materia de migración la novedad son las personas que han llegado en los últimos dos años, producto de la catástrofe humanitaria que produce el desplazamiento poblacional desde Venezuela y el área centroamericana y caribeña.

Sobre ese fenómeno no hay cifras confiables, pero sus enormes y complejas dimensiones saltan a la vista de quien transite por las calles de Iquique, Alto Hospicio o el fronterizo pueblo de Colchane, punto álgido en este éxodo que busca asentarse en Chile.

DATOS DE MIGRACIÓN

Tarapacá ha sido, tradicionalmente, un polo de atracción para todo tipo de migrantes. Cifras del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) precisan que en 2017 más del 9 por ciento de su población estaba compuesta por chilenos llegados desde la Región Metropolitana, Valparaíso, Antofagasta o Arica. Los extranjeros allegados a la zona, en tanto, se empinaban al 13,7 por ciento de sus habitantes.


Pero es la migración externa, de nacionales de otros países, la que ha experimentado un aumento relevante, con un impacto muy visible en la vida cotidiana de la región, en un fenómeno que no sólo se produce en esta parte del mundo, pues la estimación de las Naciones Unidas es que en América del Sur hay casi 11 millones de migrantes ex-

tranjeros, de los cuales Chile ha recibido más de un millón 600 mil.

Y para la Región de Tarapacá, las estimaciones del Servicio Jesuita de Migrantes señalan alrededor de 70 mil personas, aunque la mayoría intenta moverse más al sur en busca de oportunidades, preferentemente a Santiago (42 por ciento), ciudad a la que identifican como un sitio que les ofrece mayores oportunidades laborales.

La superficie de Tarapacá triplica a la de la Región Metropolitana, pero cuenta sólo con 400 mil habitantes, el 90 por ciento de ellos concentrados en dos ciudades: Iquique y Alto Hospicio.

El movimiento de personas y mercaderías se produce en las carreteras que nacen en Colchane, en la frontera con Bolivia, o en la que llega desde Arica y fluye hacia el sur.



▶ “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 corresponde 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 delinquido 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.



► “Hay que entender que la migración es un fenómeno global y que no necesariamente es sinónimo de criminalidad, como lo trató de asociar la autoridad en ese momento, al decir que todos los que pasan por zonas no habilitadas tienen antecedentes penales”.



Macarena Rodríguez, directora de la Clínica Jurídica de la Universidad Alberto Hurtado (UAH)

“LA MIGRACIÓN ES UN FENÓMENO GLOBAL Y NO NECESARIAMENTE ES SINÓNIMO DE CRIMINALIDAD”

► Por **Paola Sais Dünner**,
periodista Defensoría Nacional.

► Para la abogada de la Universidad Católica, hoy directora de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la UAH, la actual ley de migraciones tiene como principal herramienta la devolución inmediata -también llamada “devolución en caliente”- de la persona migrante que ingresa en forma irregular al país, lo cual es “la vulneración máxima de los derechos de las personas”. Agrega que a la fecha no ha dado mayores resultados, pues al redactar la normativa no se tomó en cuenta la reacción que tendrían los Estados “receptores”.

Macarena Rodríguez habla fuerte y marca muy bien cada una de sus palabras. Se nota que le apasiona el trabajo que realiza en la Clínica Jurídica de la Universidad Alberto Hurtado (UAH), la que desde 2010 vela por el cumplimiento de los derechos y garantías de la población migrante que llega a Chile, y que en los últimos cuatro años ha vivido un aumento explosivo producido, en su opinión, por el cierre de fronteras -efecto pandemia- y el establecimiento de requisitos especiales para el ingreso de personas de nacionalidad haitiana y venezolana, lo que conllevó que miles de personas ingresaran al país en forma irregular por pasos no habilitados, lo que transformó a este conflicto “en una olla a presión”.

Si bien Rodríguez es crítica de la actual ley de migraciones, especialmente porque la normativa tiene como principal herramienta de solución al problema la llamada “devolución en caliente”, agradece que esta legislación incluya una Política Nacional de Migración, que establece que la autoridad puede contar con un sistema de visado o excepciones a esta regla, que permitiría una normativa que analice la realidad regional y reconozca una forma de regularización migratoria para Chile.

La abogada, que cuenta con un máster en derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de *Notre Dame* y es ex presidenta del Servicio Jesuita a Migrantes, también cree que la Constitución redactada por los 154 cons-

tituyentes significará un avance en el respeto de los derechos de las personas migrantes, pues reconoce el derecho al asilo o al refugio, agrega la garantía de la igualdad para todas las personas y reconoce el derecho a la nacionalidad de todas las personas que nazcan en territorio chileno.

-¿Cuál es su diagnóstico sobre la situación migratoria en Chile?

-Estamos en un momento muy especial, que tiene componentes bastante diferentes a los que habíamos vivido en otros momentos de la historia de Chile. Uno de ellos tiene que ver con esta importante cantidad de personas que han ingresado de manera irregular por pasos no habilitados, producto del cierre de las fronteras debido a la pandemia y, segundo, por medidas que adoptó el gobierno anterior para establecer mayores requisitos especiales para el ingreso de determinadas nacionalidades, y con ello me refiero a la población haitiana y venezolana.

Esto significa que hoy tenemos cifras nunca antes vistas de personas que están viviendo en el país y que no tienen una regularidad migratoria ni la posibilidad de optar a ella. Eso es hoy una olla a presión. Antes se entregaban visas de turista, lo que ayudaba a tener cierto control sobre quienes ingresaban al país y, además, había demanda porque las personas lle-

gaban a Chile porque era atractivo económicamente y había empleo.

Entiendo que hoy la autoridad está buscando la forma de habilitar un sistema de empadronamiento para, a lo menos, tener alguna idea de la cantidad de migrantes irregulares que hay en el país. En el pasado, tuvimos procesos migratorios que incluían a estas personas, pero en el último proceso éstas no fueron incluidas y por eso es que hablo de esta olla de presión, que va a generar un conflicto social y de ocupación de espacios públicos, porque esas personas no tienen otra opción. Para ellos no hay políticas de integración, no están en el registro social de hogares, no existen.

-¿Cuándo se desbordó esto?

-Hubo un primer punto, cuando se instaló la visa de responsabilidad y de visto consular a los haitianos y venezolanos, en marzo y junio de 2018, y después el cierre de fronteras marcó un punto de inflexión, pues desde ahí no vemos más que crecimiento de este tipo de ingresos de personas. Como no se encauza naturalmente esta migración, nos encontramos con personas que cruzan ilegalmente la frontera y llegan en masa a estas ciudades del norte, provocando un colapso. Y, finalmente, qué hace la autoridad al verse sobrepasada... los traslada a otras regiones en buses, lo que para nosotros es trasladar la precariedad.





CUESTIONAMIENTO A LA NUEVA LEY

-A partir de este diagnóstico, ¿qué evaluación hace de la nueva ley de migraciones?

-En los últimos meses del gobierno anterior se instó mucho por apurar esta ley, a partir de requerimientos que se hicieron al Tribunal Constitucional. La autoridad determinó que necesitaba con urgencia esta ley, porque era la que iba a entregar las herramientas para combatir y frenar esta migración. Y ¿cuál era esta herramienta?: la llamada devolución ‘en caliente’ o inmediata. Es decir, que una persona que es descubierta tratando de ingresar en la frontera será puesta de inmediato a disposición de la autoridad encargada, la que podrá sacarla del país, eso sí con la obligación de informar que fue tomada y devuelta.

La actual ley de migraciones utiliza un mecanismo muy cuestionado en el ámbito internacional. El tribunal europeo ha tenido sentencias muy valiosas respecto de si es posible o no realizar estas devoluciones en caliente y en qué circunstancias. Porque esta medida es la vulneración máxima de los derechos de las personas. En ese espacio de las fronteras no sabemos finalmente qué pasa. Si a la persona se le respetaron sus derechos, si tuvo la posibilidad de ser oída, si estaba embarazada.

En la práctica, a la fecha, la activación de esta medida no ha tenido efecto, pues no se pensó en la respuesta que entregarían los Estados al devolver a un migrante por su frontera. Por lo mismo, muchas personas quedan en un limbo y esperan a que las autoridades policiales se retiren para volver a ingresar al país.

Respecto de la nueva ley, quiero decir también que no todas las herramientas que el gobierno consideró para esta normativa se pueden desarrollar necesariamente de la misma manera. Por ejemplo, pedir que una persona llegue con un contrato de trabajo firmado antes de ingresar al país o que, si ya están acá y consiguen una oferta laboral, vayan a su país y tramiten la visa y regresen. Eso es no mirar la realidad latinoamericana. Los países de la región no tienen este sistema de visado. Operan con acuerdos regionales o con ingresos con visas de turismo, porque nuestra realidad migratoria es la de personas no calificadas, que buscan una oportunidad para mejorar sus condiciones de vida y las de sus familias, por lo que son migrantes que difícilmente pueden obtener una oferta laboral.

► “La actual normativa es una ley que se tramitó durante el primer gobierno del Presidente Piñera. En su campaña, el mensaje central apuntó a que la legislación fuera aprobada con prontitud, porque estábamos superados con la migración que teníamos. Este mensaje y todas las medidas administrativas que se tomaron a partir de 2018 fueron sumamente alarmistas y erradas respecto de la migración que teníamos en ese momento”.

Hoy la normativa contempla algunos espacios, como la Política Nacional de Migración. La ley señala, expresamente, que la autoridad puede establecer un sistema de visado o excepciones a esta regla cuando sean compatibles con la Política Nacional de Migraciones. Por lo tanto, una normativa que analice la realidad regional y que, a partir de eso, reconozca una forma de regularización migratoria en el país, podría ser posible.

AVANCES EN DERECHOS

-En su opinión, ¿hay algún avance con la nueva ley?

-Sí. En el reconocimiento de derechos de las personas migrantes, en la igualdad. Hay una serie de declaraciones muy importantes, e insisto en este punto, porque hay una serie de regulaciones que van a ser parte de los fundamentos que pudieran utilizarse en la política, en los fallos judiciales.

Me parece que de ahí pueden surgir decisiones en favor de las personas, a diferencia de la legislación anterior, que no consideraba ningún derecho para los migrantes. También hay un avance en la institucionalidad con la creación de direcciones regionales, además de la oficina general en Santiago. Esperamos que esa mayor institucionalidad sea capaz de dar una respuesta a la migración de manera más efectiva y que los procedimientos sean más rápidos.

Destaco también que hoy, frente a una orden de expulsión, la persona tenga diez días para hacer sus descargos. La normativa anterior no tenía esta opción y fue algo que cuestionamos



mucho ante diferentes instancias nacionales y extranjeras: que nuestro sistema no contemplara el derecho a defensa de las personas migrantes.

-¿Qué opinión tiene de la situación en la que vive un extranjero al que se le ha dictado un decreto de expulsión pero que sigue en Chile por razones administrativas?

-Esa era una situación insostenible. Por años trabajamos con esas órdenes de expulsión que se dictaban y que tenían un vicio, no sólo porque no se respetaba el debido proceso, sino porque tampoco se daban otras garantías. Es decir, porque no tenían la oportunidad de defenderse y, además, porque las personas eran expulsadas por un delito que no se acreditó.

En la ley antigua ingresar al país por zona no habilitada era un delito. Entonces, si era un delito tenía que haber una sentencia judicial que así lo estableciera, así como la responsabilidad de la persona en estos hechos. ¿Qué es lo que hacía la autoridad? Recibía la autodenuncia de la persona y con eso se consideraba que era suficiente para expulsarla. Sin embargo, la Corte le fue diciendo al Ejecutivo, en forma reiterada y de manera muy clara, que la raíz de esta expulsión estaba viciada, porque estaban expulsando a una persona por un delito que nunca se acreditó. Y por eso se dejaron sin efecto muchas de esas expulsiones.

¿Qué pasa con esas personas? Que la entidad administrativa, pese a la decisión de la Corte, decidió no regularizarlas, dejándolas en un limbo desde el cual no pueden acceder a una visa y, por lo tanto, quedan condenadas a vivir sin derechos y en la informalidad. Y ahí el riesgo que vivimos como país es muy alto.

NUDOS EN EL SISTEMA PENAL

-¿Cuáles son los nudos con los que se encuentran las personas migrantes cuando deben enfrentar un proceso penal?

-Hay una serie de dificultades que experimentan las personas en los procesos penales. Algunas tienen que ver con el lenguaje, donde creo que la Defensoría Penal Pública y el Poder Judicial han trabajado en la búsqueda de soluciones, a través de facilitadores y de un sistema de traductores on-line. Otros nudos son las diferencias culturales y la comprensión del sistema.

Chile es un país muy institucionalizado, muy legalista y no es la realidad de otros países de la región. El tema de las expulsiones judiciales, la posibilidad de conmutar la pena por una expulsión está muy acotada a ciertas penas y a ciertos delitos, que en todo caso presenta dilaciones muy largas. A ello se suma que la privación de libertad para un extranjero no es igual que para un nacional. Ellos no tienen arraigo ni la posibilidad de ser visitados por sus familiares o cercanos.

-Y, en este sentido, ¿hasta qué punto cree que se respetan los derechos de las personas migrantes privadas de libertad?

-Hay una realidad difícil. Estas personas muchas veces no tienen todas las redes, ni gente que los vaya a visitar. En nuestras cárceles la ropa, por ejemplo, no la provee el Estado, muchas veces tampoco los artículos higiénicos y si no reciben visitas no pueden acceder a estas necesidades. Las condiciones de privación de libertad, sin embargo, son las mismas para todos y sabemos que éstas no son muy observadoras de las garantías básicas.

El cierre de fronteras y el no querer ver la realidad también es la causa del aumento del tráfico de migrantes como delito y, con ello, el surgimiento de bandas para quienes este 'negocio' de ingresar personas en forma irregular es atractivo.

-¿La realidad regional en materia migratoria es similar a la de Chile?

-La actual normativa es una ley que se tramitó durante el primer gobierno del Presidente Piñera. En su campaña, el mensaje central apuntó a que la legislación fuera aprobada con prontitud, porque estábamos superados con la migración que teníamos. Este mensaje y todas las medidas administrativas que se tomaron a partir de 2018 fueron sumamente alarmistas y erradas respecto de la migración que teníamos



► “El cierre de fronteras y el no querer ver la realidad también es la causa del aumento del tráfico de migrantes como delito y, con ello, el surgimiento de bandas para quienes este ‘negocio’ de ingresar personas en forma irregular es atractivo”.

en ese momento. Hoy, a cuatro años de aquello, tenemos una ley que mira una realidad que no es la nuestra y, en términos de resultados, hay un ingreso de personas por pasos no habilitados muchísimo mayor a antaño. Es decir, en términos de efectividad, el mensaje no sé si fue el mejor.

Hay que entender que la migración es un fenómeno global y que no necesariamente es sinónimo de criminalidad, como lo trató de asociar la autoridad en ese momento, al decir que todos los que pasan por zonas no habilitadas tienen antecedentes penales.

Repito, hay que aceptar que la migración es un fenómeno global y que va a ocurrir de todas maneras porque, así como nos hemos globalizado en las economías, también para las personas hoy la posibilidad de buscar mejores oportunidades en otro país es una alternativa. Por lo mismo, en vez de castigar y expulsar debemos ofrecer alternativas como lo hace Colombia, por ejemplo, que es vecino de Venezuela. Desde 2015 este país ha desarrollado políticas para recibir a la población de ese país y ha transmitido un mensaje de reciprocidad: “Así como nosotros necesitamos antes ayuda de Venezuela, hoy ellos la requieren de nosotros”.

Entre otras medidas, establecieron un estatuto de protección temporaria por 10 años para la población venezolana, sin importar de qué forma ingresaron al país; el reconocimiento de la nacionalidad para los niños de padres venezolanos que nacen en Colombia y una gerencia de fronteras que busca apoyar políticas públicas de integración. Ese es un ejemplo de una mirada distinta.

-¿Cree usted que el sistema penal ha funcionado bien respecto de este grupo vulnerable?


-Creo que sí. Ha habido una conciencia, particularmente en la Defensoría, de que esta es una nueva realidad y que deben adquirir nuevas herramientas. Percibo una receptividad de parte de esta institución. La Defensoría entiende que el tener un defendido que es migrante implica un desafío para él. No sólo en el manejo de la normativa penal, sino también en las consecuencias que tiene, en materia migratoria, una condena penal. Cuando la Defensoría entendió eso se preocupó de capacitar a sus abogados, porque no es lo mismo defender a un nacional que a un extranjero, en cuanto a las consecuencias que puede tener una condena para el migrante.


NUEVA CONSTITUCIÓN

-¿Creen que la Constitución redactada por la Convención mejora la situación de los migrantes, si se compara con la Carta Fundamental vigente?

-En términos de la Constitución lo importante es la garantía de la igualdad para todas las personas y esto se garantiza en el borrador de la nueva Carta Fundamental. Ese es el piso que necesitamos para proteger adecuadamente a las personas migrantes. Se reconoce, además, el derecho al asilo o al refugio y en nacionalidad se reconoce la chilena para todas las personas que nacen en el territorio. Ahí hay tres parámetros en la nueva Constitución que nos generan un adecuado piso para avanzar en esta materia. Si se garantiza la igualdad para todas las personas, se establecen normas en materia de nacionalidad y existe el ejercicio de los derechos sociales, tenemos lo más importante.

-¿Cambiaría algo de la actual ley de migraciones para mejorarla o, de plano, preferiría que se hiciera borrón y cuenta nueva?

-No. Creo que la normativa de migración actual tiene avances importantes. Más aún cuando estuvimos todos estos años con una legislación de 1975, que estaba muy obsoleta para el Chile actual. La nueva normativa tiene avances. Creo que es mejorable, sin duda. Si bien esta ley logró aprobarse con ciertos discursos punitivos, también tuvo ciertos consensos. No hay que olvidar que con anterioridad hubo otros proyectos de ley que no lograron avanzar. Me parece que construir desde cero no es realista. 



► “Se producen situaciones donde, por ejemplo, el tráfico o la trata de personas se tiende a superponer con el delito que comete la persona, por ejemplo narcotráfico, porque la persona está cometiendo un delito que debe ser sancionado, pero también es víctima del crimen organizado. Eso no se puede desconocer”.



Luis Eduardo Thayer, director del Servicio Nacional de Migraciones (Sermig):

“LA NUEVA LEY DE MIGRACIONES ESTÁ LLENA DE LUCES Y SOMBRAS”

► Por **Marcelo Padilla Villarroel**,
periodista Defensoría Nacional.

► Aunque está a cargo del Servicio Nacional de Migraciones recién desde fines de marzo pasado, el sociólogo Luis Eduardo Thayer siempre ha trabajado en este ámbito y, de hecho, fue el coordinador de esta temática durante la campaña que llevó a la Presidencia de la República a Gabriel Boric. Por lo mismo, es voz autorizada para describir las “luces y sombras” de la nueva ley de migraciones y, sobre todo, los pendientes que enfrenta el país para abordar adecuadamente el fenómeno de la migración.

“**E**stá llena de luces y sombras”, dice el sociólogo Luis Eduardo Thayer Correa -quien desde el 31 de marzo pasado dirige el Servicio Nacional de Migraciones (Sermig)-, al resumir su visión sobre la nueva ley de migraciones vigente en el país.

Militante de Convergencia Social, Thayer fue el coordinador de temas migratorios durante la campaña que llevó a Gabriel Boric a la Presidencia de la República y, por lo tanto, conoce de cerca no sólo los entresijos de la nueva normativa, que reemplazó al Decreto Ley N° 1.094, de 1975, que hasta hace muy poco regulaba esta compleja temática, sino también la actual realidad de la migración irregular y otros problemas que afectan a la población extranjera en Chile.

-¿Cuál es su diagnóstico sobre la situación migratoria que se vive en Chile hoy?

-Es bien complejo, porque se juntan varias situaciones: un ciclo de una política pública más bien contraria al proceso

migratorio que está viviendo la región, que es un problema de magnitud regional y, además, las políticas que se han desarrollado en el último año son contra cíclicas respecto del proceso migratorio mismo.

Por una parte, las condiciones de expulsión desde los países de origen -principalmente Venezuela, pero también Haití, República Dominicana y otros- se intensificaron y, por otra, las condiciones de acogida se restringieron o rigidizaron, y este segundo factor se vio intensificado por la pandemia, con el cierre de la frontera por motivos sanitarios. Todo eso generó la situación que vivimos hoy, que es bien inédita en términos del volumen de la irregularidad, porque tenemos un ingreso clandestino súper alto, como no habíamos tenido antes en la historia...

-¿Eso está medido?

-Sí. Hay denuncias que tiene la Policía de Investigaciones (PDI), que es una variable o indicador aproximado, porque son las denuncias o autodenuncias por ingresos clandestinos. No toda la gente se autodenuncia. Se van actualizando los regis-

► “Tenemos una situación bien compleja, porque si bien la mayoría de las personas está integrada, tiene trabajo, hay un volumen importante que está en situación muy precaria y eso genera una situación de malestar en la población, genera dificultades en las relaciones en distintos territorios. Hemos visto expresiones de malestar en la población que no conocíamos... y también genera situaciones de inseguridad en algunos territorios”.

tros, mucha gente se denuncia mucho después de que ingresó. Es un dato con una serie de debilidades, pero si uno ve el histórico, el volumen acumulado en los últimos cuatro años gira en torno a las 100 mil personas o un poquito más.

Entonces, por una parte, tenemos una irregularidad de origen muy alta y, al mismo tiempo, una situación que podemos llamar irregularidad de venida también muy intensa, es decir mucha gente que está en ‘estado de trámite’. Hemos recibido casi 500 mil solicitudes en trámite, entre visas y permanencias definitivas. Es decir, 500 mil personas cuyo estatus legal es muy incierto precisamente porque están ‘en trámite’.

Eso genera una serie de dificultades para acceder a los servicios, para abrir cuenta en el banco, para que te depositen los sueldos, para tener contrato de trabajo. Entonces es, de hecho, una situación de semi irregularidad, un estatus legal precario. Sumas irregularidad de origen, más irregularidad de venida, más un incremento de la migración, con un crecimiento muy alto en los últimos años, porque esto venía de antes. No es de los últimos cuatro años, pero hoy este crecimiento va acompañado de una alta tasa de irregularidad de origen y de venida.

Entonces tenemos una situación bien compleja, porque si bien la mayoría de las personas está integrada, tiene trabajo, hay un volumen importante que está en situación muy precaria y eso genera una situación de malestar en la población, genera dificultades en las relaciones en distintos territorios. Hemos visto

expresiones de malestar en la población que no conocíamos... y también genera situaciones de inseguridad en algunos territorios, todo lo cual va dificultando la gestión de la migración.

LUCES Y SOMBRAS

-A partir de todo esto, ¿qué evaluación hace de la legislación recién promulgada sobre estos temas?

-Yendo del final hacia el principio, es una ley que logró un consenso bastante alto entre los distintos actores políticos. Podemos decir que no todos quedaron conformes con el resultado completo, pero es una ley tan compleja -probablemente no existe otra ley tan compleja como una de migración-, que evidentemente está llena de luces y sombras. Creo que tiene dificultades respecto de la irregularidad de la que hablaba recién. Tiene varios elementos bien desafiantes y que generan mucha incertidumbre respecto de cuánto van a contribuir a una migración más regular. En el marco normativo hay elementos que podrían generar más irregularidad.

Por otro lado, la ley también genera condiciones para que la autoridad administrativa -el Consejo Nacional de Política Migratoria, el Servicio de Migraciones, la Subsecretaría- puedan generar políticas. O sea, establece un marco muy favorable para la política migratoria y deja bastante margen para que se puedan desarrollar medidas interesantes. Establece un marco bien amplio para generar políticas migratorias de integración, de fronteras, etcétera. Y, por otro lado -y esto sí es nuevo y muy positivo-, establece un marco de garantías que hasta antes de la ley no existía, al menos en un cuerpo legal.

En los últimos años se publicaron muchos decretos. Por ejemplo, de acceso a la educación, a la salud. Pero eran decretos que las nuevas autoridades podían borrar. Eso, en el ámbito migratorio, se elevó a un estatus legal en términos de derechos sociales de salud, educación, trabajo.

-¿Y este margen que menciona depende de la iniciativa de la autoridad que lo gestione?

-Exactamente, hay mucha iniciativa para la autoridad y la ley establece también ciertas garantías generales en términos de derechos sociales. En el Decreto N° 1.094, de 1975, eso no existía y, además, había mucha normativa administrativa, resoluciones o decretos de los servicios que, de alguna manera, venían a rectificar las falencias de ese decreto. Ahora todos estos decretos pasaron un poco al rango legal.



MIGRANTES Y SISTEMA PENAL

-¿Cree usted que el sistema penal garantiza adecuadamente los derechos de las personas migrantes?

-Bueno, aquí el rol de la Defensoría Penal Pública es súper importante, en el sentido de que la Ley N° 18.216 de penas sustitutivas establece condiciones para que las personas migrantes condenadas puedan, de alguna manera, retornar a su país a través de una expulsión y eso, claro, establece ciertas garantías. Creo que también, por ejemplo en el tema de las expulsiones y de personas sujetas a la custodia de Gendarmería, la normativa -el Decreto N° 177- establece un visado para esas personas. Es decir, hay elementos en el marco normativo general, no necesariamente en la ley, que establecen ciertas garantías para la población extranjera y creo que, particularmente en la sustitución de las penas, el rol de la Defensoría es bien relevante.

-Pero ahí lo que ocurre es que hay mucha gente con decreto de expulsión que, finalmente, está esperando la aplicación práctica de la medida...

-Claro. Una de nuestras labores es contribuir a la coordinación de las expulsiones. La PDI es la institución responsable de ejecutarlas, con la colaboración de Gendarmería. Nosotros apoyamos eso en la articulación, en la compra de pasajes. Ahora, justamente, estamos retomando conversaciones, que ya venían de la administración pasada, con el Ministerio de Defensa, para facilitar la ejecución de los dictámenes judiciales de pena sustitutiva a través de aviones de la Fuerza Aérea. El tema es súper desafiante en términos de coordinación con

los países de origen. Cuando haces una expulsión con el vuelo de un avión se debe solicitar la apertura de la frontera y los países no siempre responden en los tiempos requeridos, pero eso es parte de la labor de este servicio.

-Supongo que las personas expulsadas ya no van esposadas y con chalecos amarillos...

-No, no... A nosotros nos interesa cumplir nuestro mandato legal de contribuir a esas expulsiones. También decretar y ejecutar las expulsiones administrativas cuando correspondan, pero sin convertirlo en un espectáculo. Nos parece que la dimensión comunicacional de esto es relevante y, evidentemente, respetando el debido proceso.

Dicho sea de paso, la ley migratoria establece condiciones bien garantistas para la expulsión administrativa, en el sentido de que tienes que notificar de manera presencial a la persona que la vas a expulsar, que se inició el procedimiento. Luego darle diez días para que presente sus descargos y luego de esos diez días la tienes que volver a notificar de manera presencial sobre la expulsión. Y luego de que la notificas, la PDI tiene que ir, por tercera vez, para ejecutar esa expulsión

Es un procedimiento complejo y desafiante. A propósito del rol de la Defensoría, nosotros hoy estamos notificando a las personas que se encuentran privadas de libertad por delitos graves que se inició el procedimiento de expulsión por las causales que establece la ley. Luego los vamos a notificar de la expulsión y, una vez que cumplan la condena, ahí se verificará el procedimiento.

-¿De cuántas personas estamos hablando?

-Es una base de datos que va creciendo, porque estamos notificando cotidianamente. Empezamos en mayo y tenemos alrededor de 120 procesos iniciados y en algunos ya están cumplidos los plazos, así que los estamos empezando a notificar de la expulsión. Y luego se coordina con la PDI y con Gendarmería para notificar a la persona en el centro penitenciario. Y después Gendarmería le avisa a la PDI cuando la persona va a cumplir su condena y luego la traslada, dependiendo de dónde esté la persona y a dónde vaya.

Si son personas de países limítrofes, como Bolivia y Perú, la expulsión es por tierra y Gendarmería hace el traslado interno. Y si van a Colombia o Venezuela normalmente se compran pasajes en vuelos comerciales, mediante convenios con agencias. Es un costo para el Estado, pero que se financia con las mismas multas. En general, el costo de las expulsiones no es incremental, porque su financiamiento proviene también del mismo proceso sancionatorio migratorio.

MIGRANTES: LOS MÁS VULNERABLES

-En general, ¿cuáles son los grupos vulnerables que más ven afectados sus derechos en el ámbito penal? Obviamente la pregunta apunta a los migrantes, pero buscando saber si usted identifica otros...

-En el ámbito, el principal es el de los migrantes, porque hay varios factores que los convierten en sujetos particularmente vulnerables a transgresiones de sus derechos. Primero, no tener redes, en muchos casos, de tipo familiar. Por otro lado, también hay temas de documentación, porque no tienen acceso a ella y eso les genera dificultades, porque tampoco tienen acceso a una identidad administrativa o legal reconocida y los estados de origen muchas veces tampoco los reconocen.

Nos hemos encontrado con situaciones bien complejas, de identidades o incluso nacionalidades falsas, que los estados de origen no reconocen. Y dentro de los grupos más vulnerables están aquellos que no son necesariamente migrantes, es decir que no son personas que vengan a Chile con un proyecto migratorio y cometan un delito en ese marco. Simplemente son personas que son cooptadas por bandas de narcotráfico o de tráfico de personas, que son jóvenes y pobres. Por ejemplo, venezolanos que vienen con muy pocos recursos y que las bandas de crimen organizado o de narcotráfico los cooptan y con recursos muy bajos financian el ingreso de drogas.

Y, finalmente, cuando estas personas son detenidas, son parte de una lógica de espiral que mezcla delincuencia, delito y una condición de víctimas de estas bandas en función de su vulnerabilidad. Hay muchos espacios donde el crimen organizado utiliza la vulnerabilidad de las personas migrantes, que están en la frontera, que están en estos espacios de tránsito ilegal o irregular entre los países de la región y los utilizan para ir reproduciendo su negocio.

Ahí se producen situaciones donde, por ejemplo, el tráfico o la trata de personas se tiende a superponer con el delito que comete la persona, por ejemplo narcotráfico, porque la persona está cometiendo un delito que debe ser sancionado, pero también es víctima del crimen organizado. Eso no se puede desconocer.

-Una situación específica, que también hemos visto, es la de personas que ya tienen decreto de expulsión y que esperan que el procedimiento se cumpla. ¿Eso está medido como problema?

-Claro, tenemos un listado y estamos ejecutando expulsiones de manera cotidiana. La mayoría son por tierra, a países fronterizos, por narcotráfico. Pero estamos ejecutándolas de manera constante. Hoy las estamos aumentando, porque los dictámenes igual tienen fecha de cumplimiento y no podemos caer en desacato. Estamos ejecutando unas 80 expulsiones mensuales, pero la lista es bien larga. La última actualización -todas las semanas me informan- es una lista de unas 170 personas que ya están dictaminadas, entonces estamos haciendo el chequeo de identidad, porque en el fondo los países tienen que recibirlos y tienen que tener los documentos.

Ahí, por ejemplo, tenemos la dificultad de que los consulados no necesariamente tienen la agilidad necesaria para, en caso de que no tengan documentos de identidad, poder viajar y conseguir el documento. Entonces, con la Cancillería estamos haciendo gestiones con los países de origen de las personas para que agilicen la tramitación de los documentos de identidad para poder expulsarlas.

-En estos casos estas personas siguen privadas de libertad...

-Claro, siguen privadas de libertad esperando la expulsión y por eso es importante agilizarlas. Estamos en eso y evidentemente que el orden de prioridad es la fecha de vencimiento, entonces vamos expulsando primero a quienes cuya fecha está más próxima a vencerse o se venció más recientemente.



POLÍTICA DE REFUGIO PENDIENTE

-¿Qué aspectos de la actual normativa corregiría usted para que se adaptaran mejor al derecho internacional vigente en temas de derechos humanos?

-Mira, en materia de refugio creo que estamos bien. Está bien el estándar. Sí falta una política de refugio, que está pendiente. En general, todas las leyes de refugio a nivel latinoamericano están bien en el estándar. Creo que la ley migratoria, sobre este punto, hay que juzgarla en términos de las consecuencias que genera, porque muchas veces la ley puede establecer formalmente ciertas garantías, pero en la práctica genera dispositivos que dificultan el acceso a los derechos.

O sea, si tienes una ley que te dice que las personas van a tener acceso a la salud, y sin embargo esa misma ley tiene artículos que generan caída en la irregularidad o dificultan que las personas que están irregulares puedan salir de esa condición, de hecho, sustantivamente estás produciendo una dificultad para acceder al derecho reconocido por la ley. Entonces, creo que en varios aspectos, que tienen que ver con la posibilidad de salir de la condición de irregularidad, esta ley puede ser mejorada, aunque creo que la política lo puede resolver, en términos de permitir salidas de la irregularidad distintas de la expulsión.

Sabemos que la expulsión administrativa tiene muchas atenuantes en la misma ley, como el arraigo o tener hijos acá. Ahí la expulsión no debiera ser la única alternativa, pues también por el interés superior del niño no puedes expulsar a esa persona. Entonces, es complejo que para esa madre o ese padre no haya una solución en el marco normativo y que la ley la condene a una situación de irregularidad y de expulsabilidad no ejecutable, precisamente por el interés superior del niño.

-Pero en tales casos las personas tienen que actuar judicialmente para poder proteger esos derechos, ¿o no?

-Si la autoridad administrativa procede en contra de ese interés, efectivamente eso se puede judicializar y los tribunales frenan estas expulsiones. Esta es una dificultad y entonces creo que esta ley tenemos que evaluarla en un momento posterior, en función de los efectos que haya generado, pero tenemos que estar súper alertas sobre la caída en la irregularidad que pueden generar

► “La ley también (...) establece un marco bien amplio para generar políticas migratorias de integración, de fronteras, etcétera. Y, por otro lado -y esto sí es nuevo y muy positivo-, establece un marco de garantías que hasta antes de la ley no existía, al menos en un cuerpo legal”.



ciertas rigideces que tiene la ley entre categorías. Por ejemplo, personas que no pueden cambiar de categoría de irregularidad, personas que tienen un proyecto migratorio y no se les tramita la visa.

-También se menciona un problema de irregularidad de salida en la ley, ¿qué significa?

-Ah, es que mucha gente quiere regresar a sus países y no puede hacerlo porque están en este estado intermedio. Se juntan varias cosas. Por ejemplo, el caso de personas de Venezuela que, para entrar a Perú, necesitan una autorización del consulado peruano, que normalmente se puede demorar o puede no otorgarla. Entonces quieren salir de Chile, pero no pueden entrar a Perú y quedan sin poder pasar. Por Bolivia tampoco, porque el estado boliviano asume que Chile los está expulsando y entonces no recibe hoy a expulsados venezolanos.

Se presentan este tipo de dificultades y, por otro lado, gente que ha ingresado por pasos no habilitados puede solicitar aquí una autorización de salida o, si quiere evitar algún tipo de sanción, lo hace de manera clandestina, para evitar alguna multa o falta. Se van generando situaciones de movilidad que no sólo ocurren en Chile, sino en toda la región, que se dan en marcos de irregularidad.

Por eso hemos planteado que uno de los elementos importantes para avanzar en materia multilateral en la región tiene que ver con mejorar el estándar de información, es decir el intercambio de información que tenemos sobre las personas migrantes. Si el estado peruano, por ejemplo, nos dice: 'Oye, esta persona migrante tiene papeles allá', eso facilitaría de inmediato la gestión. Es algo en lo que se puede avanzar mucho y es bien realista avanzar en esa línea, si queremos abordar el problema de forma multilateral.

LA CIFRA NEGRA

-Usted mencionó una cifra de 100 mil personas autodenunciadas en los últimos cuatro años... ¿Hay cifra negra en esto, es decir un total de personas migrantes, incluyendo las que no se autodenuncian?

-Claro, lo que pasa es que la migración irregular es, de por sí, invisible. No hay registro de ella y el único registro que hay, en Chile por lo menos, es el de la denuncia o autodenuncia que registra la PDI, que también es un dato aproximado, porque en el fondo no sabemos cuánta gente no se autodenuncia. Y, por otro lado, mucha gente se autodenuncia mucho tiempo después o puede ser denunciada en una fiscalización. Es decir, si aumentan las fiscalizaciones también aumentará el total de personas en situación irregular.





► “Nos interesa cumplir nuestro mandato legal de contribuir a esas expulsiones. También decretar y ejecutar las expulsiones administrativas cuando correspondan, pero sin convertirlo en un espectáculo. Nos parece que la dimensión comunicacional de esto es relevante y, evidentemente, respetando el debido proceso”.

Lo que dice la experiencia es que las personas migrantes irregulares o incluso las que ingresan clandestinamente buscan la regularidad, buscan formalizar su situación. A nadie le gusta estar en esa situación, salvo que haya cometido delitos o esté a la mala, que también hay casos. La gente busca regularizarse y por eso se autodenuncia. Va a la PDI y se expone al riesgo de que la expulsen, pero así queda registro de ella. Creo que tienen una disposición favorable, en general, para regularizarse cuando no han cometido delito.

Por otro lado, si uno mira los datos de regularización de 2018, que fue el primer proceso que hizo el gobierno de Piñera -hicieron dos, otro en 2021-, ese proceso incorporó no sólo a quienes habían caído en irregularidad tras haber entrado regularmente, sino que también a quienes habían ingresado clandestinamente. Si uno observa el volumen de personas que se regularizaron tras ingresar clandestinamente, fueron poco más de 14 mil personas.

Y si uno ve el volumen de los últimos diez años de denuncias por ingresos clandestinos, la cifra coincide. Entonces, en 2018 coincidió el volumen de denuncias por ingreso clandestino, con la cifra de personas que habían ingresado clandestinamente que solicitaron regularización, entonces creo que la cifra de denuncias es más o menos aproximada a la realidad por estas dos razones.

-O sea, podemos suponer que existe un pequeño margen de gente que está vinculada al delito que no se autodenunciará...
-Claro, no se autodenunciará y ahora, que se va a iniciar el proceso de empadronamiento, probablemente tampoco va


a acercarse, como tampoco al proceso de enrolamiento que está iniciando el Registro Civil, para entregarle un RUN a quienes están en situación irregular. Probablemente tampoco lo van a hacer, porque van a estar con delito encima.

-Sin embargo, las cifras de la propia Defensoría desmienten la idea de que las personas migrantes tienen una participación mayor en el delito que los connacionales...

-Evidentemente. Los estudios de la ‘Mesa nacional de migrantes’ que aparecen en los boletines son bien claros en este sentido y son un buen indicador para mostrar cómo va cambiando la situación. Siempre me ha llamado la atención el tipo de delito que está asociado a las personas extranjeras, lo que tiene que ver con la frontera, principalmente. Es decir, que no son necesariamente proyectos migratorios, ni son personas migrantes que están en una lógica de delitos, que los hay, sino que son normalmente personas cuya única motivación para ingresar al país es pasar droga o traficar autos, bienes o personas incluso. Y son delitos principalmente de narcotráfico, como muestra la cifra de imputados extranjeros que expone la mesa.

Ahora, sí creo que ha aumentado un poco la participación de personas extranjeras en delitos de alta connotación social, pero creo que eso igual hay que mirarlo territorializado, porque hay zonas que están muy marcadas, con presencia concentrada de bandas, que efectivamente están cambiando un poco la configuración en el ámbito. Entonces, si bien no hay una correlación entre migración y delito, hay una situación frente a la cual hay que estar alertas, por este cambio en la configuración de delitos, un mayor nivel de violencia y un mayor número de armas, que creo que tiene que ver principalmente con el avance del narco. Ahí ya son redes en que participan personas extranjeras, pero también nacionales, y en las que ha aumentado el nivel de violencia.

Entonces, su evaluación del nuevo marco normativo es positiva...

Tiene luces y sombras. Comparado con el marco anterior, efectivamente hay avances, pero la normativa migratoria actual tiene luces y sombras. Es una ley que avanza en derechos. De hecho, esa palabra no está en el Decreto N° 1.094, porque sólo buscaba administrar sanciones y establecer condiciones de acceso al mercado del trabajo. Esta otra ley tiene muchos más elementos, es más compleja, porque también establece garantías, derechos sociales, con un abordaje más integral. 



¿CREE USTED QUE EL SISTEMA PENAL SALVAGUARDA O GARANTIZA ADECUADAMENTE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES?

► Por **Alexis Matamala Olavarría**,
periodista Defensoría Nacional.

► Las siguientes respuestas no tienen valor estadístico y no son más que una muestra diversa de opiniones de personas extranjeras que viven en Chile. Llama la atención que las percepciones de las personas consultadas difieren a partir de sus respectivas experiencias personales.

“ De acuerdo con lo que a mí me pasó, no se respetan. Como migrante busqué ayuda y se me cerraron las puertas por ser boliviana. Por ser extranjera y particularmente por ser boliviana se me trató muy mal cuando estuve en la cárcel en el norte. No todos vienen a hacer daño a Chile, yo era inocente de lo que se me acusaba.

Nardy Rivera (boliviana).

“ Creo que sí. Finalmente es un sistema penal hecho para castigar al infractor independiente de su nacionalidad.

Juan Antonio Rodríguez (colombiano).

““

Lo que he visto es que hay una presunción de culpabilidad cuando se trata de un migrante, más si es un migrante afrodescendiente. Lo he visto varias veces en estos casos de personas inocentes que no han podido demostrar su inocencia. Pesa mucho el ser migrante de países latinoamericanos como Perú, Colombia, Bolivia y Venezuela. Esto ocurre más si su piel es morena. Eso hace que no tengan las mismas garantías que los demás.

Mónica Mayorga (colombiana).

““

Creo que sí se respetan los derechos, ya que en el caso mío puedo contar que me he auto denunciado por el ingreso irregular al país y nos han tratado bien, incluso nos han dado una especie de carnet para evitar ser detenidos o para evitar cualquier abuso que pueda haber de la autoridad.

Ingrid Flores (boliviana).

““

Desde mi punto de vista, sí. Se resguarda o garantiza totalmente los derechos de las personas migrantes, ya que a las personas que ingresan de manera irregular o ilegal no se les detiene y se les da el mismo trato y tienen los mismos derechos que un chileno o un residente extranjero.

Kartha Navarro (venezolana).

““

Pienso que la penitenciaria o la policía, como se dice acá, sí respeta los derechos de todos los extranjeros, como debe ser. No he tenido malas experiencias.

Jessica Orihuela (boliviana).

““

Sin tener conocimiento completo, creo que el sistema no ayuda ni a los migrantes ni a los nacionales. Burocracia, influencias... clásico en Latinoamérica.

Francisco Araujo (peruano).

““

Respecto de mi experiencia como extranjero, se han garantizado nuestros derechos tanto desde que llegamos a Chile como en todos los trámites posteriores que he tenido que hacer como residente. Creo que siempre el trato ha sido adecuado, no tengo mayores quejas.

Jorge García (mexicano).



5° Boletín de la ‘Mesa de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros’:

INSUMOS PARA DESMITIFICAR EL DEBATE SOBRE MIGRANTES Y DELINCUENCIA

► Por **Rodrigo Ríos Álvarez**¹,

Abogado, profesor universitario y miembro del Comité del “Proyecto Inocentes”.

- En la siguiente columna, el académico Rodrigo Ríos, quien integra el comité editorial del “Proyecto Inocentes” de la Defensoría Penal Pública, revisa en detalle las cifras del último boletín emitido por esta mesa, que integran los ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), la Policía de Investigaciones, Carabineros, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública.

Hace pocos días se dieron a conocer los resultados del 5° Boletín de la ‘Mesa de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros’, conformada por los ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), la Policía de Investigaciones, Carabineros, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública.

El principal objetivo de esta mesa de trabajo es mejorar el acceso a la justicia penal de las personas extranjeras y/o migrantes, así como remover eventuales actuaciones discriminatorias y revertir arbitrariedades sufridas por

extranjeros y migrantes enfrentados al proceso penal, ya sea como víctimas o como imputados.

En la difusión de dichos resultados, se ha destacado por diversos medios de comunicación que en 2020 existió un aumento de 135 por ciento de los imputados de nacionalidad extranjera (pasando de 28 mil 91 extranjeros detenidos en 2019 a 66 mil 293 personas en tal calidad en 2020), y que en los últimos cinco años (2016-2020) dicha alza alcanzó un 355 por ciento.

De los 66 mil 293 imputados extranjeros detenidos en 2020, cerca del 83,3 por ciento se distribuye entre imputados de nacionalidad peruana (22,6 por ciento), venezolana (22,4

¹ Abogado y profesor de derecho penal de la Universidad de Chile; magister en derecho con mención en derecho público (Universidad de Chile); doctorando en derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesor de derecho procesal penal en la Universidad *Finis Terrae* y de derecho penal en la Universidad Católica del Maule. Miembro del Comité del “Proyecto Inocentes” de la Defensoría Penal Pública.



por ciento), colombiana (14,8 por ciento), boliviana (12,5 por ciento) y haitiana (11,8 por ciento).

Las regiones del país donde se ha concentrado la mayor proporción de imputados extranjeros en 2020 corresponden a la Región Metropolitana (56,4 por ciento), seguida por la región de Tarapacá (17,1 por ciento), Antofagasta (11,1 por ciento) y Arica y Parinacota (5,1 por ciento), sumando entre ellas el 89,7 por ciento del total de imputados extranjeros detenidos ese año.

Si se cruza esta cifra con los delitos en los cuales se ven involucrados los extranjeros imputados -categorías que representan el 82,2 por ciento de las detenciones practicadas en 2020-, se aprecia que las principales familias de delitos corresponden a aquellos contra la salud pública (60,4 por ciento), luego los de leyes especiales -entre ellos los delitos de violencia intrafamiliar, de armas y de tipo informático- (13 por ciento), los de la ley de drogas (4,6 por ciento) y los de la ley de tránsito (4,2 por ciento).

Hay que tener presente que la población extranjera residente en Chile llegó a un millón 462 mil 103 personas en 2020 -un 0,8 por ciento más que en 2019- y en ese escenario de aumento, si se hace un análisis por categoría de delitos vinculados a extranjeros en el periodo, se aprecia que en los delitos



de homicidio, robos, drogas, lesiones y aquellos contra la propiedad, el número de detenciones en 2020 disminuyó en relación con 2019.

Usando las categorías de delitos contenidas en el 5° boletín, la distribución de detenidos en 2019 y 2020 fue la siguiente:

Delitos	2019	2020
Homicidios	77	68
Robos	972	956
Ley de drogas	4.613	3.051
Lesiones	2.200	1.827
Otros delitos contra la propiedad	3.181	1.268
Robos no violentos	724	319
Otros delitos	831	40.088
Delitos contra la libertad e intimidad de las personas	1.178	1.265
Delitos ley de tránsito	2.936	2.755

► “De las 66 mil 293 personas de nacionalidad extranjera detenidas en 2020, 40 mil 88 (60,4 por ciento) de ellas lo fue bajo imputaciones vinculadas con delitos contra la salud pública en el contexto de la pandemia, particularmente detenciones asociadas al delito del artículo 318 del Código Penal”.

Como puede apreciarse, la única alza considerable es precisamente aquella asociada a la categoría “otros delitos”, que se corresponde con aquellos delitos contra la salud pública. Por ello, si se analizan en detalle los datos contenidos en este informe, se puede advertir que, de las 66 mil 293 personas de nacionalidad extranjera detenidas en 2020, 40 mil 88 (60,4 por ciento) de ellas lo fue bajo imputaciones vinculadas con delitos contra la salud pública en el contexto de la pandemia, particularmente detenciones asociadas al delito del artículo 318 del Código Penal (por ejemplo, infracciones al toque de queda).

Recordemos que, respecto de este delito, la Corte Suprema, conociendo de recursos de nulidad, ha emitido diversos fallos en torno a la falta de antijuridicidad material y tipicidad de las conductas denunciadas, teniendo en consideración que la sola infracción del toque de queda no era generadora de riesgo, y que el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente la inaplicabilidad de dicha norma, al considerar su contenido inconstitucional.

Por ello, resulta interesante verificar que, si se suprimen del total de detenciones practicadas a extranjeros aquellas asociadas a delitos contra la salud pública, constatamos que en 2019 la cifra correspondería a 27 mil 260 detenidos, disminuyendo en 2020 a un total de 26 mil 205 personas.

En esa misma línea, si dejamos de lado las imputaciones contra la salud pública (que sin duda alguna rompen con toda la tendencia observada en los periodos anteriores) y reparamos

en la distribución geográfica (norte del país) y en las categorías de delitos (ley de drogas y ley de tránsito), lograremos advertir un aspecto ya destacado en boletines anteriores, especialmente de los años 2015 y 2016, y que es aquel que apunta al rol como imputadas de personas extranjeras transeúntes, que no tienen una voluntad de permanencia (migrante) en nuestro país.

IMPUTADOS ADOLESCENTES

Respecto de imputados adolescentes de nacionalidad extranjera, en la proporción total de imputados extranjeros detenidos puede apreciarse una tendencia a la baja desde 2016 a 2020, que va desde un 2,7 por ciento a un 1 por ciento del total de imputados por año. En lo que respecta al último año medido por el boletín, de los 66 mil 293 imputados extranjeros detenidos, sólo 658 correspondieron a imputados adolescentes.

De acuerdo con los datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública, en 2021 ingresaron al sistema de defensa estatal 217 imputados adolescentes de nacionalidad extranjera. Para tener una referencia de los últimos cuatro años, el mayor número de ingresos se produjo en 2019, con 240 imputados, observándose luego una baja en los dos años siguientes.

Ahora bien, del universo total de imputados adolescentes (sin distinción de nacionalidad) que ingresaron al sistema de defensa pública en 2021 (8 mil 712 personas), sólo el 2,49 por ciento correspondió a adolescentes extranjeros, y en lo que respecta a las categorías de delitos asociados a ellos, los robos constituyeron los de mayor incidencia.

Así, puede constatarse que los ingresos al sistema de defensa pública en los últimos cuatro años, en esta clase de delitos, alcanzaron su máximo registro en 2020 con 67 imputados adolescentes, disminuyendo dicha cifra al año siguiente, a un total de 57 ingresos por tales delitos.


CONCLUSIONES

Cualquier conclusión que intente construirse debe indefectiblemente hacerse cargo de la particularidad que determinó el comportamiento de todo el sistema penal durante el periodo de pandemia (y que nutre las conclusiones de este 5° Boletín), con imputaciones que posteriormente fueron desvirtuadas



en sede judicial, al entender que la gran mayoría de las mismas no eran aptas para ser consideradas como delito.

Resulta distorsionador poner el énfasis en cifras netas de detenciones sin hacer este análisis cualitativo y sin destacar, además, las bajas porcentuales de detenciones de ciudadanos extranjeros en las principales categorías de delitos en el periodo analizado.

Es de esperar que los insumos estadísticos aportados por la ‘Mesa de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros, en la relación extranjero/delito, y que permiten desmitificar una serie de argumentos carentes de correlato empírico que hoy día dominan el debate público, sean la base de cualquier discusión que pretenda reformular las políticas públicas en esta materia. 

► “Es de esperar que los insumos estadísticos aportados por la ‘Mesa de acceso a la justicia de migrantes y extranjeros, en la relación extranjero/delito, y que permiten desmitificar una serie de argumentos carentes de correlato empírico que hoy día dominan el debate público, sean la base de cualquier discusión que pretenda reformular las políticas públicas en esta materia”.





► “Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, los estados tienen la facultad de determinar libremente sus regulaciones y políticas migratorias, pero con un límite: la compatibilidad de dichas regulaciones con sus obligaciones internacionales de derechos humanos”.



Actual normativa, la Ley N° 21.325, entró en vigencia en febrero de este año

LA NUEVA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA Y CÓMO SE INSERTA EN EL CONTEXTO REGIONAL

► Por **Nicole Lacrampette Polanco**,
jefa de la Unidad de Derechos Humanos,
Defensoría Penal Pública.

► En el caso de Chile y siguiendo la tendencia de la región, la legislación migratoria de hoy buscó superar el enfoque de la seguridad nacional, modernizar la regulación e institucionalidad migratoria y adecuarlas a los estándares internacionales.

Recientemente, en febrero de 2022, entró en vigencia la Ley N° 21.325, de migración y extranjería, que instaura una transformación profunda en el abordaje estatal de la migración en Chile. La legislación anterior -el Decreto Ley N° 1.094, de 1975, y su reglamento, de 1984- se basaba en un “enfoque de seguridad”, orientado al control de las fronteras y la expulsión o no admisión de personas extranjeras fundada en razones de seguridad nacional, para lo cual otorgaba un amplio margen de discrecionalidad administrativa.

Entre las críticas que se formularon a dicha regulación durante su vigencia, “una de las materias que ha generado especial preocupación es el silencio del DL N° 1.094 respecto de la materia de derechos de los inmigrantes, sobre todo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos [...] Este vacío ha generado discriminaciones en materia de acceso a derechos y a incoherencias en la actuación de la administración del Estado”¹.

1 Aninat, Isabel y Sierra, Lucas. “Regulación inmigratoria: propuestas para una mejor reforma”. En: Aninat, Isabel y Vergara, Rodrigo (Eds.). Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2019, p. 41.

EL CONTEXTO REGIONAL

El enfoque basado en la seguridad nacional fue común en los países latinoamericanos hasta la década del 2000, cuando varios países de la región comenzaron procesos de reforma orientados a modernizar y armonizar sus legislaciones migratorias con los desarrollos y tendencias internacionales respecto de la migración, transitando desde un enfoque de seguridad a uno de derechos.

Al respecto, cabe recordar que, desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, los estados tienen la facultad de determinar libremente sus regulaciones y políticas migratorias, pero con un límite: la compatibilidad de dichas regulaciones con sus obligaciones internacionales de derechos humanos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que, “si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”².

2 Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97.

Entre los muchos antecedentes que pueden reconocerse como factores que han influenciado las modernas regulaciones migratorias, cabe mencionar, por una parte, los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS) impulsados por las Naciones Unidas (ONU) desde 2015. Dentro del Objetivo 10 (reducción de las desigualdades), los ODS establecen como meta 10.7: “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”.

Por otra parte, en 2018, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el *Pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular*³, que presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente, cuyo propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración. Entre sus principios rectores se encuentra la protección y el cumplimiento efectivos de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio.

En este contexto, en América Latina, “primero Argentina y luego otros países, como Bolivia, Perú, Ecuador y Brasil, fueron derogando sus leyes nacidas en el marco de dictaduras y promulgando nuevas legislaciones que fortalecieron el paradigma liberal, es decir, incluyendo un catálogo amplio de derechos a favor de los migrantes, la prohibición de la criminalización de la migración, y, sobre todo, un emergente reconocimiento al derecho a migrar”⁴. En particular, las legislaciones de Argentina, Bolivia y Uruguay reconocen, con diversos matices y alcances, el derecho a migrar, lo que es una especificidad de la región⁵.

La legislación argentina es un claro ejemplo del cambio de paradigma señalado. Entre los objetivos de su ley de migraciones se contempla expresamente “dar cumplimiento a los

3 Resolución 73/195, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195). El Estado de Chile se abstuvo en la votación del Pacto, argumentando que este instrumento no salvaguarda de forma completa los legítimos intereses del Estado y dificulta la protección de las fronteras (A/73/PV.60).

4 Feddersen, Mayra. “La persistencia del paradigma de seguridad en la regulación de los impedimentos de ingreso en la legislación migratoria chilena”. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 12, N° 2, 2002, p. 294.

5 Veiga, M. J. “Revisión de los Marcos Normativos de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Chile, Perú y Uruguay. Contexto del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular”. *Cuadernos Migratorios* N° 11. Buenos Aires, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2021, p. 46.

► “En América Latina, primero Argentina y luego otros países, como Bolivia, Perú, Ecuador y Brasil, fueron derogando sus leyes nacidas en el marco de dictaduras y promulgando nuevas legislaciones que fortalecieron el paradigma liberal, es decir, incluyendo un catálogo amplio de derechos a favor de los migrantes, la prohibición de la criminalización de la migración, y, sobre todo, un emergente reconocimiento al derecho a migrar”.

compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes” y su Título I regula los “derechos y libertades de los extranjeros”, reconociendo el derecho a la migración, la igualdad de acceso de las personas extranjeras a los servicios sociales y el derecho a la reunificación familiar, entre otros.

Del mismo modo, en Perú la legislación migratoria actualmente vigente “se inscribe claramente en estas reformas de cambio de paradigma de un enfoque de seguridad a otro de derechos humanos. Con ello, se busca colocar en el centro a la persona migrante y sus derechos en las políticas migratorias. Es así que la ley plantea como principios el respeto a los derechos humanos, la no criminalización de la migración y el principio de no discriminación. El principio de no criminalización de la migración está muy arraigado en las normativas migratorias suramericanas apoyadas por la vanguardista jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁶.

Sin perjuicio de los cambios legislativos en el sentido señalado, en los últimos años “se han desarrollado estudios que han dado cuenta de la persistencia las políticas restrictivas y de dificultades para el efectivo acceso a los derechos por parte de la población migrante”⁷.

6 Blouin, Cécile. Complejidades y contradicciones de la política migratoria hacia la migración venezolana en el Perú. *Colombia Internacional*, N° 106, 2021, pp. 141-164.

7 Veiga, M. J. “Revisión de los Marcos Normativos de Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, Chile, Perú y Uruguay. Contexto del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular”. *Cuadernos Migratorios* N° 11. Buenos Aires, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2021, p. 39.



Asimismo, tras las reformas que instalaron un enfoque de derechos en las legislaciones migratorias, algunos autores observan “un cierto movimiento de contrarreforma, donde mediante los decretos que reglamentan la aplicación de las leyes, o bien de normativas reformativas, se ha establecido una aplicación restrictiva de estas leyes”⁸, bajo argumentos de resguardo de la seguridad interior y el orden público.

LA NUEVA NORMATIVA NACIONAL


En el caso de Chile, y siguiendo la tendencia regional, la nueva normativa migratoria buscó superar el enfoque de la seguridad nacional, modernizar la regulación e institucionalidad migratoria y adecuarlas a los estándares internacionales. De este modo, la Ley N° 21.325 consagra expresamente el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, así como la no criminalización de la migración irregular.

Asimismo, la ley contiene un catálogo de derechos de las personas extranjeras, entre los cuales consagra el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la reunificación familiar y el acceso a la salud y a la educación en igualdad

8 Aris, M., Mesa, M.J. y Valenzuela, P. “Estudio de análisis comparativo regional de las regulaciones migratorias en América Latina. Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador y Perú”. Documento de referencia N° 39. Santiago, Espacio Público, 2018, pp. 11-12.

de condiciones que los nacionales, con independencia de la condición migratoria regular o irregular, mientras que condiciona el acceso a ciertas prestaciones de seguridad social, beneficios de cargo fiscal y a la vivienda propia a la calidad de residente u otros requisitos.

En particular, cabe destacar dos disposiciones de la nueva ley que apuntan directamente a normar situaciones no reguladas en la legislación anterior y que dieron lugar a prácticas frecuentemente objetadas como vulneratorias de los derechos de las personas migrantes: por una parte, la prohibición expresa de las expulsiones colectivas (artículo 130) y, por otra, la obligación de la autoridad migratoria de considerar, previamente a la dictación de una medida de expulsión administrativa, antecedentes como la situación familiar de la persona afectada y el interés superior del niño (artículo 129).

De este modo, puede observarse que la nueva legislación nacional se inserta dentro de la tendencia regional y avanza en la protección de los derechos de las personas migrantes. Sin perjuicio de ello, será la interpretación y aplicación práctica de la ley por las autoridades públicas lo que determinará el nivel de cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales de derechos humanos respecto de las personas migrantes. 





Propuesta desde Tarapacá:

IDEAS PARA MEJORAR LA SITUACIÓN DE LOS MIGRANTES PRIVADOS DE LIBERTAD

► Por **María Francisca Sepúlveda**
defensora especializada en migrantes,
Defensoría Regional de Tarapacá.

Las personas migrantes y extranjeras privadas de libertad en recintos carcelarios que no tienen residencia en el país persecutor sufren una doble condena.

Esto ocurre así porque la amplia gama normativa que existe para proteger los derechos de las personas privadas de libertad no es suficiente y eficaz para cumplir con los estándares mínimos para estos casos. Esta insuficiencia vulnera diaria y sistemáticamente sus derechos humanos.

En la materia, el derecho penitenciario no ha logrado soslayar la desigualdad que existe entre extranjeros condenados y nativos reclusos en centros de cumplimiento de penas carcelarias en Chile. Por ello, es imperativo que se adopten políticas públicas para proteger los derechos fundamentales de estas personas.

Un camino es lograr la aplicación de aquellos acuerdos vigentes entre los Estados, para que las personas extranjeras condenadas puedan ser trasladadas a su país y puedan continuar allí el cumplimiento de sus respectivas condenas hasta terminar sus penas.

Los problemas concretos detectados en las cárceles de Chile dicen relación con la concesión y cumplimiento de requisitos

para acceder a beneficios intrapenitenciarios, libertad condicional y penas sustitutivas de la Ley N° 18.216. Muchas de estas personas no cuentan con un domicilio donde puedan, incluso, cumplir su prisión preventiva, siendo más lamentable la situación de quienes son finalmente absueltos o son terminados sus procedimientos por decisión de no perseverar. Además, existe una imposibilidad de optar a la pena mixta y también es difícil para ellos ejercer un trabajo -en un recinto penitenciario o en el medio libre-, por no contar con una visa temporal.

Y además, al no estar reclusos en módulos especiales, son objeto de tratos discriminatorios y xenófobos.

En este escenario, las principales propuestas que se podrían desarrollar en materia de extranjeros privados de libertad serían las siguientes. Uno: adoptar políticas públicas que permitan a los migrantes sometidos a persecución penal esperar el fallo absolutorio o condenatorio con arresto domiciliario en una residencia habilitada para tal efecto por el gobierno. En la actualidad, muchos de ellos deben esperar el juicio en prisión preventiva sólo por no poder acreditar un domicilio particular, algo que no ocurre con los chilenos que se encuentran en la misma situación procesal,



Eric Allende González

Y dos: habilitar módulos especiales para extranjeros en prisión con condena efectiva, con el fin de resguardar su integridad física y psíquica.

También es imperativo que, mientras los migrantes y condenados extranjeros no residentes se encuentren cumpliendo condena, puedan contar con una visa temporal especial de trabajador, ya que así podrán laborar tanto en los centros de cumplimiento penitenciario como en el medio libre, en caso de obtener algún beneficio penitenciario que les permita seguir cumpliendo en libertad.

En las cárceles, en tanto, se debe activar el acceso a internet y al teléfono, pues al contar con una comunicación fluida con la red de apoyo de sus respectivos países pueden conseguir de manera más rápida una solicitud de traslado internacional o acceder a documentos que acrediten sus estudios, entre otros beneficios.

Las 'Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos', más conocidas como 'Reglas de Mandela', establecen el deber de los Estados de reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad, y recomiendan que las personas condenadas deban permanecer en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social.

► “El derecho penitenciario no ha logrado soslayar la desigualdad que existe entre extranjeros condenados y nativos reclusos en centros de cumplimiento de penas carcelarias en Chile. Por ello, es imperativo que se adopten políticas públicas para proteger los derechos fundamentales de estas personas”.

Así, a propósito del carácter esencialmente humanitario de la situación de vulnerabilidad que estas personas enfrentan en un país extranjero, se torna necesario hacer eco de instrumentos internacionales para desarrollar políticas penitenciarias y de reinserción social adecuadas al contenido de éstos.

Bajo ese enfoque, la pena de expulsión del territorio de la república parece absolutamente más justa y favorable para el condenado extranjero, si se cuenta con su voluntad manifiesta, que la de presidio o reclusión de cumplimiento efectivo carcelario, situación en la que son especialmente vulnerables. 93



Ideas para mejorar el sistema:

ENFOQUE DE DERECHOS EN LA SITUACIÓN DE MIGRANTES CONDENADOS Y PRIVADOS DE LIBERTAD

► En este artículo, el autor explica por qué las personas extranjeras privadas de libertad enfrentan una doble condición de vulnerabilidad, a partir de lo cual propone algunas medidas para reducir o atenuar los problemas y desigualdades que las afectan.

► Por **Mariano Rubio Bastías**,
Defensor penitenciario
Defensoría Regional de O'Higgins.

Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en Chile viven actualmente más de un millón y medio de personas migrantes, que representan al 8 por ciento de la población total. En 30 años, ese porcentaje se ha multiplicado por diez, lo que nos ubica sobre el promedio mundial (3,5 por ciento), pero aún por debajo a la cifra media de los países de la OCDE (9,8 por ciento). Todo indica que la migración es un fenómeno social que, lejos de disminuir, seguirá aumentando, conforme Chile presente un mayor desarrollo.

En este contexto, los extranjeros que llegan a nuestro país en la legítima búsqueda de una vida más digna se encuentran con dos visiones contrapuestas: la primera observa con desconfianza al extranjero, como si fuera un sujeto especialmente peligroso y respecto del cual se debe evitar su llegada con zanjás o muros y al primer error se le debe expulsar.

La segunda se hace cargo de los eventuales problemas que se pueden generar en una sociedad que inevitablemente será cada vez más cosmopolita, con un enfoque basado en el pleno respeto de los derechos emanados de la condición hu-

mana de los migrantes y de los derechos específicos que los protegen en su especial situación de vulnerabilidad.

Esta vulnerabilidad, propia del migrante, se acentúa cuando éste debe cumplir una sanción privativa de libertad. Si para los connacionales la cárcel es deshumanizante, atentatoria contra su dignidad y derechos esenciales -y donde parece haber fracasado la idea de la reinserción social-, para los extranjeros privados de libertad el cumplimiento de este fin se aleja aún más.

Algunos no se insertaron jamás en la comunidad a la que llegaron, muchas veces en situación irregular, con redes familiares y sociales deterioradas o inexistentes, con imposibilidad de convalidar estudios y un sin fin de problemas que les impiden acceder a una libertad de manera gradual, con miras a su paulatina reinserción.

IDEAS PARA MEJORAR

Creo que hoy, como Defensoría, nuestra tarea es fortalecer los protocolos de actuación respecto de la defensa de personas extranjeras y migrantes, especialmente cuando se trata de



Eric Allende González

defensa penitenciaria, ya que no existe una capacitación en estos temas, respecto de los cuales existen reformas legales recientes, fallos en que las Cortes van resolviendo interesantes discusiones y una cada vez más nutrida literatura que analiza el fenómeno desde las más diversas disciplinas.

Tampoco descartaría la existencia de defensores penitenciarios preferentes con una mayor especialización, en especial en aquellas regiones donde el fenómeno migratorio ha alcanzado cifras considerables.

Así, las trabajadoras sociales y los defensores públicos tendrán mayores competencias técnicas para atender a los extranjeros privados de libertad, exigiendo a Gendarmería de Chile o a los tribunales de justicia que los planes de intervención individual ejecutados por la administración penitenciaria contemplen un enfoque especial para este segmento.

Sin este enfoque, para obtener una buena calificación de conducta intrapenitenciaria se les seguirá exigiendo que acrediten sus estudios formales en el país de origen, que tengan todo resuelto y claro con sus identificaciones civiles o

► “Los extranjeros que llegan a nuestro país en la legítima búsqueda de una vida más digna se encuentran con dos visiones contrapuestas: la primera observa con desconfianza al extranjero, como si fuera un sujeto especialmente peligroso y respecto del cual se debe evitar su llegada con zanjas o muros y al primer error se le debe expulsar”.

que sus familiares ingresen materiales para ejecutar trabajos independientes.

Y para obtener un beneficio de aquellos orientados a la gradual reinserción, se les seguirá exigiendo contar con redes sólidas de apoyo social y familiar, además de contar con un proyecto de vida completamente claro y realizable. En definitiva, sin este enfoque se les seguirá exigiendo imposibles. 93



Una mirada desde Los Lagos:

MIGRANTES EN PRISIÓN: VULNERABILIDAD Y DESIGUALDAD

► En este artículo, el autor explica por qué las personas extranjeras privadas de libertad enfrentan una doble condición de vulnerabilidad, a partir de lo cual propone algunas medidas para reducir o atenuar los problemas y desigualdades que afectan a este grupo de población.

► Por **Francisco Hernández Hormazábal**
defensor penitenciario de Puerto Montt,
Defensoría Regional de Los Lagos.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) establece que ser migrante es una forma de vulnerabilidad. Entre otras razones, señala que intentar formar un proyecto de vida en un país que no es el de origen implica afrontar distintas dificultades, de las que los nacionales están exentos solo por tener esta condición.

Así, los y las ciudadanas extranjeras en Chile deben enfrentar dificultades de idioma, costumbres y culturas, además de los problemas económicos y sociales que deben sortear, incluso para intentar regresar a sus respectivos países.

Si la privación de libertad es también una condición de vulnerabilidad, entonces las personas migrantes que están en la cárcel son doblemente vulnerables.

Un ejemplo de ello es el acceso a los beneficios intrapenitenciarios. Ante la falta de documentos que acrediten su nivel educacional, las personas migrantes están obligadas a ingresar al nivel inicial de los programas. Esta situación es aún más compleja en el caso de quienes no tienen cédula de identidad vigente, porque no solo no pueden acceder a estos benefi-

cios, sino que tampoco pueden postular a trabajos formales en los penales donde residen.

Si bien Gendarmería les otorga una cédula de identidad provisoria, ésta opera sólo como identificación penal, entre otras cosas para mantener un registro administrativo del cumplimiento de sus penas, por lo que aún deben sortear el obstáculo que exige obtener una ante el Registro Civil mediante la correspondiente presentación de documentos.

Por tanto, aquellos migrantes que no cuentan con ese apoyo para obtener documentos y regularizar su situación se encuentran en una situación de desigualdad en el ejercicio de su derecho a la reinserción social, porque producto de su situación de encierro y sólo por no contar con un documento de identificación, no pueden incorporarse a las actividades laborales y educativas ofrecidas. En este escenario, la condición de privación de libertad podría entenderse como ilegal y arbitraria, por no cumplir con los fines legitimadores de la condena penal.

Es necesario, por tanto, efectuar coordinaciones con las organizaciones de la sociedad civil que brindan apoyo a perso-



Eric Allende González

nas migrantes, para que también puedan prestar ayuda en diversos trámites a los privados de libertad, convirtiéndose en verdaderas y efectivas redes de apoyo, que por lo general no tienen.

Asimismo, es necesario consagrar a nivel nacional el derecho que tiene todo extranjero privado de libertad a recibir información y asistencia del respectivo consulado, institución que debiera asistir con regularidad al establecimiento penal.

En este mismo sentido, debe asegurarse que quienes hablen un idioma diferente al castellano tengan derecho a acceder a un intérprete calificado y a la traducción, que les permitiría una comunicación fluida con Gendarmería y también con su defensa.

Finalmente, no es menos importante adoptar medidas para potenciar la calidad de la defensa especializada de personas migrantes, ya sea mediante la creación de las unidades de defensa a imputados y condenados migrantes, algo que sucede actualmente sólo en parte de nuestro país, o bien capacitar a los defensores públicos -tanto generales como penitenciarios- respecto de legislación nacional como internacional sobre estas materias, técnicamente complejas.

► Es necesario, por tanto, efectuar coordinaciones con las organizaciones de la sociedad civil que brindan apoyo a personas migrantes, para que también puedan prestar ayuda en diversos trámites a los privados de libertad, convirtiéndose en verdaderas y efectivas redes de apoyo, que por lo general no tienen.

Todas las propuestas anteriores, entre tantas otras, tienen por objeto hacer valer el derecho humano a ser tratado con igual consideración y respeto que un privado de libertad nacional, pues ello es un deber del Estado, que debe garantizar la aplicación del principio de igualdad ante la ley y no discriminación, que también, y sobre todo, debe ser resguardado en el caso de las personas que actualmente se encuentran en prisión preventiva o cumplen una pena privativa de libertad. 93



CRIMINALIDAD Y MIGRACIÓN: UNA RELACIÓN IMAGINARIA DE LA QUE DEBE HACERSE CARGO LA DEFENSA PENAL

► Según los autores, tanto las cifras de migración como de delincuencia desmienten que exista una relación directa entre ambos incrementos, lo que sí ocurre, en cambio, es una sobrerrepresentación de estas personas en el ámbito penal, sobre todo en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, situación que se explica por una diversidad de fenómenos distintos.

► Por **Alejandro Gómez Raby y Rodrigo Lillo Vera**,
abogados Unidad de Defensa Penal Especializada (UDPE),
Defensoría Nacional.

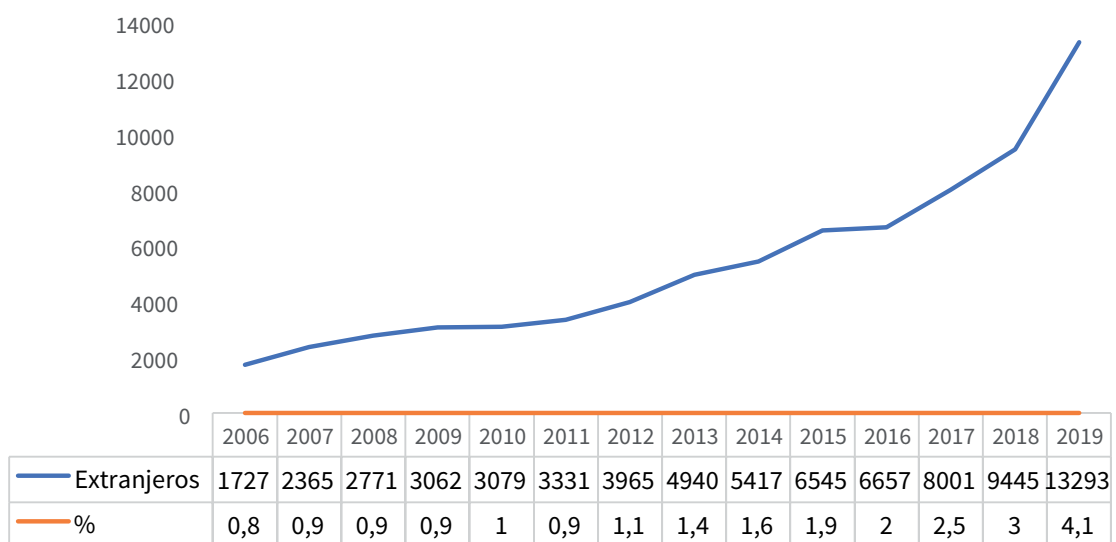


La afirmación de que el aumento de la delincuencia se vincula directamente con los migrantes o extranjeros no tienen asidero en las cifras. A nivel nacional, en 2021 las personas extranjeras representaron solo el 5,6 por ciento del total de causas ingresadas a la Defensoría Penal Pública (17 mil 346 de un total de 310 mil 723), mientras que las extranjeras sumaron un 5,3 por ciento del total de causas de

mujeres (2 mil 942 de un total de 55 mil 402). En otras palabras, el porcentaje es tan bajo que no puede tener una injerencia relevante en los fenómenos criminales ocurridos en el país.

Pero, aunque los porcentajes son muy bajos, la tendencia ha ido al alza, tanto en números absolutos como en porcentajes. Así se puede apreciar en el siguiente cuadro:

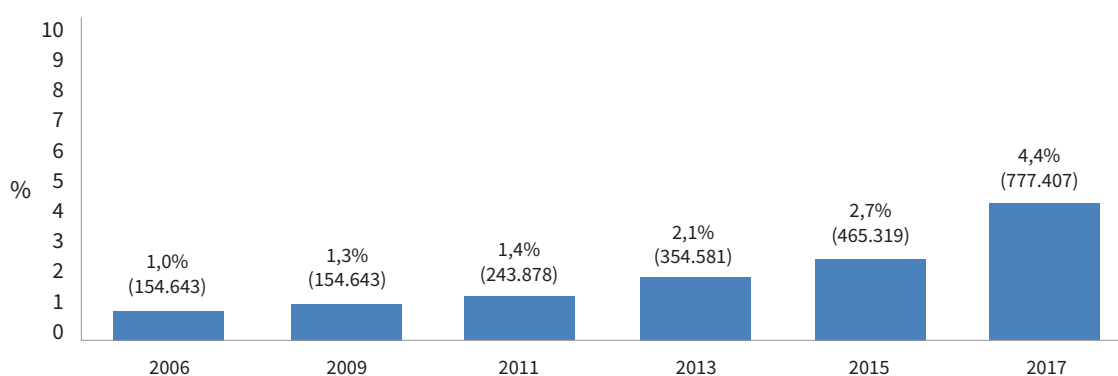
Cuadro N° 1: Extranjeros representados por la Defensoría entre 2006 y 2019.



El aumento de las personas extranjeras defendidas por la institución se explica porque el número total de foráneos que han llegado al país también ha aumentado, incluso en mayor proporción, como lo muestra el cuadro N° 2. Es decir,

hay una sobrerrepresentación de los extranjeros entre el universo de imputados y/o condenados. Dicho de otro modo, los extranjeros que residen en Chile delinquen menos que los chilenos.

Cuadro N° 2: Número y porcentaje de la población nacida fuera de Chile (2006-2017)



* Al 95% de confianza, entre 2017 y 2015 se encuentran diferencias estadísticamente significativas en el porcentaje de personas nacidas fuera de Chile.

Fuente: Ministerio de Desarrollo Social, Encuesta Casen 2006-2007

AUMENTO DE HABITANTES EXTRANJEROS

De acuerdo con la Encuesta CASEN, entre 2006 y 2017 la población nacida fuera de Chile aumentó de 1 a 4,4 por ciento, mientras que los usuarios extranjeros de la Defensoría Penal Pública constituyeron entre 0,8 y 2,5 por ciento del total de las personas defendidas en el mismo periodo. En forma más metodológica, el Centro de Estudios Públicos (CEP) concluyó algo similar en su estudio de 2020, donde sostuvo que:

“Si bien en 2017 los inmigrantes representan el 4,47 por ciento de la población total (Censo), en las bases de la DPP del mismo año los extranjeros representan el 2,36 por ciento del total de imputados y el 2,57 por ciento de los condenados. Las tasas de participación de los extranjeros en delitos en 2017 resultan en factores de representación de 0,53 y 0,57, respectivamente para imputados y condenados”¹.

1 Aninat, Isabel y Vergara Rodrigo (eds.). 2020. Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional. Fondo de Cultura Económica y Centro de Estudios Públicos. Segunda Edición, Santiago de Chile 2020; pp. 43.

También apuntan hacia esa conclusión las cifras de detenidos extranjeros entregadas en mayo pasado por el boletín estadístico de la ‘Mesa interinstitucional de acceso a la justicia para migrantes y extranjeros’². Según ese informe, la cifra osciló entre 14 mil 561 personas en 2016 y 28 mil 91 personas en 2019³.

Es cierto que los no nacionales han aumentado casi en un 100 por ciento en pocos años, pero este aumento debe contrastarse con el aumento de habitantes extranjeros en el país. En efecto, en 2016 no hay datos de extranjeros en el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), pero considerando que en 2015 había más de 400 mil, que en 2017 se estimó un total de 777 mil 407 personas y que en 2019 la cifra de extranjeros llegó a un millón 450 mil 333⁴, la población extranjera avecinada en

2 ‘Mesa interinstitucional de acceso a la justicia para migrantes y extranjeros’. 2022. 5° Boletín Estadístico de la ‘Mesa interinstitucional de acceso a la justicia para migrantes y extranjeros’.

3 No se consideró el 2020 en esta comparación, pues si bien ese año los detenidos extranjeros se duplicaron, la cifra se explica básicamente por la figura penal asociada a las infracciones de las reglas sanitarias (artículo 318 y 318 bis del Código Penal y sus modificaciones a propósito de la emergencia sanitaria mundial).

4 Sitio web del Servicio de Migraciones de Chile <https://serviciomigraciones.cl/estadisticasmigratorias/estimacionesdeextranjeros/>, consultada el 26 de julio de 2022.



el país también aumentó -en el peor de los casos- en un 100 por ciento.

MIGRANTES PRIVADOS DE LIBERTAD

Estos números, en cambio, no guardan proporción con las cifras de extranjeros privados de libertad en cárceles del país. Según Gendarmería, en 2018 la población extranjera en recintos penitenciarios correspondía al 7,1 por ciento del total de la población penal, mientras que los imputados extranjeros constituían en esa época el 3 por ciento (Cuadro N° 1).

En todo caso, la sobrerrepresentación de los extranjeros en las cárceles no es un fenómeno exclusivo de Chile:

“los extranjeros son infinitamente sobrerrepresentados en los sistemas de justicia penal de los países que tienen una gran fuerza laboral migrante y el alarmante crecimiento puede parcialmente ser atribuido a las crecientes medidas punitivas siendo adoptadas contra los ciudadanos extranjeros en muchos países”⁵.

Cuando revisamos los datos de las prisiones preventivas, vemos que en 2021 al 14,04 por ciento de los hombres extranjeros imputados se les impuso esta medida cautelar, mientras que para los imputados chilenos el porcentaje fue de 4,84 por ciento.

Situación similar ocurre en el caso de las mujeres: mientras al 15,1 por ciento de las imputadas extranjeras se les impuso la prisión preventiva, la misma medida se impuso al 8,9 por ciento de las imputadas chilenas.

A modo intuitivo, esta sobrerrepresentación se podría explicar señalando que, como en general los extranjeros cometen más delitos de tráfico (que tiene asignada una pena mayor), es más probable que se les aplique una medida cautelar privativa de libertad. Sin embargo, aunque sólo consideramos los delitos de tráfico de drogas, a las extranjeras se les aplica igualmente en mayor medida la prisión preventiva que a las chilenas, pues del total de mujeres que pasó por esta medida cautelar durante 2021 (612), 232 fueron extranjeras, es decir cerca del 38 por ciento.

⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODOC). 2011. “Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Organización de las Naciones Unidas, N. York 2009; p. 81

► “Cuando revisamos los datos de las prisiones preventivas, vemos que en 2021 al 14,04 por ciento de los hombres extranjeros imputados se les impuso esta medida cautelar, mientras que para los imputados chilenos el porcentaje fue de 4,84 por ciento”.

Si bien “en general el sistema penal usa la prisión preventiva y la condena en mayor medida para los extranjeros cuando se trata de delitos de droga, pero no así para el resto de los delitos. Esto podría deberse tanto a que los delitos de drogas cometidos por extranjeros tengan características distintas a los cometidos por locales (por ejemplo, que sus delitos sean más graves), como a sesgos en el sistema penal”⁶.

La sobrerrepresentación, entonces, obedece a una variedad de factores. Algunos son de carácter legal, como el hecho de que las normas que regulan la privación de libertad nunca fueron pensadas para personas no chilenas o sin residencia en el país y exigen requisitos casi imposibles de cumplir para las y los extranjeros, como el arraigo social y familiar, además de factores extralegales que ayudan a configurar este escenario.

ERRADA PERCEPCIÓN PÚBLICA

Pero también es cierto que existe una percepción común de la ciudadanía, en el sentido que los extranjeros tienen una participación relevante en la criminalidad, especialmente en delitos graves de criminalidad organizada y/o tráfico de drogas⁷, pese a que en realidad “los delitos de tráfico de drogas cometidos por extranjeros han crecido menos que su correspondiente aumento en la población o, en otras palabras, los inmigrantes hoy se involucran proporcionalmente menos en estos delitos que hace algunos años”⁸.

⁶ Aninat, I; Vergara, A.(eds.) 2020; op. cit., p. 60.

⁷ Cfr. Dammert, L. y Sandoval, R. 2019. Crimen, inseguridad y migración: de la percepción a la realidad. En N. Rojas y J. Vicuña (Ed.), Evidencia y mitos de una nueva realidad (p.199-230). Santiago de Chile: LOM Ediciones

⁸ Aninat, I; Vergara, A.(eds.) 2020; op. cit., p. 56.

Esta percepción se ve influida por muchas situaciones, y un papel fundamental le corresponde a los medios de comunicación, que tienen “un rol en la construcción de idearios interpretativos y operan como una caja de resonancia del discurso social, de modo que, por un lado, describe una forma de entender a la migración, pero al mismo tiempo ejerce una influencia en la permanente reconstrucción de la realidad ideal”⁹.

También al Estado le corresponde un rol fundamental en la configuración de un contexto social más receptivo de la migración, lo que permite desarrollar un control social que reduce el crimen y la desorganización¹⁰.

Con todo, si afinamos el análisis en razón de la distribución territorial, el panorama y la perspectiva son diferentes. Como señalan Aninat y Vergara¹¹, en la mayoría de las regiones se mantiene la subrepresentación de los extranjeros en materia de imputaciones y condenas¹², salvo en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. En estas zonas se da, por el contrario, una sobrerrepresentación de 1,6; 1,3 y 1,1 respectivamente (en relación con los imputados). Aquí, la proporción de imputados y/o condenados extranjeros es mayor a la proporción de extranjeros en la población total de estas regiones.

9 Dammert, L. y Sandoval, R. 2019]; op.cit. p. 205.

10 Dammert, L. y Sandoval, R. 2019]; op.cit. p. 214.

11 Aninat, I; Vergara, A.(eds.) 2020; op. cit., p. 49 y ss.

12 Es decir, la tasa de imputados o condenados es la mitad (aproximadamente) de los extranjeros residentes en Chile.

El mismo estudio concluye que la mayoría de esta sobrerrepresentación se debe a la imputación de delitos de tráfico de drogas, aunque respecto de los demás delitos la participación de extranjeros es, también, porcentualmente mayor al de las otras regiones¹³.

EL EFECTO DEL CRIMEN ORGANIZADO

El fenómeno que se ha producido en esta parte del país, seguramente, responde a una figura que se ha diseminado a lo largo de la región y que se vincula con el crimen organizado. Gran parte de los imputados presos corresponde a lo que se ha denominado ‘burreros’ o ‘mulas’, es decir personas que son utilizadas por otras para el traslado de drogas a cambio de un pago, en general, en dinero. En esta actividad, al ‘burrero’ le corresponde apenas una mínima responsabilidad dentro de la actividad criminal, que responde a una diversidad de actores con distintos roles.

Si bien el fenómeno del ‘burrero’ no explica toda la problemática, como explican Aninat y Vergara¹⁴, sí constituye una buena parte de la respuesta. En efecto, el mismo estudio da cuenta de que un 30 por ciento de los condenados por tráfico de drogas son mujeres (porcentaje levemente superior al resto del país¹⁵) y que, de ellas, el 14 por ciento son mujeres

13 Aninat, I; Vergara, A.(eds.) 2020; op. cit., p.50.

14 Aninat, I; Vergara, A.(eds.) 2020; op. cit., p.54.

15 25% en 2021





altiplánicas (sic)¹⁶ provenientes de Bolivia y Perú. El estudio afirma, además, que el 29 por ciento de los condenados son hombres altiplánicos.

Por cierto, en el caso de los ‘burreros’ hay que especificar que más que migrantes, se trata exclusivamente de extranjeros, ya que no tienen plan migratorio. Por otra parte, sus características económicas, sociales y culturales¹⁷, especialmente en el caso de las mujeres, podrían permitir incluso tratarlas como víctimas de trata de personas, reconfigurando el mapa penal.

En fin, estos dos factores, fenómeno criminal de utilización de personas en situación de vulnerabilidad y el sesgo proveniente de la percepción ciudadana, ayudan a explicar el hecho de que en las cárceles chilenas (especialmente en el norte del país) los extranjeros estén sobrerrepresentados.

Pero la consecuencia de esta sobrerrepresentación no es sólo la mayor probabilidad que tiene un extranjero de ser objeto de una prisión preventiva, sino también las malas condiciones en las que ésta se desarrolla.

VULNERABILIDAD Y GARANTÍA ESTATAL

Esto es así, pues en general ocurre que las y los extranjeros privados de libertad se encuentran más aislados que el resto de los reclusos (porque su familia se encuentra en otro país), las barreras idiomáticas (muchas de estas personas son indígenas y hablantes del quechua o aymara) les generan barreras de comunicación y el racismo y la discriminación al interior de los penales¹⁸ se traduce en malos tratos de los funcionarios penitenciarios y de los otros privados de libertad.

Los efectos de este trato, a su vez, se traducen en nulas posibilidades de acceder a reinserción social, escasísimas opciones de obtener beneficios intrapenitenciarios y, también, mayor probabilidad de sufrir violencia al interior de las cárceles.

El Estado debe garantizar los derechos de acceso a la justicia y las condiciones adecuadas de privación de libertad y no discriminación a los extranjeros imputados y/o privados de libertad por un delito, sean muchos o pocos.

¹⁶ Por regla general, son mujeres indígenas.


¹⁷ Cfr. Fernández D., F. 2017. Perfil sociocultural de mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. Documento de trabajo N° 2. Defensoría Penal Pública.

¹⁸ UNODOC. 2011, op. cit., p. 83 y siguientes.

► “El Estado debe garantizar los derechos de acceso a la justicia y las condiciones adecuadas de privación de libertad y no discriminación a los extranjeros imputados y/o privados de libertad por un delito, sean muchos o pocos”.

Las personas extranjeras a quienes se les imputa un delito tienen los mismos derechos que los chilenos en igual situación, pues ni la Constitución ni las leyes distinguen entre chilenos y extranjeros respecto de la garantía de los derechos a la defensa y el debido proceso. Del mismo modo, los tratados internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte garantizan estos derechos a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado, sin distinción entre nacionales y extranjeros.

Como puede advertirse, la defensa penal de personas extranjeras y migrantes presenta desafíos que justifican un tratamiento diferenciado. El proceso penal y la eventual condena de una persona extranjera habitualmente tendrá consecuencias que afectarán su situación o proyecto migratorio. De la misma manera, hay ciertas obligaciones que deben considerarse en los procesos seguidos contra personas extranjeras y migrantes (por ejemplo, el derecho a la asistencia consular o su derecho a un intérprete). Lo anterior, implica conocer la normativa sobre extranjería y migraciones, aquella relativa al refugio, los derechos que se le reconocen a los trabajadores migrantes, etc.

Pero, además de estas consideraciones de carácter jurídico, será necesario hacerse cargo de las características sociales y culturales de la persona extranjera o migrante para poder brindar una atención adecuada como punto de partida para hacer efectivo su derecho a defensa en condiciones de igualdad con las personas nacionales. Tan importante como lo anterior es evitar que los prejuicios que existen respecto de la relación migración-delincuencia se traduzcan en un tratamiento discriminatorio del sistema de justicia penal y/o penitenciario. 

Braulio asumió el riesgo pensando en su familia

LA MIGRACIÓN EN TARAPACÁ: UNA REALIDAD CON VISIÓN HUMANA

► Por **Gabriel B. Carrión Calderón**,
Defensor Regional de Tarapacá.

► En el siguiente artículo, el Defensor Regional de Tarapacá, reflexiona sobre las formas en que el Estado puede abordar un creciente fenómeno migratorio “que está marchando y nos toca enfrentarlo” y se interroga sobre “si estamos prestos y listos para asumir ese desafío”. Su respuesta es negativa...

Conocimos a Braulio cuando fue puesto a disposición de la unidad policial y, como estaba de turno, me tocó entrevistarlo en el ejercicio de la función pública que la ley me encomienda como defensor penal público.

Así empieza el periplo de un ser humano que viene de tierras calientes y llega al frío de la pampa nortina con el objetivo de iniciar la construcción de un futuro mejor para él y su familia. Lo que sucede al tiempo de cruzar la frontera ya fue objeto de un juicio y, hasta el día de hoy, él nos visita en las oficinas de nuestra Defensoría Regional para hacernos saber que está bien, que tiene trabajo y que está construyendo ese futuro por el que caminó tantos kilómetros hasta encontrarse con uno de nosotros como defensor penal público en los calabozos de una comisaría.

El fenómeno migratorio que el mundo ha estado viviendo ha caracterizado desde siempre a la humanidad y ha sido (como lo es ahora) un desafío con varias dimensiones de las que debemos hacernos cargo, sin desconocer que esos procesos son el semillero de civilizaciones, de la trasmisión de ciencia, cultura, prosperidad económica y arte.

Además, sin querer ser muy darwinista en esta afirmación, dichos procesos migratorios han logrado que la especie huma-

na evolucione en todos los sentidos que nos podamos imaginar. La migración, entre otras cosas tanto o más importantes, nos ha mantenido como la especie dominante en este tercer planeta del sistema solar.

Ahora, regresando al presente y a nuestra querida región de Tarapacá, estamos conscientes de la existencia de una larga y desafiante frontera, pero no podemos mantenernos lejanos y absortos presenciando este proceso y sus consecuencias. Ahí, frente a esas consecuencias, debemos necesariamente partir de dos premisas básicas: el proceso está marchando y nos toca enfrentarlo.

Acto seguido, y como Estado, debemos preguntarnos si estamos prestos y listos para asumir ese desafío. Listos y prestos frente a un proceso que ya nos lo habían anunciado (*World Migration Report / OIM*) y que fue materia de discusión y convocatorias a foros internacionales desde fines de 2010.

PERSONAS MIGRANTES Y DELITOS

Las cifras de la última cuenta pública de la Defensoría Regional de Tarapacá dan cuenta de un incremento en el ingreso de causas asociadas a personas migrantes. Claro, esos números -que son públicos y que fueron explicados- muchas veces son utilizados para sustentar una alarma social

que identifica (o al menos pretende hacerlo) a la migración con la inseguridad y el fenómeno criminal. Eso no es efectivo. Está demostrado, con datos objetivos e indubitados, que la vinculación del migrante con la comisión de delitos es residual y se ha mantenido en esos porcentajes.

Así, si existe un incremento en los ingresos de 2020 en comparación con los de 2021, esto se explica por la cantidad de infracciones sanitarias que fueron ingresadas al sistema y que, en definitiva, fueron desestimadas por nuestra Corte Suprema y nuestro Tribunal Constitucional. Eso fue un gran desperdicio de recursos y, además, un uso no apropiado de información para sustentar una hipótesis equívoca.

Fue un movimiento de la máquina burocrática estatal de la persecución penal que, en definitiva, tuvo como resultado la inclusión y vinculación con un proceso penal de personas que nunca antes habían pisado un tribunal o siquiera habían sido detenidas y trasladadas a un cuartel policial. La visión de esta política de persecución penal fue equivocada y poco eficiente (como afirmarían los seguidores de la Escuela de Chicago)

Históricamente, la región de Tarapacá ha sido objeto de diversos procesos migratorios, no solo por su origen histórico y el devenir en la soberanía chilena sino, además, por haberse constituido en un polo de desarrollo económico y social.

PREGUNTAS PARA LA REFLEXIÓN

Entonces, debo hacerme las siguientes preguntas: ¿qué persona de nuestra querida región no tiene un familiar con raíces en nuestros países vecinos? ¿Quién no tiene negocios con personas provenientes de otros países? Y, finalmente, no menos importante, ¿quién no tiene claridad respecto del peso estratégico que los migrantes tienen en los ámbitos económicos, sociales y culturales?

Una visión diversa es aquella con la que debe analizarse el actual proceso migratorio que enfrentamos. Ya no son personas vecinas, con las que compartíamos (como se ha señalado) hasta raíces comunes. Ahora, los ‘nuevos migrantes’ vienen de lugares distantes, sociedades estructuradas de formas diversas a las locales y, finalmente, con historias diferentes a las nuestras.

En esta parte no me refiero únicamente a la migración venezolana o colombiana. En Tarapacá hemos recibido personas de todas partes del mundo (lejano oriente, África, Rusia, Canadá, Europa), con sustratos valóricos diversos a los propios, con visiones y formas diferentes de sentir la vida.

Volviendo a Braulio. Su experiencia es una de tantas que no deben ser invisibilizadas por realidades crudas e impactantes (que son las menos, pero las que más se difunden y socializan por los medios) que hemos enfrentado en los casos de los homicidios por encargo, los secuestros extorsivos y el tráfico en su dimensión organizada.

Esa no es, todavía, nuestra realidad cotidiana, como sucede en aquellos países con los que identificamos aquellas formas de delinquir. Estamos a tiempo para enfrentar y asumir que el Estado y sus instituciones deben dar una respuesta a esas nuevas y crecientes necesidades.

PREGUNTA BÁSICA

La pregunta, frente a la realidad de ‘los Braulios’ que ingresan a Chile, es si estamos en condiciones de comprender que el fenómeno migratorio ha evolucionado, pero que mantiene ese sustrato básico y de origen que involucra a grupos humanos vulnerables de los que debemos hacernos cargo en toda su dimensión.

Humilde y realísticamente debo responder que no. No, porque hemos preferido seguir el camino de la capitalización política del fenómeno, dejando de lado la visión humana con la que debemos asumir la realidad. Y con esta afirmación de manera alguno pretendo desconocer la gravedad de lo que está ocurriendo en relación con los ilícitos penales de mayor connotación pública.

Tampoco pretendo desconocer las peticiones de los órganos del sistema de persecución penal por más fondos, a efectos de poder enfrentar la recarga y especialización en el trabajo. No, no es esa mi visión.

Mi visión se expresa más bien con el uso de los criterios de “responsabilización” y “eficiencia” postulados por la ex Canciller de Alemania, Ángela Merkel, cuando le correspondió enfrentar procesos migratorios críticos fruto de las crisis en los países musulmanes y africanos.

VISIÓN HUMANA Y REALISTA

Esos criterios no sólo imponen el deber de resguardo y control, que son evidentes y necesarios, sino que además los conjugan con la necesidad de una visión humana y realista para enfrentar el fenómeno, asumiendo una realidad de la que no podemos hacer ojos ciegos.

► “La pregunta, frente a la realidad de ‘los Braulios’ que ingresan a Chile, es si estamos en condiciones de comprender que el fenómeno migratorio ha evolucionado, pero que mantiene ese sustrato básico y de origen que involucra a grupos humanos vulnerables de los que debemos hacernos cargo en toda su dimensión”.

El resultado de ese orden, proactividad y eficiencia no fue percibido en los primeros meses de la crisis. Sin embargo, con el andar de los meses y ahora años, Alemania y los alemanes no pueden sino aceptar que ese proceso asumido por el Estado fue ordenado y está dando sus frutos, no sólo desde la perspectiva de la integración, sino además desde la visión de la seguridad.

Evidentemente, no tenemos los recursos ni menos las capacidades de orden y trabajo que podemos apreciar en un país del primer mundo. Sin embargo, tenemos personas interesadas, quisiera pensar que voluntad política y, lo que es más importante, imaginación efectiva y oportuna para subsanar falencias y poder enfrentar este desafío.

Migrar no es un delito. Hoy se habla respecto de la migración bajo el prisma de un derecho. Puedo afirmar que mi convicción no ha llegado a este último extremo. Sigo siendo partidario de la soberana y autónoma decisión que un Estado detenta para permitir o no el ingreso de una persona a sus territorios. Así debe ser.

Aquello no implica y menos anula que, asumida la realidad de un ingreso importante (en números y tiempos) de personas migrantes en un contexto de situaciones irregulares, no se deba trabajar en su ‘regularización’. Aún más, se exacerbaba la necesidad del Estado receptor para procurar lograr una certeza respecto de quién ingresó, aludiendo al concepto de identificación y registro. Lo que hoy se denomina administración de los procesos de migración responsable. Todo, desde la visión del Estado receptor.

LA NECESIDAD DE IDENTIFICAR

Este desafío, que emerge con la necesidad de identificar, no es simple y menos aún inocuo, asumiendo que los sistemas proveídos por el Estado para satisfacer necesidades y derechos básicos funcionan sobre la base de un mínimo de información sobre el usuario.

Junto con aquello, desarrollando dicha política, reducimos las posibilidades de la intervención de distractores o interventores, quienes tienen fines no legítimos que finalmente se traducen en la ejecución de acciones criminales que nos impactan y sorprenden.

La identificación oportuna y correcta de las personas que ingresan a nuestro territorio nacional es un deber que, si es incumplido, puede inclusive hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional a la luz de todos los tratados y acuerdos internacionales que, habiendo sido ratificados por Chile y estando vigentes, pesan sobre nuestras decisiones como autoridad.

Invoco y señalo en esta parte las decisiones adoptadas y ejecutadas por los Estados que enfrentaron procesos migratorios muy parecidos al que vive nuestro país por estos días. Dichas soluciones se materializaron en procesos de registro e identificación expeditos, con plazos acotados de situación regular, para luego derivar en información que se transformó en herramienta útil de gestión de necesidades y riesgos.

Hablo y me refiero a las realidades colombianas y canadienses. Las dos con sus particularidades y localización histórica, siempre sin perjuicio de una necesaria consideración y eventual aplicación ajustada a nuestra realidad y cronología histórica.

Braulio puede ser calificado de delincuente, víctima, incauto o vulnerable, entre muchas otras maneras. Pero en el fondo no podemos dejar de afirmar que él es un ser humano, que las reglas del debido proceso deben aplicársele de igual forma que a todos nosotros y que una vez cumplida su pena, tiene el derecho a construir o seguir estructurando un proyecto migratorio acorde con sus sueños y naturales expectativas y sueños.

Él hoy trabaja y es un activo actor de la vida vecinal de la ciudad donde sentó raíces y no ha vuelto a incurrir en actos reñidos con la ley. Y, por fin, está en proceso de eliminación de sus antecedentes penales. 93

Distintos fallos de los tribunales superiores pueden orientar la compleja actividad de defensa

DEFENSA PENAL DE MIGRANTES: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ÚTILES

► En este texto, el Defensor Regional de Antofagasta revisa en detalle diversos fallos jurisprudenciales de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema respecto de tres aspectos en casos que involucran a personas migrantes: la necesidad de traductor, la prisión preventiva de personas migrantes por peligro de fuga y criterios sobre la expulsión de personas extranjeras con condena penal.

► Por **Ignacio Barrientos Pardo**,
Defensor Regional de Antofagasta.

La defensa penal de personas migrantes es una tarea difícil. Si bien la proporción de extranjeros vinculados al fenómeno delictivo es escasa desde la mirada estadística¹, la ocurrencia de ilícitos protagonizados por ellos genera reprobación en la opinión pública y una rápida generalización, alimentada por la fácil y populista vinculación entre criminalidad y migración².

En este ámbito, el estudio de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia puede ayudar a orientar la compleja actividad de defensa, especialmente la recursiva, y ese es el propósito de este breve texto.

Considerando que son muchos los aspectos que es posible abordar, me concentraré solo en tres. En primer lugar, me ocuparé de un aspecto importante en los primeros momentos del procedimiento: la necesidad de traductor. En segundo lugar,

reseñaré un fallo relativo a la prisión preventiva de personas migrantes irregulares por la causal de peligro de fuga. Y en último término me referiré muy escuetamente a sentencias que fijan criterios sobre la expulsión de extranjeros como consecuencia de una condena penal.

LA NECESIDAD DE TRADUCTOR

Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen el derecho de todo inculcado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal. Lo mismo sucede en el Código Procesal Penal.

Por ello, resulta al menos sorprendente que algunos tribunales no se tomen en serio este mandato y obliguen a la Corte Suprema a pronunciarse expresamente sobre esta materia.

En el Rol 5155-21, de 21 enero de 2021, ese tribunal señaló en un caso en que se realizó una audiencia de control de detención y formalización de un ciudadano haitiano, que no hablaba castellano, sin la comparecencia de un traductor, que las normas existentes “[...] tienen por objetivo que el imputado pueda ejercer su derecho a defensa adecuadamente, para lo

¹ En la actualidad se estima que hay en nuestro país más de un millón 500 mil residentes extranjeros. En 2021, 17 mil 346 personas extranjeras fueron ingresadas nivel nacional como usuarios de la Defensoría Penal Pública, lo que representó sólo el 1,6 por ciento del total de residentes no nacionales.

² Para una visión objetiva y estadísticamente fundada sobre el tema, ver: BLANCO, Nicolás; COX, Loreto y VEGA, Valeria. Capítulo I. Inmigración y delincuencia: un problema acotado, en: ANINAT, Isabel y VERGARA, Rodrigo, editores, *Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional*, Santiago de Chile, 2ª Edición, FCE-CEP, 2020, pp.35-61.

cual resulta imprescindible no solo que comprenda los aspectos más relevantes para los cuales está destinada la audiencia de control de detención y formalización de la investigación, sino un cabal entendimiento de la misma, así como que pueda hacer uso de la palabra, manifestando lo que estime pertinente, en las oportunidades que la ley ha establecido”.

Esta sentencia del máximo tribunal dejó patente que este tipo de situaciones aún ocurren, incluso después de 20 años de funcionamiento del sistema procesal instaurado por el código del ramo, y que no obstante la claridad del mandato, no existe acuerdo interinstitucional sobre en quién radica concretamente su cumplimiento. Esto obliga a estar siempre alerta para evitar los perjuicios que su omisión acarrea y cautelar que este mandato sea cumplido también por los cuerpos policiales.

PRISIÓN PREVENTIVA POR PELIGRO DE FUGA

Siendo la más intensa de las medidas cautelares, la prisión preventiva se usa con mayor frecuencia que la necesaria. Su uso desproporcionado es un reproche constante al sistema procesal penal, que se agrava notoriamente cuando esta medida se analiza a la luz de la nacionalidad del imputado.

Por ello es tan importante que la Corte Suprema, en un fallo reciente, haya insistido en que el principio de proporcionalidad implica también que las medidas cautelares personales se adopten teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento y la gravedad del hecho que se investiga. En el Rol 18547-2022, de 3 de junio de 2022, la Corte Suprema emitió una sentencia subrayando el subprincipio de necesidad de la intervención en una causa por el delito de desórdenes públicos del art. 268 *septies*, inciso 1°, del Código Penal.

En este caso, la pena que arriesgan los cinco imputados, en ese momento presos, es de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días), por lo que la Corte destacó que considerando que se hallaban en prisión preventiva desde el 14 de abril, prácticamente cumplirían la pena mínima probable bajo esa medida cautelar.

Lo más relevante del fallo es que la Corte afirma que la situación migratoria irregular de los imputados no puede implicar, sin más, negarles el acceso a una medida cautelar de menor intensidad que la prisión preventiva.

En efecto, el máximo tribunal señaló, por un lado, que el no contar con un lugar de residencia determinado en el país no obsta a que los imputados puedan ser sometidos a una o más

de las medidas cautelares del art. 155 del CPP; y, por otro, que la fijación de una caución de 200 mil pesos respecto de inmigrantes indocumentados implica que su privación de libertad, ante la no variación de su vulnerabilidad social, tendría como única causa su precaria situación económica y no la necesidad procesal de asegurar su comparecencia a los futuros actos del juicio o a la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

EXPULSIÓN DEL PAÍS

La normativa legal prevé que una condena en una causa penal acarrea consecuencias migratorias para el afectado. La imposición de una pena faculta a la autoridad administrativa a aplicar a un extranjero la máxima sanción en el ámbito migratorio: la expulsión del país³.

Una observación panorámica de la actuación jurisdiccional permite afirmar que, en los últimos diez años, se ha venido acumulando una gran cantidad de sentencias que habilitan a sostener que existe un cuerpo jurisprudencial referido a la situación de las personas migrantes condenadas.

Por ejemplo, la Corte Suprema y varias cortes de apelaciones han reiterado que no puede estimarse procedente la expulsión administrativa basada en un hecho que no ha sido materia de juzgamiento y condena. En Rol 25346-2014, la Corte Suprema expresó que “[...] la existencia de un proceso penal en el cual se dispuso la suspensión condicional del procedimiento, tampoco fortalece los fundamentos de lo decidido, por cuanto omite considerar que la imputación que se invoca no ha sido materia de una sentencia definitiva que establezca con certeza su ocurrencia y el grado de participación del amparado”⁴.

Otro aspecto que ha sido materia de análisis es lo relativo a la invocación por la autoridad administrativa de la gravedad de los hechos imputados como único fundamento de la sanción de expulsión. En esto, la Corte Suprema en Rol 17132-2014 fue clara al sostener que la sola gravedad de los hechos no puede servir como motivo que derive en la expulsión, sin considerar otros factores como el arraigo familiar y laboral, ya que aquella está reflejada en la pena impuesta en la sentencia firme que sirve de fundamento al decreto de expulsión cuestionado⁵.

Otra razón para estimar la improcedencia de la expulsión es la eliminación de la condena de los registros oficiales. En el

3 Artículos 127 y 128 de la Ley N° 21.325 en relación con el art. 32 de la misma ley.

4 Ver también: SCS Roles 16664-15; 125448-20; 125551-20; 127164-20; 135476-20; 143802-20; 17250-21; 41377-21.

5 Lo mismo afirmó la CS en Roles 2309-15 y 41197-16.

Rol 16664-2015, la Corte Suprema cuestionó la expulsión al tratarse de un caso en que la persona había obtenido la eliminación de sus antecedentes penales en su país de origen, aseverando que por esa circunstancia no se podía emplear dicho antecedente como fundamento de la expulsión.

La Corte usó como argumento normativo el Decreto Ley N° 409, de 1932, que contempla en nuestro país la eliminación total y definitiva del prontuario penal, señalando que no puede esgrimirse dicha condena por la autoridad como fundamento de la expulsión de la amparada del territorio nacional. La mención a este decreto da cuenta de la factibilidad de usar este fallo para un caso de eliminación de antecedentes por una condena en Chile⁶.

Una razón adicional para acoger recursos de amparo en casos de condenas penales que derivan en expulsiones administrativas es el transcurso del tiempo desde la emisión de la sentencia condenatoria. Es así como en el Rol 24188-2014, la Corte Suprema acogió un amparo constitucional en el caso de un extranjero condenado hacía más de 10 años y cuya expulsión no se había ejecutado oportunamente.

ANTIGÜEDAD DE LA CONDENA

En otros fallos la Corte ha reiterado la línea jurisprudencial de que la antigüedad de la condena obsta a la deportación⁷. Merece especial mención la aplicación de la doctrina del decaimiento del acto administrativo cuando se ha producido la inejecución de la medida expulsiva tras un largo tiempo desde su emisión, línea jurisprudencial que se puede rastrear en el fallo Rol 1244-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago⁸.

Finalmente, en varias sentencias que acogen recursos de amparo en favor extranjeros condenados la Corte Suprema sostiene como argumento la actitud procesal de los mismos durante el proceso, el cumplimiento satisfactorio de la pena sustitutiva y la inexistencia de otros antecedentes penales. En el Rol 50010-2016 sostuvo, sobre los aspectos indicados, que el condenado reconoció su participación, permitiendo la activación de un procedimiento abreviado y constando, además, que ha dado cumplimiento satisfactorio a la pena


sustitutiva, sin que se haya invocado su participación en otro hecho delictivo⁹.

En todo caso, es posible afirmar que la Corte Suprema ha asentado otros criterios que se pueden considerar estables -más allá de alguna excepción- y que deben servir de “contundentes argumentos de refuerzo”, que a menudo se encuentran en fallos de las cortes y que no pueden faltar en la elaboración de una acción de amparo.

Me refiero especialmente a la protección de la familia y el interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA) que se emplean en muchos fallos como fundamento *ad abundantiam* o complementarios desde hace más de una década¹⁰. Otro criterio de estos tipos es el que apela al principio de proporcionalidad, que obliga a considerar la entidad y gravedad de infracción¹¹.

Asimismo, la exigencia a la autoridad administrativa de dar estricto cumplimiento al deber de fundamentación de la medida expulsiva y al debido proceso administrativo son otros criterios que se han reiterado¹².

A modo de conclusión, debo afirmar que, en mi opinión, la jurisprudencia dictada respecto de la expulsión administrativa puede ser de mucha utilidad para aquellos casos en que se decreta la expulsión judicial¹³, pues los criterios a observar por los tribunales deben ser los mismos a los que está obligada a respetar la autoridad migratoria. Lo anterior es especialmente cierto al leer los artículos 129 de la Ley N° 21.325 y 34 de la Ley N° 18.216.

Por último, si bien los fallos que se consideran son, en su mayoría, previos a la entrada en vigencia de la nueva normativa, sus fundamentos son perfectamente aplicables en la actualidad, como lo ha confirmado la actividad jurisdiccional observada hasta el momento. 

9 Consultar en el mismo sentido: SCS Roles 33257-16; 33257-16; 49674-16; 40894-21. En el voto disidente en SCS Rol 17446-16 se consideró como antecedentes para estimar desproporcionada la expulsión del país, el cumplimiento de la pena sustitutiva de libertad vigilada y el arraigo laboral y familiar.

10 Para observar la estabilidad de este criterio, ver SCS: Roles 3867-10; 7018-12; 66-13; 4416-13; 6366-13; 6649-13; 6650-13; 17132-14; 23480-14; 25346-14; 9591-15; 37574-15; 2309-15; 3694-15; 6964-15; 12356-15; 22186-16; 50010-16; 33257-16; 16034-16; 37229-17; 30397-21; 34397-21.

11 Consultar los siguientes fallos: SCS Roles 66-13; 6649-13; 6650-13; 17132-14; 3073-15; 3694-15; 99366-20; 99366-20; 42825-21.

12 Ver: SCS Roles 3867-10; 2314-13; 15536-15; 36580-15; 95073-20; 30214-21; 30094-21; 35604-21; 36653-21.

13 Por razones de espacio no he podido referirme a la jurisprudencia sobre la expulsión judicial.

6 Ver también: SCS Roles 21928-17 y 63209-21; CA de Antofagasta Rol 176-2020, confirmada por Rol CS 112450-20.

7 Igualmente se puede consultar: CA Temuco Rol 1370-15, confirmada por CS Rol 814-16; SCS Roles 9317-17; 16754-17; 19208-17; 39484-20; CA Copiapó Rol 1-21, confirmada por CS Rol 4387-21; CA Antofagasta Rol 226-2022.

8 Para consultar sobre el decaimiento administrativo, ver: SCS Rol 1017-13; Rol 4241-13; Rol 4065-2015; Rol 11522-15; 50026-16; 39486-17.



Inés Flores Huanca, facilitadora intercultural de la Defensoría Regional de Arica y Parinacota:

“LA DEFENSA PÚBLICA COMPRENDE QUE LOS IMPUTADOS PERTENECEN A GRUPOS CULTURALMENTE DIFERENCIADOS Y MUCHAS VECES INVISIBILIZADOS”

► Dada su gran experiencia como mediadora entre imputados indígenas y/o migrantes, sus familias y las y los defensores públicos, esta profesora de educación general básica intercultural bilingüe explica con propiedad no sólo su rol en la Defensoría, sino la compleja realidad que viven las personas indígenas que migran por los territorios de la triple frontera que comparten Chile, Bolivia y Perú. “Para lograr un mayor y verdadero acceso a la justicia deben considerarse sus características diferenciadoras”, explica.

► Por **Marcelo Padilla Villarroel**, periodista Defensoría Nacional.

Inés Flores Huanca es un emblema de la Defensoría Penal Pública. Desde su rol como una de las primeras facilitadoras interculturales de la institución -en su caso en la región de Arica y Parinacota-, esta profesora de educación general básica intercultural bilingüe -nacida en el pueblo de Ancolacane, comuna de General Lagos, en el altiplano de Arica y Parinacota- conoce perfectamente bien no sólo la geografía de esos áridos territorios, sino también el calor de su gente, con sus diferencias y similitudes.

Precisamente a propósito de su histórico y arduo trabajo -que lentamente ha logrado ir destrabando cerrojos y abriendo puertas a la comprensión de las diferencias culturales de las comunidades andinas y altiplánicas de la zona-, ella es una de las doce funcionarias de la institución que integran la ‘Red de mujeres líderes del Estado’, que impulsan el Servicio Civil y el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género.

En esta entrevista opina sobre migración, vulnerabilidad social, pertinencia cultural y abordaje interseccional de derechos, entre muchos otros temas, y tiene claro que los prejuicios o temores que generan conceptos como ‘intercul-

turalidad’ o ‘multiculturalidad’ son “infundados”, porque se basan “en prejuicios instalados mediáticamente”.

¿Cuáles serían los principales elementos que caracterizan su trabajo como facilitadora intercultural y cuál es su importancia?

-Las y los facilitadores somos mediadores entre los imputados, sus familias y los defensores públicos. Somos la cara visible que otorga ‘confianza’, que genera comunicación efectiva y afectiva entre las imputadas e imputados y sus respectivos defensores públicos. Junto con generar el necesario lazo de confianza abogado-usuario, ello permite una mayor y mejor comprensión de aspectos culturales relevantes, que serán puestos en conocimiento de los tribunales y demás intervinientes, en resguardo de los derechos de nuestros defendidos.

Además, siempre ha sido nuestro propósito sumar el apoyo de las familias, pues las incluye en el conocimiento de procesos judiciales complejos, lo que les permite estar informados sobre la etapa en que se encuentra su familiar. Esto es relevante, pues la defensa pública comprende que los imputados pertenecen a grupos culturalmente diferenciados



► “Las y los facilitadores somos mediadores entre los imputados, sus familias y los defensores públicos. Somos la cara visible que otorga ‘confianza’, que genera comunicación efectiva y afectiva entre las imputadas e imputados y sus respectivos defensores públicos”.

-y muchas veces invisibilizados-, que desconocen el proceso penal y que, por tanto, no saben a dónde acudir. Y es en esos momentos importantes, llenos de incertidumbre de las familias, cuando nos encuentran a nosotros.

Sumado a lo anterior, la relevancia de nuestra labor está dada por nuestras competencias profesionales y nuestro conocimiento del territorio, que nos permiten dialogar en la diversidad, característica imprescindible en una región históricamente multicultural, diversa e indígena como Arica y Parinacota.

-¿Cuál es la realidad de las personas indígenas y migrantes que enfrentan al sistema penal chileno como imputadas en el norte del país?

-Son personas que vienen de comunidades indígenas o que poseen vínculos comunitarios a través de sus padres o sus familias extendidas. Gran parte de ellos cuenta con educación escasa o incompleta, lo que repercute directa e indirectamente en la obtención de empleos temporales, frágiles, que no perduran en el tiempo. Lo anterior les afecta, pues además no tienen las herramientas necesarias para una inclusión social

más amplia y para poder crear redes asociativas más allá de su entorno familiar o comunitario.

Geográficamente, las personas que integran estas comunidades se encuentran distribuidas en tres países limítrofes -Chile, Bolivia y Perú- y es por ello que las prácticas culturales se repiten en estos países con algunas diferencias. Por lo general, son grupos vulnerables, por lo que las medidas tomadas por los respectivos gobiernos los afectan directamente.

Es lo que pasó con el Covid-19, que afectó a poblaciones autóctonas cuyo principal rasgo cultural es la movilidad y que en estas regiones es un elemento sustantivo de crecimiento económico y de práctica cultural.

Respecto de los migrantes externos a estos territorios, coinciden en algunos aspectos con la población indígena: pobreza, exclusión social, discriminación y marginalidad. Pero también se debe mencionar que algunos de ellos representan un riesgo constante al orden riguroso de las comunidades indígenas, pues quebrantan las leyes y normas establecidas en nuestro país.



La mayoría pertenece a los pueblos quechua y aymara, pero actualmente, además, producto de los procesos migratorios que se están produciendo desde otros países hacia Chile (Colombia y Venezuela, entre otros), como Defensoría enfrentamos nuevos casos de indígenas que por primera vez emigran a nuestro país, como es el caso de los wayús o guajiros, lo que ha significado un desafío para abordar la defensa de nuevos pueblos, con sus propios componentes culturales a considerar.

-¿Cuál es el aporte de una defensa pública especializada en este grupo de personas y cuál es el rol que le cabe al facilitador intercultural en este contexto?

-Cada vez que me entrevisto con familias o imputados se asombran por el trabajo de la defensa pública indígena y valoran significativamente nuestro trabajo. Se aprecia en las charlas de difusión -donde nos despiden con aplausos-, cuando nos envían felicitaciones o quieren dejar algún regalo, en el marco de sus prácticas culturales.

Somos un equipo de trabajo con mucho compromiso y dedicación. De forma constante estamos innovando, preparándonos para escenarios futuros. Ello nos permite adecuar nuestros procesos de manera pertinente, tal como se evidenció durante la pandemia. Familias que no podían venir o imputados que no tenían visitas o comunicación con sus familias encontraron información de visitas al Centro de Detención Preventiva (CDP), medidas de confinamiento, gestión digital para la obtención de antecedentes penales y, principalmente, el estado de las causas transmitidas por vía remota.

Además, nuestra institución ya había iniciado un cambio relevante desde los procesos tradicionales a los digitales, lo que contribuyó de forma significativa a la comunicación y defensa de nuestros representados indígenas. Somos una institución moderna y, además, nos especializamos con anterioridad, para tener una lectura diferenciada de las poblaciones nativas de esta región. Para nosotros representa una oportunidad de diálogo en la diferencia.

-¿Recuerda casos emblemáticos en este ámbito en los que le haya tocado intervenir?

-Ciertamente, hay varios. Desde el emblemático de G.B.B. hasta el caso de E.C.F., donde logramos demostrar la inocencia de la imputada, precisamente porque presentaba concepciones de género indígena, relaciones desiguales, vulneración, pobreza y escasa educación de una mujer joven e indígena.

Pero cada vez que intervengo en causas en que una mujer indígena es acusada en el marco de sus prácticas culturales, tiene una mayor connotación para mí. Siento que cumplo y extendiendo el compromiso con la justicia que inició mi abuelo (como autoridad originaria en la comuna de General Lagos) y, sumado a ello, con mi formación como facilitadora intercultural apoyo y contribuyo a equilibrar esa balanza en la dirección de lograr justicia en una sociedad que aún está inserta en principios occidentales, donde lo diferente todavía es difícil de comprender.

Además, es muy necesario reconocer que existen causas donde la reciprocidad o el *ayni* pueden verse distorsionadas por pares indígenas que lo usan para fines ilícitos. Estos casos son tan importantes como los otros y precisan ser mencionados para impedir que las malas prácticas se expandan y, para ello, se requiere esa mirada diferenciadora y alerta que la Defensoría me permite ejercer.

-¿Cuáles serían los avances pendientes y más urgentes como para que el sistema de justicia penal recoja adecuadamente las necesidades de estas personas?

-Los imputados indígenas tienen un alto compromiso con la reinserción social y comunitaria. La justicia indígena valora la capacidad de la persona de recomponer la relación con sus pares, en el marco del perdón, de pagar los daños y perjuicios y de mostrar con nuestras conductas la reflexión y el cambio que amerita nuestro actuar en la comunidad.

Dichos aspectos son relevantes de considerar en los CDP desde la cultura. Cuando tenemos imputados de comunidades, ellos no van a retornar a ciudades. Regresan a sus estancias, cantones o centros poblados. Es ahí, donde se inicia un proceso de reflexión y la toma de conciencia de lo obrado, para luego aportar a su propia comunidad.

Un ejemplo de ello son las multas y los trabajos comunitarios, la valoración que tiene arreglar o pintar la sede de la comunidad, ayudar en la reparación de la iglesia o en otras actividades propias de las comunidades. Estas conductas tienen un



valor muy importante desde el colectivo y reparan el prestigio del imputado, todos aspectos que hoy las sentencias derivan al ámbito urbano, situación muy lejana al deber ser de la cultura de las comunidades indígenas.

Por otro lado, nos hacemos cargo de la brecha digital que presentan muchos imputados e imputadas indígenas y sus familias. Ello requiere material digital pertinente, del que hoy no disponemos, de tal forma que lleguemos a los lugares más apartados.

Pero como Defensoría y desde su propia cultura, buscamos transmitir en lenguaje sencillo diversas situaciones que los aquejan. Además, es nuestra intención incorporar la lengua nativa de las poblaciones mayoritarias de esta región nortina, a través de todas las formas que las nuevas tecnologías nos permitan. Estamos trabajando en ello. Pasamos de las cartillas informativas a los videos que podemos reproducir en las plataformas de redes sociales de forma creativa e innovadora.

-A propósito del proceso constituyente, se observa mucho temor ante los conceptos de multiculturalidad o interculturalidad... ¿Cómo podría explicarlo usted, a partir del trabajo que desarrolla cotidianamente con personas indígenas extranjeras o migrantes?

-Es un temor infundado, basado en prejuicios que se han instalado mediáticamente. Si usted viaja a España, verá que los servicios incorporan la 'interculturalidad' como principio de relación, trato y atención a grupos culturalmente diferenciados. Recordemos que allá coexisten gallegos, catalanes y otros. Y si sumas a la población migrante, se forma una sociedad multicultural.

En ese marco, es preciso abordar esas diferencias y proponer estrategias diferenciadoras para el bienestar del colectivo. Eso es modernidad. La Defensoría es una institución moderna, comprometida e innovadora, que toma estos desafíos desde una mirada técnica y profesional. Es por lo anterior que nuestro trabajo intercultural de más de 20 años ha rendido sus frutos y la aceptación de esta idea.

-¿Existen ejemplos de otros países en que estos temas hayan avanzado más y por qué?


-Sin duda. Experiencias de Europa y Latinoamérica van encaminadas en esa dirección. Las personas portamos nuestra

cultura, costumbres e idiosincrasia a los lugares que emigramos. Lo anterior es abordado desde las políticas públicas, aspecto que debiéramos incorporar a la brevedad, pues permitiría una convivencia más armónica, basada en la tolerancia, la diversidad y el encuentro.

-Por último, y a propósito de su experiencia en este tema, ¿cómo observa usted al sistema penal chileno? ¿Qué cambios le haría para responder mejor a la necesidad de justicia de las personas?

-El sistema penal es integrador. Trata a todas y todos bajo una idea de igualdad. Eso es correcto, pero no puede dejar de considerar las diferencias que tenemos como personas, las características propias y los derechos que se encuentran vinculados a ellas.

Actualmente, para lograr un mayor y verdadero acceso a la justicia deben considerarse estas características diferenciadoras, reconocer a los diversos grupos vulnerables que existen en la sociedad y que merecen nuestra preocupación y dedicación, tal y como lo ordenan nuestra legislación interna e internacional en el caso de personas migrantes, indígenas o con temas de género o discapacidad.

En este desafío no puede sostenerse una posición unitaria en resguardo de los grupos vulnerables, sino que deben ser abordados interseccionalmente. Muy habitualmente encontramos personas que reúnen más de una de estas características particulares y deben ser abordadas de esta forma para lograr realmente cambios en las personas. 



► “Cuando revisamos los datos de prisión preventiva, vemos que en el mismo periodo le fue impuesta al 15,1 por ciento de las mujeres extranjeras, y sólo al 8,9 por ciento de las chilenas. En otras palabras, las extranjeras están sobrerrepresentadas en las cárceles chilenas, lo que se debe a una gran cantidad de factores”.





Las cifras demuestran que el sistema penal las castiga más duramente que a las chilenas

¿REALMENTE CONOCEMOS E INCORPORAMOS EN NUESTRAS ALEGACIONES LAS VIOLENCIAS QUE SUFREN LAS EXTRANJERAS IMPUTADAS EN CHILE?

► Por **Claudia Castelletti Font**,
Abogada y encargada de género
Defensoría Penal Pública.

La violencia de género contra la mujer es la contracara de la discriminación y la desigualdad. De hecho, este tipo de violencia es uno de los mecanismos por los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer respecto del hombre y se mantienen roles y papeles estereotipados¹.

Y también por ello es que los instrumentos regionales de derechos humanos obligan a los estados a considerar que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación².

A mayor discriminación, mayor violencia. Y como la interseccionalidad es relevante para este análisis, la misma Convención de Belém do Pará nos recuerda -en su artículo 9- que se deben considerar las situaciones especiales de vulnerabilidad de algunas mujeres, como las migrantes, refugiadas o desplazadas, para los efectos de preparar políticas.

1 Comité *Cedaw*, Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, 2017, párr. 10.

2 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o “Convención de Belém Do Pará”, Art. 6.

Como el sistema penal puede generar discriminaciones y violencias contra las mujeres imputadas, por ejemplo al privarlas de libertad arbitrariamente³, en malas condiciones sanitarias o no considerando su encarcelamiento como última opción y por el periodo más corto posible⁴, la pregunta que surge es si respecto de las imputadas extranjeras se multiplica -o no- la discriminación y la violencia en nuestro país.

Y para ello revisaremos algunos datos. En 2021 las personas extranjeras representaron el 5,6 por ciento del total de ingresos de causas en la Defensoría (17 mil 346 de un total de 310 mil 723), mientras que las mujeres extranjeras sumaron el 5,3 por ciento del total de ingresos de causas de mujeres (2 mil 942 de un total de 55 mil 402).

La proporción entre hombres y mujeres extranjeros/as es casi idéntica que entre hombres y mujeres chilenos/as (83 por ciento versus 17 por ciento), cuestión que sólo demuestra lo que ya hemos dicho en otro lugar⁵: que los delitos se cometen en un orden social y de género preexistente, que determina

3 Comité *Cedaw*, Recomendaciones generales 19, párr. 6 y 35, párrs. 14 y 29.

4 Comité *Cedaw*, Recomendación general 33, párr. 51.

5 Castelletti Font, Claudia, “Las invisibles: mujeres imputadas en el sistema penal”, en *Derecho y Feminismos*, Santiago, Editorial: Rubicón, 2022, pp. 111 y ss.

la frecuencia y el tipo de delitos que se cometen, como también la forma en que se persiguen por quienes operan en el sistema.

Sin embargo, cuando revisamos los datos de prisión preventiva, vemos que en el mismo periodo le fue impuesta al 15,1 por ciento de las mujeres extranjeras, y sólo al 8,9 por ciento de las chilenas. En otras palabras, las extranjeras están sobre-representadas en las cárceles chilenas, lo que se debe a una gran cantidad de factores.

El primero es que el Código Procesal Penal (CPP) y las reglas que regulan la privación de libertad nunca fueron pensadas para personas no-chilenas o sin residencia en el país y exigen requisitos casi imposibles de cumplir para extranjeras y extranjeros, si se interpretan desde una visión tradicional no igualitaria.

Por ejemplo, en las discusiones sobre la necesidad de cautela referida al “peligro de fuga” suelen encontrarse argumentos basados en que, por tratarse de una persona extranjera, necesariamente va a querer huir del país y no presentarse al juicio, lo que no sólo constituye una alteración de la carga de la prueba, sino también demuestra que ni siquiera se distingue entre quienes tienen un vínculo con Chile y un plan migratorio acá y que, por tanto, no quieren salir del país.

Por otro lado, tampoco hay mucho esfuerzo para argumentar con criterios de igualdad en el arraigo⁶, como si dotar de contenido a este concepto fuera idéntico cuando hablamos de personas extranjeras que no tienen familia ni relaciones sociales en Chile respecto de quienes sí lo tienen.

Algunos dicen que el exceso de prisiones preventivas se debe al tipo de delito que se les imputa y a la pena probable que arriesgan, cuestión que tampoco es efectiva, por cuanto incluso en los delitos de tráfico de drogas a las extranjeras se les aplicó en mayor medida la prisión preventiva que a las chilenas, pues del total de mujeres que pasó por esta medida cautelar durante 2021 (612), 232 fueron extranjeras. Es decir, cerca del 38 por ciento.

6 Los criterios de arraigo también presentan discriminaciones de género importantes, por cuanto se suele argüir el “arraigo social” para hombres y el “arraigo familiar” para mujeres. Vid. Casas Becerra, Lidia, Cordero Vega, Rodrigo, Espinoza Mavila, Olga y Osorio Urzúa, Ximena, Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal, Santiago, Defensoría Penal Pública, 2005, pp. 100-101.

► “El Código Procesal Penal (CPP) y las reglas que regulan la privación de libertad nunca fueron pensadas para personas no-chilenas o sin residencia en el país y exigen requisitos casi imposibles de cumplir para extranjeras y extranjeros, si se interpretan desde una visión tradicional no igualitaria”.

La discriminación en contra de las extranjeras se hace más evidente cuando analizamos los datos de la duración de su medida cautelar. De las mil 588 mujeres chilenas a las que se les impuso prisión preventiva durante 2021, en el 41,3 por ciento de los casos duró menos de un mes (653), y si sumamos aquellos casos en que duró entre uno y tres meses, llegamos a un 62,9 por ciento (999).

Los casos de prisión preventiva a chilenas que duraron más de tres meses fueron un 37 por ciento (589). En cambio, de las 293 extranjeras privadas de libertad durante su proceso, en el 61,8 por ciento de los casos la cautelar duró más de tres meses (181), en cerca del 8 por ciento duró más de un año (24) y sólo el 22,5 por ciento duró menos de un mes (66).

Si se quiere argumentar que esta duración diferenciada es por el tipo de delito cometido, los datos también demuestran lo contrario, pues en el caso del tráfico de drogas, la duración de la medida cautelar de mujeres chilenas fue menor: de un total de 380 casos, en 184 duró menos de un mes (48,4 por ciento) y un 23,4 por ciento duró más de tres meses y menos de un año (89). En cambio, del total de extranjeras sometidas a prisión preventiva por este delito durante 2021 (232), en sólo un 18,9 por ciento duró menos de un mes (44) y en un 59 por ciento duró más de tres meses y menos de un año (137).

Entonces, la discriminación y violencia a las mujeres extranjeras imputadas se manifiesta no sólo por una mayor proporción de privadas de libertad durante el proceso, sino también por una duración más prolongada de su encarcelamiento, incumpliendo dos de las recomendaciones que nos hizo en Comité de la *Cedaw* en marzo de 2018: hacer un mayor uso de sanciones y medidas no privativas de libertad para las muje-



res y acelerar los procedimientos judiciales para evitar el uso excesivo de la prisión preventiva⁷.

Esto nos tiene que llamar la atención, por cuanto sabemos que la privación de libertad femenina produce efectos diferenciados, siendo uno de los principales el abandono social y familiar que se produce por concepciones estereotipadas de género, que provocan efectos psicológicos profundos en ellas, lo que se ve agravado en el caso de muchas de las extranjeras, por la distancia que existe con sus familiares y redes de apoyo. En la práctica, la mayoría enfrenta sola un durísimo y estereotipado proceso penal.

Empero, las discriminaciones y violencias no quedan ahí, ya que también generan ese efecto la falta de atención e invisibilización en los argumentos de defensa de las violencias que sufren por sus familiares, los coimputados o los jefes en las organizaciones criminales. En efecto, la Recomendación General 35 del Comité de la *Cedaw*, en su párrafo 29, nos indica que son discriminatorias y violentas “las prácticas judiciales [que] hagan caso omiso de una historia de violencia por razón de género en detrimento de las acusadas”.

Frente a esto, las defensas deben estar atentas a cualquier tipo de rastro de violencia que se observe en las imputadas, especialmente cuando están detenidas. Cada vez son más frecuentes los reportes de agresiones físicas de miembros varones de bandas dedicadas al narcotráfico, quienes las amedrentan a ellas y sus familias y las conminan a traer drogas a Chile.

De hecho, en esos relatos hay casos de violaciones u otro tipo de agresiones sexuales, golpes, quemaduras y retención

⁷ CEDAW/C/CHL/CO/7: Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, marzo de 2018, párr. 49.

de hijos u otros familiares, e incluso tratos vejatorios utilizados por los agentes estatales cuando revisan sus cuerpos en búsqueda de sustancias y, por ello, una rápida detección de esos casos y una escucha atenta mejora sus probabilidades de defensa.

Frente a ello, las defensas deben hacer argumentaciones para visibilizar esas violencias, como la que se resolvió el Tribunal Oral en lo Penal de Arica el 19 de noviembre de 2005, en causa RIT 93-2005, que aceptó la procedencia de la eximente de miedo insuperable basada en la inexigibilidad de otra conducta:

“Que ... concurre en su favor la circunstancia eximente de quien obra impulsado por un miedo insuperable, cuando ingresó al país transportando la droga, toda vez que lo hizo amenazada por su ex-conviviente A.A.I., quien le mandó a entregar el bolso y la cartera a fin de que los llevase hasta la ciudad de Santiago, sin decirle de qué se trataba y que debía obedecer sin pedir explicaciones las instrucciones que se le darían durante su viaje, advirtiéndole que si no obedecía su hijo menor tendría problemas, por lo que aunque se resistió en un principio, terminó por obedecer, pues unos meses antes, en el mes de abril de 2004, había sido asesinada su hija por un sujeto que le hizo un disparo en la nuca cuando iba por la calle; la acusada ha asegurado que su ex-conviviente es un sujeto violento, que andaba mezclado en asuntos ilícitos, a consecuencia de los cuales unos meses antes habían muerto al hermano de él, por lo que sus amenazas eran serias y no tenía otra alternativa que obedecerle, pues aunque estaban separados desde hacía tiempo seguía controlándola y vigilándola”.

Otra argumentación que permite una interpretación igualitaria es la que se basa en la aplicación del estado de necesidad exculpante, por cuanto permite evaluar a la persona y sus circunstancias, en el entendido de que se trata de “grupos de la población que requieren ser tratadas con las herramientas y la sensibilización necesaria para dar cuenta de que no estamos frente a casos ‘comunes’ de narcotráfico”, sino que frente a personas en una “situación de extrema vulneración”⁸.

⁸ Unidad de Defensa Penal Especializada, Defensoría Nacional, “Estado de necesidad exculpante en casos de mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta”, Documento de Trabajo N° 3. Defensa Penal de Indígenas, diciembre de 2018, p. 24.



► “El Código Procesal Penal (CPP) y las reglas que regulan la privación de libertad nunca fueron pensadas para personas no-chilenas o sin residencia en el país y exigen requisitos casi imposibles de cumplir para extranjeras y extranjeros, si se interpretan desde una visión tradicional no igualitaria”.


Finalmente, no podemos dejar pasar la violencia estatal, que ocurre por la invisibilización de estas mujeres durante el proceso legislativo. Por ejemplo, en febrero de 2022 comenzó la vigencia de la Ley N° 21.325, de migración y extranjería, que modificó el inc. 1° del Art. 34 de la Ley 18.216 sobre penas sustitutivas, que impide la aplicación de la pena de expulsión en los delitos de la Ley N° 20.000 y que tendrá un efecto importantísimo en las tasas de encarcelamiento femenino.

Los datos muestran que, de un total de 346 delitos de la ley de drogas terminados en 2021, 180 lo hicieron con una condena y, de ellas, 153 tuvieron una pena sustitutiva. Los mismos datos, pero de 2019⁹, un año con ingresos menos influenciados por la pandemia y los cierres de fronteras, indican que, de un total de 725 términos de delitos de la Ley N° 20.000, 538 tuvieron una condena y, de ellos, 500 tuvieron una pena sustitutiva.

Entonces, desde esa fecha ya no habrá posibilidad de aplicar como pena la expulsión, por lo que la población penitenciaria de mujeres extranjeras aumentará, no obstante que la capacidad de los recintos penales se mantendrá igual y se generará un mayor hacinamiento y menor acceso a programas de reinserción y servicios básicos, además de que muchos niños, ni-

ñas y adolescentes se criarán sin sus madres. Pero lo peor de todo es que no generará desincentivos para la criminalidad organizada, que seguirá buscando a quienes trasladen droga aprovechándose de la vida y libertad de mujeres pobres, con escasa educación, madres de familias monoparentales, y excluidas¹⁰.

En conclusión, las imputadas extranjeras sufren una serie de discriminaciones y violencias que pasan inadvertidas, pero que son evidentes cuando revisamos los datos estadísticos y tomamos conciencia de que somos agentes estatales y que, si formulamos alegaciones que no consideren la existencia de discriminaciones contra las mujeres extranjeras, ejercemos y toleramos una violencia desproporcionada hacia ellas.

Los equipos de defensa contamos con mecanismos jurídicos que nos permiten argumentar sin discriminar, pero para ello debemos formular las preguntas precisas y darles tiempo a que nos cuenten sus historias, cosa que no siempre hacemos. Debemos revisar nuestras prácticas de defensa de mujeres extranjeras y reconocer sus derechos humanos fundamentales, porque sólo así cumpliremos nuestra misión institucional de dar defensa y permitir el acceso a la justicia de manera igualitaria. 

9 Utilizamos este año de comparación para mantener la historia de los datos, atendido que durante los años 2020 y 2021 hubo un gran cambio en el número de causas y el tipo de delito producto de los cierres de fronteras y los confinamientos decretados para frenar los avances de la pandemia.

10 Fernández Droguett, Francisca, “Perfil sociocultural mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en la regiones de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta”, Documento de Trabajo N°2, Unidad de Defensa Especializada, Defensoría Penal Pública, diciembre de 2017.

OBJECCIÓN



Cada día es un nuevo comienzo para las personas migrantes irregulares

HISTORIAS DE INCERTIDUMBRE A LA ESPERA DE LA EXPULSIÓN

► La situación de quienes deben aguardar que se haga efectiva la orden de expulsión por casos judiciales sólo puede asociarse con la imagen infantil del purgatorio, aquel espacio sin tiempo, principio ni fin, en que las personas despiertan cada día con la esperanza de salir luego de ahí para continuar con sus vidas.

► Por **Julia Arriagada Márquez**,
periodista Defensoría Regional de Antofagasta.



Una vez que el tribunal de justicia decreta que una persona extranjera será expulsada por causa judicial, se fija un plazo -casi siempre de 45 o 60 días- para que los organismos vinculados al procedimiento -la Policía de Investigaciones (PDI) y los consulados, entre otros- se coordinen y hagan efectiva la orden.

Transcurren los días y Gendarmería toma los resguardos correspondientes. Es decir, aplican el examen PCR de rigor y aíslan a las personas, para evitar su contagio de Covid-19 y poder subirlas a los aviones o buses que los trasladarán a sus países de origen.

En el caso de los ciudadanos bolivianos la expulsión es más fácil, porque se les traslada en buses y se les deja en la frontera, para que desde allí busquen cómo volver a sus hogares y reunirse con sus familias.

Pero no ocurre lo mismo en el caso de venezolanos y colombianos. Las gestiones necesarias se han ido complicando, por falta de respuesta oportuna de esos consulados, lo que incide en que cada vez se hacen más comunes las audiencias judiciales de extensión de plazo para la ejecución de las sentencias y, de paso, crece la incertidumbre entre quienes mantienen una orden de expulsión pendiente.

Actualmente, 35 hombres y mujeres extranjeros esperan privados de libertad que se concrete su expulsión en los distintos centros penales de la región. “Revista 93” entrevistó a tres de ellos en el Centro de Detención Preventiva (CDP) de Calama. Dos mujeres y un hombre: una venezolana, una colombiana y un mexicano.

Todos están aislados en espacios reducidos para no contaminarse, porque sus PCR deben estar vigentes al momento que los vengán a buscar los funcionarios encargados de ejecutar las expulsiones. Sus nombres han sido cambiados para proteger su identidad, aunque la sincera expectativa es que, al momento de publicarse esta edición, ya no estén en Chile.

“NO PUEDO PARTIR SIN MI HIJO”

Janice llegó a Chile con su marido y su hijo, de cuatro años, en marzo de 2018. Es venezolana y entró por un paso habilitado, por lo que tenía su residencia temporal al día y en regla. Vivió un tiempo en Santiago y luego le comentaron que en Calama era más fácil encontrar trabajo estable en el rubro de servicios, por el tema minero.

► Janice (venezolana): “Estoy muy cansada de esperar. Aquí parece que todo anda muy lento o a nadie le importa lo que pueda pasar con nosotros en la cárcel. Tampoco nos dejan salir a la espera de la expulsión. Sabemos que cometimos errores, pero eso no nos hace menos personas”.

En octubre de 2021 decidió emprender nuevo rumbo y llegó a la capital de El Loa, junto a su marido y el hijo de ambos. Antes de partir, una amiga le pidió aprovechar el viaje y llevar una pequeña maleta con calcetines que habían comprado juntas en Patronato, para mantenerse con las ventas mientras encontraba trabajo.

Pero al llegar a la aduana de El Loa ella y su pareja quedaron detenidos. Entre los calcetines venía droga y sus vidas y la de su hijo cambiaron por completo en ese mismo instante. Janice fue formalizada y se decretaron 90 días de investigación en su causa. El pequeño quedó en custodia en una residencia.

El 21 de marzo, Janice y su marido fueron sentenciados a la expulsión, la que debía ejecutarse en 60 días, es decir el 20 de mayo pasado. Sin embargo, esta entrevista se efectuó el 29 de junio, cuando se cumplían ocho meses desde que quedó sometida a prisión preventiva.

Como en muchos casos, los plazos se extendieron indefinidamente, por una serie de gestiones que deben realizar los organismos responsables de ejecutar las expulsiones. Y en este caso, además, se sumó el problema del menor de edad.

Por protocolo de la PDI y al no estar realizándose desde marzo pasado vuelos especialmente contratados con venezolanos expulsados por orden judicial, quienes lo sean deben viajar en vuelos comerciales, a razón de un penado por vuelo. Es decir, ella y su marido no podían viajar juntos. Tampoco su hijo.

Frente a ello, se tuvo que gestionar en el tribunal de familia una autorización para que desde Venezuela viniera la abuela del niño, luego entregarle la autorización de cuidados especiales para poder sacarlo del país y, finalmente llevarlo en un avión distinto al de la madre y el padre. En cada etapa de este



largo proceso han pasado a lo menos 20 días. Con todo, Janice está en proceso desde octubre y aún faltan trámites que hacer.

“Estoy muy cansada de esperar. Aquí parece que todo anda muy lento o a nadie le importa lo que pueda pasar con nosotros en la cárcel. Tampoco nos dejan salir a la espera de la expulsión. Sabemos que cometimos errores, pero eso no nos hace menos personas”, explica.

“HE PENSADO EN QUITARME LA VIDA”

Jennifer es colombiana. Primero llegó a Iquique, donde estuvo dos meses, y luego se fue a Santiago y después a Antofagasta. Todo este recorrido fue parte de un encargo de drogas, pero la sorprendieron con un kilo de cocaína y hace tres meses está a la espera de su expulsión.

“Lo más difícil es la incertidumbre. Es terrible, es como hacer una maleta todos los días. Es una falta de respeto que nos digan esperen 30 días, se cumplen, luego son 45 y también se cumplen. Pasan y pasan los días y al despertar esperamos que sea el momento de partir, pero eso nunca llega. Esto nos enferma de los nervios. Nos agotamos de tanto esperar. Nos dan muchas explicaciones y me imagino que cada institución tiene su personal y no entendemos que en nuestro caso como que no les importe y nos olviden acá. Pasan hasta cinco meses y nada”, dice.

Y agrega: “Luego nadie nos devuelve ese tiempo, nadie nos da respuesta. Pregunto todos los días, pero no encuentro las respuestas. He pensado incluso en que mejor me hago daño y así me sacan de aquí para seguir esperando en el hospital. Uno llega a considerar medidas extremas. Estoy frustrada. Mi temperamento es bipolar, en algún momento he pensado en

► Juan Luis (mexicano): “Esto es lo más terrible que me ha pasado. Además de la culpa que me embarga por la muerte de ese muchacho, haber tenido que entrar a esta cárcel para una espera que parece eterna es terrible. Me pone muy mal todos los días despertar y que no termine este capítulo. Yo no quise quitarle la vida a nadie, fue un accidente, pero lo peor ha sido estar aquí”

quitarme la vida. Las personas que están condenadas por lo menos saben que este tiempo está sirviendo de algo, para pagar su pena, pero nuestro tiempo es perdido, como que cada día que estamos aquí no vale nada para nadie y eso es muy frustrante”, asegura.

“ES LO MÁS TERRIBLE QUE ME HA PASADO”

Juan Luis llegó a Chile en septiembre de 2021, de la mano de una empresa de energía renovable. Es técnico en mantenimiento de plantas eólicas y su primera parada fue la ciudad de Castro, en Chiloé. Allí tuvo un accidente: protagonizó un choque en que murió una persona. Sin embargo, por la naturaleza del hecho -que configuró un cuasidelito-, su intachable conducta anterior y sus antecedentes laborales, sólo se decretaron en su contra medidas cautelares de arraigo, por lo que pudo seguir trabajando.

Al terminar sus tareas en Chiloé fue trasladado a La Serena, para nuevas faenas, y apenas llegó a esa ciudad se presentó a la Fiscalía para fijar nuevo domicilio. Trabajó allí otros cuatro meses y nuevamente fue trasladado, esta vez a Calama, donde también fijó nuevo domicilio.

Sin embargo, al vencer su permiso de trabajo no pudo salir del país y debió quedarse en el domicilio que le proporcionó su empresa, para esperar el cierre de la investigación y la sentencia. Así llegó su decreto de expulsión y, por primera vez, debió ingresar a un centro penal, a la espera de su materialización.

En los nueve meses que duró el proceso penal, Juan Luis nunca debió cumplir prisión preventiva, porque no representaba un peligro para la sociedad ni había peligro de fuga, porque en cada lugar en que estuvo se presentó a las respectivas audiencias y cambió formalmente su domicilio. Sin embargo, debió ingresar igual a la cárcel para esperar su expulsión.

Durante esta entrevista no dejó de llorar. “Esto es lo más terrible que me ha pasado. Además de la culpa que me embarga por la muerte de ese muchacho, haber tenido que entrar a esta cárcel para una espera que parece eterna es terrible. Me pone muy mal todos los días despertar y que no termine este capítulo. Yo no quise quitarle la vida a nadie, fue un accidente, pero lo peor ha sido estar aquí. No es por la gente ni por miedo, es sólo que mis nervios no dan más de la incertidumbre, de no saber cuándo podré abrazar a mi gente”.

No hay más preguntas, su señoría... 

**Comité Editorial**

Pablo Aranda Aliaga
Claudia Castelletti
Alejandro Gómez Raby
Andrea González Schmessane
Carlos Mora Jano
Marcelo Padilla Villarroel
Paola Sais Dünner
Luis Venegas Díez

Director responsable

Carlos Mora Jano

Editores

Paola Sais Dünner
Marcelo Padilla Villarroel

Fotografía

Aliosha Márquez Alvear

Diseño y diagramación

Giampiero Zunino Dell'Orto

Contacto

revista93@dpp.cl

Distribución gratuita

ISSN 0718-8664

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, por cualquier medio o procedimiento, sin contar con la autorización previa, expresa y por escrito de la Defensoría Penal Pública. Las expresiones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión de la Defensoría Penal Pública.