

Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en Chile

Defensa Penal Pública de Chile

Colección Documentos de Política nº 32
Área: Justicia

Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en Chile

Defensa Penal Pública de Chile

Documento de Política nº 32

Área: Justicia



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA

Edita:

Programa EUROsociAL
C/ Beatriz de Bobadilla, 18
28040 Madrid (España)
Tel.: +34 91 591 46 00
www.eurosocias-ii.eu

Con la colaboración:

Defensoría Penal Pública (DPP)



Fundación Abogacía Española



Justice Coopération Internationale (JCI)



Expertise France (EF)



La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso se debe considerar que refleja la opinión de la Unión Europea.

Edición no venal.

Realización gráfica:

Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.

Madrid, agosto 2015



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Autoras

María Daniela Lara Escalona, Experta nacional del Programa EUROsociAL II
Paulina Andrea Hernández Badilla, Experta europea del Programa EUROsociAL II

Socios Operativos

Marion Cathelin, Justice Coopération Internationale
Macarena Eseverri Aznar, Fundación Abogacía Española

Índice

Prólogo	11
I. Introducción	15
I.1. Objetivo del protocolo	16
I.2. Metodología utilizada	16
I.3. Definiciones ineludibles	17
II. Características y principales problemáticas de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad	21
II.1. Características de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad	22
II.1.a. Origen y Etnia	22
II.1.b. Nivel socio económico	22
II.1.c. Tipo de delito	23
II.2. Principales problemáticas derivadas del encierro que enfrentan las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad	23
II.2.a. Limitada o nula comunicación con la familia	23
II.2.b. Precariedad material	24
II.2.c. Carencia de redes de apoyo	24
II.2.d. Discriminación	24
III. Marco normativo aplicable al protocolo de defensa de mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad	27
III.1. Marco normativo internacional	27
III.1.a. Alcance y obligatoriedad de los instrumentos internacionales	27
i. Tratados Internacionales	28
ii. Resoluciones de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos	29
III.1.b. Marco Normativo Internacional General	30
i. Convenios y Pactos	30
ii. Declaraciones, Principios y Reglas	31
III.1.c. Marco Normativo Internacional Especial	31

i.	Normas especiales de género	31
ii.	Normas especiales en materia indígena	32
iii.	Normas relativas a personas extranjeras y migrantes.....	32
III.2.	Marco normativo nacional	32
III.2.a.	Marco Normativo Nacional General	33
III.2.b.	Marco Normativo Nacional Especial	33
i.	Normas especiales de género	33
ii.	Normas especiales en materia indígena	33
iii.	Normas relativas a personas extranjeras y migrantes.....	34
IV.	Atención a la detenida mujer indígena extranjera en la comisaría o cuartel policial.....	35
IV.1.	Identificar una causa con una detenida mujer indígena extranjera	36
IV.2.	Entrevista en la Comisaría o en el Cuartel Policial	37
IV.3.	Concurrencia de defensor o defensora especializado conjuntamente con facilitador(a) intercultural	37
IV.4.	Tiempo necesario y razonable para la entrevista.	38
IV.5.	Considerar ciertos rasgos de personalidad de la mujer indígena extranjera en la entrevista.....	38
IV.6.	Primer contacto con la detenida	39
i.	Saludo	39
ii.	Lenguaje a utilizar por el defensor o defensora.....	39
iii.	Intérprete	39
iv.	Presentación y explicación del rol del defensor o defensora y facilitador(a) intercultural	40
v.	Derechos de la detenida	41
vi.	Derecho al aviso consular	42
IV.7.	Formulario Único de Ingreso (FUI): identificación causa mujer indígena extranjera.....	43
i.	Causa con imputada extranjera	44
ii.	Causa con imputada indígena	44
IV.8.	Informar a Facilitador(a) Intercultural.....	46
IV.9.	Recabar información de la defendida sobre su proyecto de vida en Chile	46
IV.10.	Conocimiento del parte policial	47
IV.11.	Relato de los hechos y circunstancias de la detención.....	47
IV.12.	Explicar las etapas del proceso y anticipación de lo que ocurrirá en la audiencia de control	48
IV.13.	Consignar el estado de salud de la detenida	49
IV.14.	Recabar datos de contacto de familiares.....	50
IV.15.	Contacto con redes de apoyo	50

V. Atención a la mujer indígena extranjera en la primera comparecencia al tribunal. Audiencia de control de la detención.	53
V.1. Comparecencia de defensores especializados	53
V.2. Solicitud de suspensión de la audiencia si no haya podido entrevistarse con la detenida	53
V.3. Concurrencia de un intérprete	54
V.4. Resolución de legalidad o ilegalidad de la detención	56
V.5. Consignar que se está en presencia de una mujer indígena extranjera.	57
V.6. Certificado que acredita la calidad de indígena	58
V.7. Cumplimiento o incumplimiento del derecho al aviso consular	59
V.8. Identidad de la mujer detenida	62
V.9. Verificar si la información transmitida por el juez y la audiencia es comprensible para la defendida	62
V.10. Alegaciones de la defensa ante la solicitud de prisión preventiva.	63
V.11. Fijar plazo mínimo para el cierre de la investigación	65
V.12. Informar al tribunal del estado de salud de la mujer en los casos pertinentes.	65
V.13. Solicitud de RUT provisorio	65
VI. Acciones del defensor o defensora posteriores a la audiencia de control de detención	67
VI.1. Informar a la imputada	67
VI.2. Derivar la causa a defensor o defensora especializada.	68
VI.3. Contacto con el Consulado a requerimiento de la detenida	68
VI.4. Gestionar certificado de antecedentes del país de origen ante el Consulado	68
VII. Atención de la mujer indígena extranjera durante todo el proceso	71
VII.1. Visita del defensor o defensora y facilitador(a) intercultural a la mujer privada de libertad	71
VII.2. Visita a la mujer a la cárcel por parte del defensor o defensora	72
i. Primera visita de cárcel	72
ii. Visita periódica a la cárcel.	73
VII.3. No Discriminación	74
VII.4. Comunicación de la mujer con familiares, cercanos y Consulado	76
i. Con familiares y cercanos	76
ii. Con el Consulado	77
VII.5. Trabajo en equipo entre Defensor(a) y Facilitador(a) Intercultural.	77
VII.6. Etapa de Investigación.	78
VII.7. Juicio Abreviado.	78
VII.8. Construcción de una teoría del caso pertinente	79
Posibilidades de teorías del caso	81
VII.9. Peritajes.	83

i. Tipos de peritajes.....	84
ii. Peritos	85
VII.10. Revisión de la prisión preventiva	86
VII.11. Concurrir a las audiencias con intérprete	87
VII.12. Labor del Facilitador(a) Intercultural en la identificación de causas con mujeres indígenas extranjeras	88
VIII. Atención de la imputada indígena extranjera después de la condena y durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad	91
VIII.1. Audiencia de determinación de la pena del artículo 343 del Código Procesal Penal e implicaciones del Convenio 169 de la OIT en esta	92
VIII.2. Libertad Vigilada Intensiva	93
VIII.3. Expulsión como pena sustitutiva de la Ley 18.216.	95
ii. Calidad de persona sin residencia legal en el país	97
iii. Comprensión y consentimiento efectivo de la condenada y de las implicancias que conlleva la pena sustitutiva de expulsión del país	98
iv. Plazo en que se ejecuta la expulsión como pena sustitutiva	98
v. Prisión Preventiva mientras se materializa la expulsión	99
VIII.4. Libertad condicional y salidas o permisos	101
i. Acceso a permisos o salidas	102
i.1. Requisitos para acceder a los permisos o salidas e implicaciones en las mujeres indígenas extranjeras	103
a. Consentimiento de la condenada	103
b. Ausencia de peligro de fuga	103
c. Requisitos específicos según el tipo de salida	104
ii. Libertad condicional	106
ii.1. Vías de impugnación ante la negativa de permisos de salidas y de libertad condicional	107
a. Recursos administrativos	107
b. Recursos judiciales	107
VIII.5. Expulsiones administrativas del Decreto Ley de Extranjería 1.094.	108
i. Impugnación de las expulsiones	110
i.1. Reclamos administrativos	110
i.2. Reclamos por la vía judicial	111
a) Reclamo ante la Corte Suprema	111
b) Acción Constitucional de Amparo	111
VIII.6. Traslado internacional de condenadas	112
VIII.7. Redes de apoyo y preparar la salida del penal	114
IX. Aspectos comunes a considerar durante la prisión preventiva y cumplimiento de la condena de la mujer indígena extranjera privada de libertad	115
IX.1. Comunicación de la condenada con la familia y visitas de familiares y cercanos	115

IX.2. Atención a mujeres embarazadas y niños(as) lactantes.....	118
IX.3. Acceso a la atención de salud	121
IX.4. Separación de la población penal	123
Conclusiones.....	129
Referencias bibliográficas.....	131

Prólogo

Es un gran orgullo para la Defensoría Penal Pública de Chile, presentar el *Protocolo de Atención a Mujeres Indígenas Extranjeras Privadas de Libertad*. Este trabajo surge gracias al financiamiento del Programa EUROsociAL II, correspondiente a la Acción de Fortalecimiento de Defensorías Públicas y Atención a Personas Privadas de Libertad, del Sector Justicia.

Cabe mencionar que, en ocasión del V Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) realizado en la ciudad de Fortaleza, República Federativa del Brasil, en agosto de 2012, el Programa EUROsociAL II —programa regional que apoya políticas públicas en América Latina dirigidas a mejorar los niveles de cohesión social y fortalecer las instituciones que las llevan a cabo, cuyos socios operativos son las entidades Justice Coopération Internationale (JCI) y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española (Fundación Abogacía Española), bajo la coordinación de Expertise France (EF)—, invitó a la AIDEF a participar de sus proyectos con el objetivo de ampliar la cobertura de los servicios prestados por la Defensa Pública en la atención a las persona privadas de su libertad. En tal sentido, se distinguieron dos líneas de actuación, una a nivel regional en el marco de AIDEF y que abarca a todas las instituciones de defensa pública que la integran, y otra a nivel nacional que compromete a las instituciones de forma individual o subgrupal.

En este contexto, durante el año 2013 se llevó adelante la primera fase de los proyectos con EUROsociAL II, donde junto a la defensoría pública argentina, fuimos beneficiarios de la implementación de un sistema de videoconferencia como una herramienta más de comunicación entre las/os defensoras/es públicas/os y sus defendidas/os.

Durante el año 2014 se desarrolló la segunda fase de los proyectos en cuya oportunidad, en lo que respecta nuevamente a Argentina y Chile de forma conjunta, y en continuación con el objetivo general anterior de fortalecer a ambas Defensorías Públicas en materia de privados de libertad, EUROsociAL II apoyó el diseño, la redacción y publicación del libro *“Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada”*,

dirigido a las/os defensoras/es públicas/os con el fin de mejorar sus estrategias defensivas en la atención de sus asistidos en la etapa de ejecución de la pena.

En esta tercera fase, y siempre pensando en cómo mejorar la asistencia legal a personas privadas de libertad, surge este *Protocolo*, focalizado en un grupo de imputadas y condenadas que se encuentren sometidas a condiciones de vulnerabilidad y discriminación. En efecto, se trata de imputadas extranjeras, provenientes de los países limítrofes de Perú y Bolivia y pertenecientes a comunidades indígenas, acusadas de la comisión de delitos en territorio chileno, portando diversas cantidades de sustancias psicotrópicas. Actualmente, también se presentan casos de mujeres provenientes de otros países, como Colombia, que comparten las características de pertenecer a los sectores más vulnerables de la sociedad y con mayores dificultades para enfrentar un proceso penal.

Aunque sus intereses en el proceso pueden ser distintos entre quienes sólo están de paso en el país y aspiran a una pena de expulsión y quienes han llegado con un proyecto migratorio, las dificultades que enfrentan durante su privación de libertad son similares.

En las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y parte de la región de Atacama (específicamente en Calama), se concentra alrededor del 24% de los imputados indígenas del país. Lo anterior se condice con la distribución geográfica de dicha población, pues en estas regiones se encuentran la mayoría de las personas perteneciente a los Pueblos Aymara, Quechua y Likanantai o Atacameño. Pero además, porque el territorio de estos pueblos abarca también zonas fronterizas con Perú, Bolivia y Argentina, que los indígenas de estos pueblos recorren atendida su tradición transhumante.

En este universo de imputados indígenas, una hipótesis que ha tenido incidencia progresiva en el trabajo de la Defensoría Penal Pública, es la asistencia jurídica a mujeres indígenas y extranjeras en delitos de tráfico de drogas.

Para el desarrollo de este trabajo, EUROsociAL financió la formación de un equipo profesional conformado por la experta nacional Daniela Lara Escalona, ex defensora pública y académica investigadora del Centro de Investigaciones Criminológicas de la Justicia Penal de la Universidad Central de Chile, y la experta internacional, Paulina Hernández, abogada y consultora. Ambas han tenido la misión de recorrer dichas zonas del país en donde la labor de la defensoría tiene una mayor incidencia en los casos de mujeres indígenas y extranjeras privadas de libertad para la elaboración de un diagnóstico y finalmente de este Protocolo.

Un equipo interdisciplinario de la Defensoría Penal Pública, conformado por las facilitadoras interculturales indígenas Inés Flores Huanca, Andrea Mamani Ape y Marioli

Lique Mondaca, la periodista Camila Chadwick Costa y los abogados de la Unidad de Defensa Penal Juvenil y Especializadas, Pablo Aranda Aliaga y Rodrigo Lillo Vera, han colaborado en el trabajo haciendo de contrapartes y/ aportando los insumos necesarios para el diseño de este instrumento.

El Protocolo es una herramienta que orienta la labor de los defensores y defensoras en relación con los pasos a seguir, y los aspectos a tener presente ante casos de imputadas o condenadas mujeres, indígenas extranjeras privadas de libertad.

Este, cuenta con un diagnóstico, una caracterización de las usuarias beneficiarias finales, y la situación jurídica a la que se ven enfrentadas. Una breve reseña de la normativa nacional e internacional aplicable, y un catálogo de actuaciones y prevenciones dirigidas al defensor y defensora, ordenadas de acuerdo al curso del proceso. Considerando lo anterior, se establecen las condiciones mínimas que deben exigirse en la primera entrevista y audiencia de formalización, cómo debe enfrentarse la etapa de investigación, el juicio y finalmente, como ejercer los derechos propios de las condenadas privadas de libertad. Sin perjuicio de este orden secuencial, existen cuestiones que atraviesan todo el proceso judicial, como la necesidad de contar con intérpretes y el respeto por las manifestaciones culturales propias.

Para la Defensoría Penal Pública de Chile, el desarrollo de este proyecto de cooperación, representa los constantes esfuerzos de perfeccionamiento en cuanto a la calidad de la prestación de defensa que brindan nuestros defensores y defensoras, esfuerzos que se multiplican al trabajar con grupos vulnerables.

Bajo esta premisa, es que la Institución, en el año 2001 instaló en la Región de La Araucanía la defensoría penal Mapuche, destinada a la atención especializada de los imputados pertenecientes a dicho pueblo. En el año 2006, se creó la Unidad de Defensa Penal Juvenil a la que posteriormente, en el año 2011 se incorporaron las defensas especializadas. A su vez, en el año 2009, se implementó el programa de defensa penitenciaria y en el mismo año, se aprobó el Modelo de Defensa Penal Indígena, para estructurar una defensa especializada en todo el país.

Hoy, la presentación de este *Protocolo de Atención a Mujeres Indígenas Extranjeras Privadas de Libertad*, viene a fortalecer nuestra misión de acercar la justicia a las personas vulnerables pertenecientes a pueblos indígenas, para que puedan comprender un sistema complejo, que se aplica a todos quienes habitan el territorio de la República, venciendo así, las barreras culturales. Ese es el esfuerzo que ha impulsado la Defensoría desde el año 2001, en cuyo contexto el rol de los defensores/as y de los facilitadores/as interculturales, ha sido fundamental.

Por último, agradecemos a las expertas y coordinadores nacionales y a todas las personas que colaboraron con la redacción de este libro, como así también, de forma

especial, al Programa EUROsociAL II por su compromiso con la defensa pública de la región y por el apoyo inestimable que lleva adelante para fortalecer su lucha por la protección de los derechos humanos de las personas.

Andres Mahnke Malschafsky

Defensor Nacional

Chile

Paulina Hernández Badilla

Abogada, Consultora Internacional

y ex Defensora Penal Pública

I. Introducción

El marco del programa regional de cooperación técnica de la Comisión Europea (EURO-SOCIAL II), ejecutado por Justice Coopération Internationale y Fundación del Consejo General de la Abogacía Española, ha tenido como objetivo favorecer el acceso a la justicia de los segmentos de población desfavorecidos en algunos países de América Latina. En este contexto, se ha establecido conjuntamente con la Defensoría Penal Pública de Chile, la necesidad de mejorar las condiciones de reclusión y el acceso a la justicia de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad, mediante la realización de un Protocolo para defensores que guíe su accionar en este ámbito.

Ello se enmarca dentro de un contexto de una incidencia progresiva en la labor de la Defensoría Penal Pública en la asistencia jurídica a mujeres indígenas extranjeras con un especial énfasis en delitos de tráfico de drogas, en las regiones del Norte grande de Chile, esto es en la Región de Arica y Parinacota (XV Región), de Tarapacá (I Región) y Antofagasta (II Región).

Este protocolo ha sido concebido desde su diseño como un instrumento práctico de uso frecuente de los defensores y demás profesionales de la Defensoría Penal Pública, por ello su contenido ha tenido siempre presente dicho objetivo. De este modo, y a fin de que ello sea factible se realizó de manera que sea accesible y que sea complementado con otros instrumentos que ya han sido publicados sobre el ámbito indígena, de extranjeros, de género y del proceso propiamente tal.

El trabajo que se presenta se divide en nueve secciones. En las primeras se busca caracterizar al grupo objeto de este estudio, esto es las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad presentes en las Regiones XV, I y II. Además se indican las problemáticas que ellas deben enfrentar en razón de su privación de libertad.

Posteriormente se realiza una breve referencia al marco normativo internacional y nacional, para continuar con lo que constituye el núcleo del protocolo. Para ello se ha seguido una línea de tiempo del proceso en sus diferentes fases, abarcando desde la primera entrevista con la detenida, previo a la audiencia de control de detención, hasta el término del cumplimiento de la condena privativa de libertad, esto es, hasta la

salida del centro penitenciario. De este modo, se desarrollan los diferentes momentos en que la mujer debiera recibir atención por parte de profesionales de la Defensoría Penal Pública: en la comisaría o cuartel policial, en la primera comparecencia ante el tribunal, inmediatamente después a la audiencia de control de detención, durante el proceso e investigación y, por último, mientras cumple la condena.

Posteriormente se revisan aspectos transversales a la privación de libertad, los que si bien no son los únicos elementos comunes a lo largo del proceso, sí son los que más notoriamente se identifican como tales y que dan cuenta de situaciones permanentes que enfrenta el grupo objeto de este protocolo.

I.1. Objetivo del protocolo

El objetivo que se ha planteado en la elaboración de este protocolo es mejorar las condiciones de reclusión y acceso a la justicia de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones del norte grande del país: Región de Arica y Parinacota (XV Región); Región de Tarapacá (I Región); y la Región de Antofagasta (II Región).

Lo anterior en consideración a que las mujeres presentan una serie de dificultades propias y específicas durante su encarcelamiento, en donde la labor de la defensa y de los profesionales asociados a ella resulta de significativa importancia.

Por ello, la creación de un protocolo que oriente la atención prestada por la Defensoría Penal Pública para casos de mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad, es un instrumento que puede mejorar significativamente la calidad de la atención tanto en lo referente a la defensa técnico jurídica propiamente tal, como en lo relacionado con la atención y aspectos afines.

I.2. Metodología utilizada

Para la confección de este trabajo se utilizó una metodología con énfasis en lo cualitativo. Por un lado, se realizó una revisión y análisis del material normativo, institucional, de política pública y documental sobre las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad. Conjuntamente, a fin de obtener insumos desde fuentes primarias se recolectó información mediante entrevistas semiestructuradas a informantes relevantes en la materia y mediante la realización de focus group.

De este modo, se efectuaron 26 entrevistas en profundidad que incluyeron a Defensores Regionales, Jefes de estudio de la Defensoría Penal Pública, defensores locales, facilitadores interculturales, fiscales del Ministerio Público, asesores jurídicos del Ministerio

Público y de la Defensoría, Fiscal Regional, Jueces Orales, Jueces de Garantía, profesionales de Gendarmería de Chile, Cónsules, Ministros de Corte de Apelaciones y Jefes de Unidad de Gendarmería. Además, se realizaron focus group con mujeres de los penales de Alto Hospicio, Iquique, Calama y Acha, con defensores penales públicos, y con dirigentes de organizaciones indígenas y de migrantes de cada localidad. Asimismo, se realizaron reuniones de trabajo con profesionales de Gendarmería.

Se consigna además que en la realización de este trabajo se tomaron en cuenta las necesidades y problemáticas que enfrentan las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad, así como las buenas y deficientes prácticas en la atención otorgada por la Defensoría Penal Pública y que se encuentran consignadas en un informe de diagnóstico elaborado con posterioridad a la misión de las expertas a la zona.

I.3. Definiciones ineludibles

La situación de la mujer indígena extranjera como tal, se puede tratar desde varias perspectivas y a la vez hay numerosas acepciones para referirse a ella, ya sea por la calidad indígena o por la calidad de extranjera.

En cuanto al tema de ser indígena, son numerosas y complejas las definiciones y trabajos que se refieren a ello.¹ Sin embargo, para este tema un referente esencial es el Convenio n° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169 de la OIT). Sobre la materia refiere:

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

1. Para profundizar en los conceptos ver: Midori, P. (1995). El Nuevo enfoque internacional en materia de Derechos de Pueblos Indígenas. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales. Recuperado de http://biblio3.url.edu.gt/IDIES/nuevo_enfo/4.pdf

Además de lo que dispone el art. 1.1 del Convenio, un criterio fundamental tanto en el mismo Convenio 169 en su artículo 1.2 como en la ley chilena es el de auto identificación, aunque no es el único que determina la sujeción a este instrumento. (Makcay, 2002). Los otros criterios son la descendencia de habitantes previos a la conquista o a la disposición de las actuales fronteras y la mantención de instituciones propias.

En segundo lugar, otro elemento esencial es la relación entre individuo y grupo, entre el sujeto y su pueblo. La identificación tiene que ver con su relación con el pueblo y ello es trascendente en la medida que el mismo Convenio 169 de la OIT, a diferencia de otros instrumentos internacionales, considera a los individuos de las comunidades indígenas y además a la unidad colectiva, por ello el pueblo pasa a ser titular de derechos específicos como una unidad en sí. (Stavenhagen, 2008, p. 263).

Para aludir a un *grupo indígena* se usa igualmente la voz *pueblo originario* o *etnia*. Estos vocablos son utilizados en este protocolo sólo para efectos de denominar al grupo que es objeto de este trabajo. Si bien hay precisiones y diferencias entre estos términos en otros ámbitos, cabe consignar que para las mismas mujeres hay otros usos que escapan a lo que conceptualmente se define para cada expresión. Por ejemplo, en naciones vecinas el vocablo *indígena* puede tener un alto contenido discriminatorio o para algunos no es necesariamente comprensible la expresión *pueblo originario*. Por ello no se ha realizado una adhesión a un solo concepto y a lo largo de este trabajo se utilizarán indistintamente.

Por otro lado, al querer hacer referencia a las personas originarias de otras latitudes, en este caso se ha utilizado el término *extranjera* –y no migrante– por diversos motivos.²

No resulta vana esta diferenciación entre *extranjero* y *migrante* especialmente porque el sentido del segundo vocablo hace referencia al deseo de asentamiento en un lugar, no así el *extranjero* que puede tener o no el elemento de transitoriedad y que puede ser concebido de un modo más genérico.

Desde esta perspectiva quienes son definidos como infractores penales, bien pueden ser extranjeros o migrantes en sentido estricto, no diferenciando nuestro sistema estas dos categorías. Esto es relevante por su relación con el elemento de transitoriedad o estabilidad en la radicación, lo que a la vez incide en la posición del sujeto frente al

2. En cuanto al concepto *extranjero* el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) lo define como aquel que “es o viene de país de otra soberanía”, como un “natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra” e incluso como “toda nación que no es la propia”. (RAE, 2012). Por su parte respecto del *migrante* la misma fuente remite a aquel que migra o emigra, y a la vez la voz migrar se dirige a emigrar e inmigrar. *Emigrar* alude a “Dejar o abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero”, en su segundo significado se refiere a “Ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas”, y en un tercer a “Abandonar la residencia habitual dentro del propio país, en busca de mejores medios de vida”. (RAE, 2012) Por su parte *Inmigrar*, la refiere en su primer significado a “Dicho del natural de un país: Llegar a otro para establecerse en él, especialmente con idea de formar nuevas colonias o domiciliarse en las ya formadas”. (RAE, 2012).

sistema de justicia penal, siendo diferente en uno y otro caso por ejemplo para efectos de la condición de arraigo que sustenta.³

Por otro lado, el estar permanentemente asentado o no en el país tiene mayores implicancias en el ámbito jurídico, como es el caso del conocimiento de lo que está tipificado en Chile, el actuar basado en costumbres culturales para el caso de personas que pertenecen a pueblos originarios, o cualquier otro elemento propio de la idiosincrasia.

Además del ámbito propiamente penal, si una persona está en condición de permanente o no en el país influye en cómo se desenvuelve la detención y el encarcelamiento y en cómo se ubica frente al poder estatal. Es diferente si el detenido ya conoce el funcionamiento del sistema procesal penal chileno, si conoce los códigos culturales nacionales, si conoce como actúan las policías y lo que ellas pueden o no realizar, de aquel que trae consigo los patrones de su nación de origen. La diferencia se prolonga a lo largo de todo el proceso penal, pudiendo ser un elemento relevante para que posteriormente se decida la imposición de una medida cautelar de mayor o menor intensidad o bien en una absolucón o condena más o menos gravosa.

En consecuencia, para los efectos de este trabajo, se utilizará la expresión *extranjeros* en consideración a que en el marco jurídico nacional que regula la materia se recurre a dicho término y asimismo porque en el accionar del sistema de justicia se categorizan la condición de la persona como *nacional* o *extranjero*.

3. Se entiende como *arraigo* aquella circunstancia que proporciona en la persona vínculos estables y permanentes con el país, o el lugar de residencia, de manera tal que pudiera evitar un eventual peligro de fuga.

II. Características y principales problemáticas de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad⁴

Desde la información que proporcionan los datos, en las regiones del norte grande de Chile (regiones XV, I y II) se concentra la mayoría de la población perteneciente a los pueblos Aymara, Quechua y Likanantay o Atacameña.⁵

Según las cifras de la Defensoría Penal Pública del año 2014, la cantidad de causas terminadas con imputadas mujeres indígenas extranjeras en estas regiones abarcaron un total de 98.8% del total de estas causas en el país. De ese grupo el 60% terminó en condena. Por su parte, el mismo año, del total de mujeres extranjeras atendidas a nivel nacional por la Defensoría, el 57,4% se concentra en estas tres regiones, y a su vez el 14,2% corresponde a mujeres indígenas. Respecto a los delitos, en las dos primeras regiones (regiones XV y I) el tráfico de drogas tiene una mayor recurrencia en cuanto a su imputación, agrupando entre ambas más del 60% de las formuladas a indígenas en todo el país.⁶

Se observa que las mujeres indígenas que cruzan las fronteras internacionales con ocasión de la comisión de un delito -principalmente relacionados a tráfico de drogas- ingresan solas a Chile y normalmente sin haber informado a su familia del real motivo de su viaje. Por lo tanto, con su detención y posterior prisión preventiva quedan en el absoluto desarraigo ya que no cuentan con redes de apoyo en el país, unido a una condición emocional de angustia por haber dejado a sus hijos con familiares o vecinos. Además, mientras permanecen en la cárcel las mujeres pierden el contacto con su

4. La información expuesta en este apartado y que caracteriza a las mujeres indígenas privadas de libertad fue recogida durante la misión de observación para la realización de este trabajo, realizada a las ciudades de Arica, Iquique y Calama, que incluyó entrevistas en profundidad a operadores del sistema de justicia, a profesionales de apoyo de la Defensoría Penal Pública, a profesionales de Gendarmería de Chile, a Cónsules, y además se sumó la realización de focus group con mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad, en las tres localidades. Dicha información está consignada en detalladamente en el documento "Diagnóstico. Asistencia técnica para la elaboración de protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad" de Mayo del año 2015.

5. Para complementar las características de las mujeres indígenas desde una perspectiva de género véase: Vázquez, N. (2006) ¿Complementariedad o subordinación? Distintas maneras de entender la relación entre mujeres y hombres en el mundo indígena. En M. Berraondo (coord.), Pueblos indígenas y derechos humanos (pp. 293- 309). Deusto, España: Publicaciones de la Universidad de Deusto. Recuperado de <http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/ManualPueblosIndigenas%20U%20Deusto.pdf>

6. Información proporcionada directamente por la Defensoría Penal Pública.

tierra, con los rituales, tradiciones y con su comunidad, lo que constituye el marco cultural con el que se insertan y relacionan con el mundo y que tiene una importancia primordial en el contexto indígena.

II.1. Características de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad

Las mujeres indígenas extranjeras en las regiones del norte de Chile tienen especiales características que las diferencia del resto de personas que ingresan al proceso penal, especialmente en lo que se relaciona con lugar de origen y etnia, delitos por los que son aprehendidas y situación económica.

II.1.a. Origen y Etnia

Casi la totalidad de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en estas áreas provienen de Bolivia y de Perú, y pertenecen principalmente a los pueblos Quechuas, Aymaras y menormente Atacameños. Ellas en general son hablantes del español pero además de su lengua originaria, principalmente de aymara y quechua, algunas de ellas son monolingües o tienen una escasa comprensión del español.

Algunas provienen de zonas urbanas en sus países de origen, habiendo previamente migrado desde el espacio rural en pro de la búsqueda de mejores condiciones de vida. Ya en la ciudad se le presentan nuevas problemáticas relacionadas especialmente con carencias económicas, sin embargo, mantienen un estrecho vínculo y sentido de pertenencia con sus comunidades de origen.

Otro grupo es el que proviene directamente de zonas rurales y pueblos andinos de zonas limítrofes con Chile, zonas inclusive con personas que mantienen las características de ser monolingües de su lengua originaria, en donde las características de pertenecer a una comunidad indígena son más visibles.

II.1.b. Nivel socio económico

Este grupo de mujeres se caracteriza por estar bajo condiciones económicas precarias, ya que gran parte de ellas no tienen los recursos financieros suficientes para cubrir sus necesidades básicas ni las de sus dependientes. A ello se une que además son jefas de hogar y suelen estar a cargo de mantener el hogar sin apoyo financiero de otras personas, debiendo cuidar de hijos y/o mayores. Muchas de ellas, principalmente las que habitan en zonas urbanas, viven en zonas marginales y pobres, sin vivienda propia. Todo ello implica que deben obtener recursos suficientes y en caso de no hacerlo, generar deudas en el sistema formal o informal.

Por lo anterior, algunas aceptan transportar sustancias prohibidas, con o sin conocimiento de las consecuencias que ello implica si son detectadas.

II.1.c. Tipo de delito

Las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones del norte del país, mayoritariamente son detenidas por delitos asociados al tráfico de drogas incluyendo tanto el tráfico de drogas tales como cocaína o marihuana, como el tráfico de medicamentos prohibidos. En segundo lugar, son detenidas por los delitos de contrabando.

Tal como se expuso, el problema económico es el principal factor que las lleva a aceptar trasladar droga a Chile y los grandes traficantes hacen un seguimiento e identificación de la vulnerabilidad de las mujeres a las que contactar.

En general, las mujeres indígenas extranjeras no entran al país caminando por el altiplano, ni siguiendo rutas por pasos no habilitados, lo que implica que principalmente se las detecta y detiene en los controles de aduana. Ello es importante para efectos de la correcta individualización e identificación de la detenida y su ingreso al sistema de identificación nacional, lo que tiene efectos posteriores en el proceso.

II.2. Principales problemáticas derivadas del encierro que enfrentan las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad

Las mujeres indígenas extranjeras reclusas presentan una serie de dificultades para sobrellevar su encarcelamiento, las que se expondrán en los párrafos siguientes.

Elas ingresan a un sistema diseñado ideológicamente, físicamente y en su esquema normativo para personas del género masculino, que además no considera la variable extranjera ni indígena. Ello provoca problemáticas que se visualizan, desde la mirada opuesta, como necesidades esenciales para sobrellevar el encarcelamiento.

II.2.a. Limitada o nula comunicación con la familia

Estando en prisión preventiva, las mujeres que provienen de zonas rurales y aisladas tienen muy poca o ninguna comunicación con sus familiares. En algunos de estos lugares no existe teléfono o no se puede acceder a una dirección física específica para poder dar aviso mediante correo postal. Este problema es la causa de que varias de ellas presenten un estado de ansiedad y depresión a los pocos días de ingresar a la cárcel, especialmente aquellas que no tienen contacto con sus hijos.

Otra problemática es la pérdida de los números telefónicos de familiares o cercanos, con lo que se dificulta el acceso a la comunicación, y en caso de tenerlos, las dificultades

institucionales en la cárcel no permiten concretar el contacto con la familia o éste es esporádico. A lo anterior se agrega el que éste es un grupo que escasamente recibe visitas de familiares y cercanos en los centros penitenciarios por lo que la relación con el mundo exterior es sumamente limitada.

II.2.b. Precariedad material

Al no contar con visitas ni tampoco con recursos, mientras las mujeres se encuentran en prisión preventiva y cumpliendo condena, no cuentan con los mínimos enseres personales, tales como vestimenta o útiles de aseo. Ocasionalmente reciben ayuda de otras internas o realizan actividades informales para generar recursos, tales como lavar la ropa de las reclusas chilenas o hacer tejidos que son comercializados entre ellas.

Desde las instituciones, incluyendo Gendarmería y consulados, hay muy limitados o nulos recursos. Ante este panorama, en la práctica en algunos recintos hay una dependencia de iniciativas que realicen organizaciones de beneficencia dirigidas a suplir estas carencias. Conjuntamente, las mujeres indígenas extranjeras se ven expuestas dentro del penal a robos y sustracciones de sus bienes por parte de otras internas.

II.2.c. Carencia de redes de apoyo

El hecho de provenir de otro país y muchas veces de zonas rurales, limita las posibilidades de recibir visitas. Además, una vez en libertad carecen de redes para obtener un lugar donde fijar su domicilio. Asimismo, el acceso a un trabajo está dificultado por tener antecedentes penales y por no tener contactos e incluso un permiso administrativo (visa) que le permita trabajar.

Estos son factores que son considerados en primer lugar por el tribunal para decretar la prisión preventiva. Si bien existen organizaciones y agrupaciones indígenas y de extranjeros en algunas localidades, lo cierto es que éstas no tienen como objeto primordial trabajar con este grupo de personas. No obstante que las instituciones reconocen los problemas que eventualmente enfrentan las mujeres en las cárceles, no cuentan con los medios económicos ni logísticos para poder ayudarlas y darles el apoyo que requieren.

II.2.d. Discriminación

Muchas de las mujeres privadas de libertad son objeto de acciones calificables como discriminatorias dentro del recinto penal, derivado de su condición de indígena y extranjera, ya sea por parte de otras internas o inclusive desde la percepción de ellas, por el trato que reciben por parte de funcionarios de Gendarmería. En algunos Penales no les permiten el uso de su vestimenta tradicional, comunicarse en su lengua originaria, preparar sus comidas típicas o son objeto de términos despectivos por parte de otras internas.

Si bien, ello fue percibido en algunos recintos, existen acciones en que destaca la voluntad de las autoridades por agregar elementos multiculturales durante la reclusión, tales como la celebración del año indígena o la incorporación de funcionarios que tengan una mirada con elementos afines.

Como se aprecia, las problemáticas están centradas en estos cuatro aspectos, aunque la situación que ellas enfrentan está dotada de un contexto aún más complejo. Estos elementos tienen consecuencias en el proceso, de ahí la importancia de considerarlos en la atención que reciben las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad por parte de la Defensoría Penal Pública.

III. Marco normativo aplicable al protocolo de defensa de mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad

Al revisar lo que acontece respecto a las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad desde su detención hasta el cumplimiento efectivo de la condena, necesariamente es pertinente hacer una referencia al marco normativo que trata la cuestión más allá de las particularidades y especificaciones de cada problema en concreto. Por lo anterior, a continuación se enumerarán los instrumentos en el ámbito internacional y en el ámbito interno, tanto los transversales como los específicos para cada una de las temáticas que tienen alguna incidencia desde la detención hasta la etapa de condena y cumplimiento de ésta.

III.1. Marco normativo internacional

Existen una serie de instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los cuales se establecen los derechos fundamentales de las personas y que son aplicables a las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad. Asimismo, existen instrumentos específicos que contemplan derechos y garantías para cada grupo específico: para mujeres, para indígenas, para extranjeras y para reclusas. Es importante que los defensores estén en conocimiento de estos instrumentos y que los hagan valer en sus alegaciones ante los tribunales de justicia.

A continuación se dará una explicación sucinta de los alcances de los instrumentos internacionales. No obstante, este tema tiene distintas aristas e interpretaciones, se expondrán resumidamente los argumentos que sean más convenientes para las alegaciones de la defensa en cuanto a la aplicación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que sean invocados respecto a las mujeres indígenas extranjeras reclusas en el proceso penal.

III.1.a. Alcance y obligatoriedad de los instrumentos internacionales

Para determinar el alcance y obligatoriedad de los instrumentos internacionales es significativo hacer la distinción, por un lado entre los Tratados Internacionales, donde

se pueden incluir los Convenios y Pactos, y por el otro, las Resoluciones de las Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos, de las cuales emanan las Declaraciones, Principios y Reglas.

i. Tratados Internacionales

Respecto a los tratados internacionales se observan los siguientes aspectos esenciales:

- a) Obligación internacional para el Estado desde el momento de la ratificación.
En derecho internacional existe el principio fundamental de *pacta sunt servanda*, que establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Este principio está contemplado en la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados.⁷
El tratado genera obligaciones internacionales desde que se produce la ratificación por el Estado y entra en vigor. Por lo tanto, no puede invocarse las disposiciones del derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado.⁸
- b) El tratado produce efectos en el ordenamiento jurídico interno una vez promulgado y publicado.
Si bien una vez que el Estado chileno ratifica un tratado queda obligado internacionalmente, en el ordenamiento jurídico interno para que dicho tratado comience a producir efectos requiere ser promulgado y publicado en el diario oficial.
- c) Rango constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos
Sobre la jerarquía de los tratados internacionales, en general en el ordenamiento jurídico chileno se les otorga un rango legal. Sin embargo, respecto a los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen un rango constitucional. En efecto, es importante destacar al respecto lo establecido en el artículo 5° inc. 2° de la Constitución:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Por lo anterior, ante una contradicción o incompatibilidad entre una ley y las normas internacionales de derechos fundamentales contempladas en los tratados internacionales de Derechos Humanos, atendida su jerarquía deben regir estas últimas.

En consecuencia, de acuerdo al artículo 6° de la Constitución que consagra el principio de la eficacia directa, todos los órganos públicos quedan limitados en su actuar por estos derechos y están obligados a promoverlos. Entre ellos, los tribunales de justicia, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública. (Defensoría Penal Pública, n° 7 2012, p. 71)

7. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en 1969. Chile la ratificó con algunas reservas y entró en vigor en 1981 con la promulgación y posterior publicación.

8. Convención de Viena, art. 27.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace la diferenciación entre un tratado tradicional, respecto a aquellos sobre derechos humanos, en cuanto a su objetivo y alcance. Esta especialidad ha sido reconocida por la Comisión Europea de Derechos Humanos según lo que establece la Corte en su opinión consultiva OC-2/82.⁹

ii. Resoluciones de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos

En relación a los alcances de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, éstas se traducen en lo que son las Declaraciones, Reglas, Principios y Directrices. Por su parte, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas son de distinta naturaleza jurídica, por lo que no serán tratados.

No existe ninguna duda en la comunidad internacional respecto que el derecho internacional de los derechos humanos está comprendido en los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho.¹⁰

En relación a las resoluciones de los organismos internacionales se discute el valor jurídico de las mismas y por tanto su obligatoriedad para los Estados miembros.

Algunos de los argumentos que se han dado para otorgar valor a estas resoluciones son los siguientes:

- a) Si la resolución establece una interpretación de la Carta de Naciones Unidas, tendría el mismo estatus legal que la norma interpretada, por lo que sería vinculante para los Estados miembros.
- b) Si en la resolución se manifiesta el deseo de los Estados de que su violación sería una violación a la Carta, sería vinculante a lo menos para los que votaron a favor.
- c) Si la resolución puede, en conjunto con otros actos, constituir práctica y *opinio juris* suficiente para considerar el contenido de la resolución como normas de derecho consuetudinario. (Medina. C y Mera, J. 1996, pp.31 -32)

Por ejemplo, respecto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos se reconoce su obligatoriedad ya sea por el camino de la costumbre o los principios generales

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Párrafo 29, señala: "...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes ("Austria vs. Italy", Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140)".

10. Estatuto Corte Internacional de Justicia, art. 38.

del derecho, o en virtud de una interpretación de la Carta de Naciones Unidas. Consecuentemente, la Declaración ha tenido una marcada influencia en las constituciones de muchos Estados y en la formulación de tratados de derechos humanos posteriores y resoluciones, (Shaw, M. 1997, p. 207)

No obstante lo anterior, si no se le puede atribuir a la resolución una fuerza vinculante para los Estados, ésta juega igualmente un papel importante en derecho internacional ya que servirá de guía para determinar el alcance y contenido de un derecho humano. (Medina. C y Mera, J. 1996, p. 32)

III.1.b. Marco Normativo Internacional General

Existen instrumentos internacionales que contienen normas generales y que son aplicables a las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad.

i. Convenios y Pactos

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) en San José de Costa Rica en 1969, ratificada por Chile el 8 de Octubre de 1990 y publicada en el diario oficial el 5 de enero de 1991.
2. Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura adoptada en Colombia, 1985, ratificada por Chile el 15 Septiembre de 1988 y publicada en el diario oficial el 26 de Noviembre de 1988.
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y publicado en el diario oficial de 29 de abril de 1989.
4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 y publicado en el diario oficial de 20 de mayo de 1989.
5. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, adherido por Chile el 27 de mayo de 1992 y publicado en el diario oficial el 20 de Agosto de 1992.
6. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte de 1989, ratificado por Chile el 26 de septiembre del 2008 y publicado en diario oficial el 5 de Enero de 2009.
7. Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, ratificada por Chile el 20 de octubre de 1972 y publicada en el diario oficial el 12 de noviembre del mismo año.
8. Convención contra la Tortura y otros tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1984, ratificada el 30 septiembre de 1988 y publicada en el diario oficial el 26 de noviembre del mismo año.
9. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, del año 2002 ratificado por Chile el 12 de diciembre del 2008 y publicado en el diario oficial el 14 de Febrero de 2009.

10. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990 y publicada en el diario oficial el 27 de septiembre de 1990.
11. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños adoptada el año 2000, ratificada por Chile el 20 de diciembre del 2004 y publicada en el diario oficial el 16 de febrero del 2005.

ii. Declaraciones, Principios y Reglas

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos que fue aprobada por Chile como miembro de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.
2. Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia en 1948.
3. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, consignados en la Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
4. Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
5. Principios Básicos Para el Tratamiento de los Reclusos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990.
6. Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173 el 9 de diciembre de 1988.
7. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad, (Reglas de Tokio) resolución 45/110 del 14 diciembre de 1990.

III.1.c. Marco Normativo Internacional Especial

Se refiere este apartado a las normas internacionales contempladas en los instrumentos internacionales, considerando la especialidad en cuanto a elemento de género, indígena y nacionalidad extranjera.

i. Normas especiales de género

1. Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979 ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989 y publicada en el diario oficial el 9 de diciembre de 1989.
2. Convención Interamericana para Prevenir la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará” de septiembre de 1994, ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996 y publicada en el diario oficial el 11 de Noviembre de 1998.

3. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), resolución 65/229 de la Asamblea General de Naciones Unidas de Marzo de 2011 .

ii. Normas especiales en materia indígena

1. Convenio n°. 169, OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 7 de junio 1989, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, vigente desde el 15 de septiembre de 2009 y publicado en el diario oficial el 14 de Octubre de 2008.
2. Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

iii. Normas relativas a personas extranjeras y migrantes

1. Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores Migrantes y sus Familiares de 18 de diciembre de 1990. Promulgado por Decreto n°. 84 de 12 de abril de 2005 de Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial de 8 de junio de 2005.
2. Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.
3. Resolución para la Protección de los Migrantes aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, por medio de la Resolución 59/194 de 20 de diciembre de 2004.
4. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954.¹¹
5. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 adherido por Chile con reservas el 28 de Enero de 1972 y publicada en el diario oficial el 19 de Julio de 1972.

III.2. Marco normativo nacional

A nivel nacional en el derecho interno, la situación de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad no tiene una regulación especial propia ni hay instrumentos legales que consideren las tres variables en su conjunto.

Las directrices más bien responden a instrumentos que tratan algunas de las características de este grupo o bien que se refieren a aspectos concretos. De este modo, se encuentran los cuerpos normativos generales que se refieren a la situación de los privados de libertad y cuerpos normativos especiales ya sea del ámbito indígena, del ámbito de extranjería y migración y, en menor parte, del ámbito referente al género.

11. Este instrumento no ha sido ratificado por Chile.

III.2.a. Marco Normativo Nacional General

1. Constitución Política de la República, publicada en el diario oficial el 24 de Octubre de 1980.
2. Código Procesal Penal de Chile, contenido en la Ley 19.696, publicado en el diario oficial el 12 de Octubre del 2000.
3. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Decreto Supremo 518, de 22 de mayo de 1998 del Ministerio de Justicia, publicado en el diario oficial de 21 de Agosto de 1998.
4. Reglamento de visitas de abogados y demás personas habilitadas a los establecimientos penitenciarios. Decreto 643 del Ministerio de Justicia, publicado en el diario oficial de 25 de Octubre del 2000.

III.2.b. Marco Normativo Nacional Especial

Como se indicó, se conjugan tres factores: el elemento género, el indígena y el de la nacionalidad extranjera. Por ello se deben considerar tres grupos de regulaciones, sin perjuicio de disposiciones específicas que existen a raíz de temáticas más precisas y definidas al interior de cada una de estas características.

i. Normas especiales de género

A nivel interno se dispone por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en el artículo 19, específicamente lo relacionado con la situación de maternidad y lactancia de la mujer privada de libertad.¹² Junto con establecer que no se puede castigar con la permanencia en celda solitaria a las mujeres embarazadas (art. 86), son todas las referencias al elemento género que se encuentran en este reglamento.

ii. Normas especiales en materia indígena

En cuanto pertenecer a un pueblo originario existe la ley indígena núm. 19.253, publicada en el diario oficial con fecha 5 de octubre de 1993, que establece disposiciones sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

12. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Artículo 19.- *Los establecimientos penitenciarios destinados a la atención de mujeres se denominan Centros Penitenciarios Femeninos (C.P.F.) y en ellos existirán dependencias que contarán con espacios y condiciones adecuados para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas.*

En aquellos lugares en que no existan estos Centros, las internas permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

Toda vez que ingrese una interna con hijos lactantes, el Jefe del Establecimiento deberá comunicar de inmediato este hecho al Servicio Nacional de Menores para los efectos de la respectiva subvención y de los programas o medidas que dicha Institución deberá desarrollar para el adecuado cuidado de los niños.

En los establecimientos en que se ejecute un contrato de concesiones, se estará además a lo que éste establezca respecto del cuidado, residencia y atención del lactante.

iii. Normas relativas a personas extranjeras y migrantes

A nivel interno la regulación de las personas extranjeras y migrantes, está dado por los siguientes instrumentos.

1. Decreto Ley de Extranjería N° 1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile, publicado en el diario oficial el 19 de julio de 1975.
2. Reglamento de la Ley de Extranjería aprobado por Decreto Supremo N° 597 de 14 de junio de 1984 y publicado en el diario oficial de 24 de noviembre de 1984.
3. Decreto con Fuerza de Ley 69 que crea el Departamento de inmigración y establece normas en la materia, publicado en el diario oficial el 8 de mayo de 1953.
4. Convenio Tacna- Arica. Convenio de tránsito de personas en la zona fronteriza chileno- peruana, firmado el 13 de diciembre de 1930, aprobado por el Decreto n° 174 de 1931 y publicado en el diario oficial de 14 de Marzo de 1931.
5. Ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de Refugiados, publicada en el diario oficial de 15 de abril del 2010.
6. Decreto Supremo del Ministerio del Interior n° 5.142 de 13 de octubre de 1960 que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros, publicado en el diario oficial de 29 de octubre de 1960.
7. Ley 19.581 de 19 de agosto de 1998 que establece la categoría de Habitante de Zonas Fronterizas, publicada en el diario oficial de 1 de septiembre de 1998.
8. Ley 18.216 que establece penas como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, publicada en el diario oficial el 14 de mayo de 1983.

Todo este cuerpo normativo con sus disposiciones específicas, cobra significado en el contexto de la detención y especialmente de las alegaciones y situaciones que se desarrollan en las fases posteriores a la condena y durante el cumplimiento de la sentencia privativa de libertad.

Además, este entramado de normas da cuenta de la complejidad de la materia, no obstante, se trataran aquellas que denotan especial importancia para las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad.

IV. Atención a la detenida mujer indígena extranjera en la comisaría o cuartel policial

La mujer indígena extranjera como representada presenta ciertas particularidades que los defensores deben tomar en consideración al asumir la defensa de este tipo imputadas. Deberán tener en cuenta el tema de género, la calidad de ser indígena y de provenir de otro país, particularidades que hacen que deba asumir una atención y una defensa más especializada y desde la óptica de la diferencia cultural.

Considerando estas características, el primer encuentro con una mujer indígena extranjera es determinante, no sólo en términos de generar la relación de confianza entre ella y su abogado(a), sino asimismo en otorgarle desde el inicio una atención especializada y de calidad.

Es relevante que los defensores además de considerar los aspectos culturales diferenciadores de su defendida, tomen en cuenta el estado de vulnerabilidad y psicológico en el que ella se encontrará al momento de la entrevista. En efecto, normalmente la detenida se sentirá muy asustada, cansada y temerosa de las personas y de su situación. La mujer ya habrá pasado por todo el procedimiento de detención previa, lo que implica entre otras cosas, el posible interrogatorio por parte de los funcionarios aprehensores, posibles malos tratos, revisiones físicas, sobre todo en aquellos casos en que la detención se enmarca dentro de los delitos contemplados en la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Asimismo, el defensor o defensora deberá considerar que su entrevistada es una mujer cuyo nivel educacional es normalmente muy básico, que tiene un absoluto desconocimiento del funcionamiento del sistema procesal penal chileno y de los actores que forman parte del mismo. Por lo que no es extraño que confunda el rol del juezes, fiscales o defensores, a quienes observa como parte de un mismo sistema. Por ello al momento de estar por primera vez frente a su abogado(a) no solo existirá un desconocimiento de su rol como tal sino que habrá un grado de desconfianza que afectará la fluidez de la comunicación inicial.

Las siguientes son algunas de las pautas a seguir por los defensores en la entrevista y atención con una defendida mujer indígena extranjera, entre las cuales se debe dar

importancia no sólo a la forma de la comunicación verbal y al lenguaje corporal, sino además al contenido del diálogo que genere con ella, el cual siempre será desde la óptica de la diferencia, considerando las condiciones especiales que detenta.

IV.1. Identificar una causa con una detenida mujer indígena extranjera

Una diferencia significativa en la atención de una imputada con estas características particulares deriva de la prontitud con que la Defensoría detecte que está ante un caso en que la detenida sea una mujer indígena extranjera, ya que ello facilita que desde el primer momento se le preste una atención que considere elementos específicos.

Las vías para estar en conocimiento de que se está ante una causa con estas características son diversas: ya sea por el envío del listado de detenidos por parte del tribunal o del Ministerio Público a la Defensoría, o bien, por información desde el Consulado o desde la Unidad Especializada de la Defensoría Nacional, quienes reciben información directa desde la Dirección General de Asuntos Consulares e Inmigración (DIGECONSU), dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores. El defensor o defensora debe tomar conocimiento de las detenciones de mujeres indígenas extranjeras, sea por alguna de estas vías o la que la misma Defensoría Regional haya establecido como la más expedita.

En tal sentido, es un facilitador el que la Defensoría en coordinación con el Ministerio Público o con el Tribunal de Garantía reciba la lista de detenidos que comparecerán en la audiencia de control de la detención, inmediatamente después de elaborada. Por lo anterior, resultan de suma trascendencia los canales de comunicación que la misma Defensoría pueda establecer según cada realidad regional.

Recibido el listado y habiendo tomado conocimiento del listado, el facilitador(a) intercultural, en la medida de lo posible realizará un chequeo de la información para determinar eventualmente si se está en presencia de alguna detenida indígena y extranjera. Normalmente, en esta etapa lo hará verificando sus apellidos. Si no es posible realizar tal acción en este momento, ya sea porque el facilitador(a) intercultural esté realizando otras acciones o porque el listado no esté disponible, es de suma utilidad que esta revisión sea realizada igualmente con posterioridad a los controles de detención de esa jornada.

Una vez identificada una posible causa con imputada indígena extranjera y antes de la audiencia del control de la detención, el facilitador(a) informará de inmediato al defensor o defensora especializado, de manera de que puedan concurrir conjuntamente a la entrevista previa.

IV.2. Entrevista en la Comisaría o en el Cuartel Policial

En conocimiento de la detención de una mujer indígena extranjera es fundamental que los defensores concurren a entrevistarla a la comisaría o al cuartel policial.

En efecto, de ser así podrá contar con mayor tiempo para hablar con la detenida, sin tener la presión de que prontamente comenzarán las audiencias de control de la detención. Además, podrá verificar in situ las condiciones de detención en las que se encuentra la mujer. Podrá tener acceso al parte policial, a las pertenencias personales de su representada y tendrá más tiempo no sólo para preparar las alegaciones que realizará en la audiencia de control de la detención, sino para gestionar los contactos que se requieran, tales como con el intérprete, cónsul, familiares, etc.

Evidentemente debe verificar que dicha entrevista se realice en un lugar físico adecuado que permita resguardar la confidencialidad de la conversación.

La entrevista de las mujeres indígenas extranjeras en la comisaría o cuartel policial puede significar una gran diferencia desde la óptica del tratamiento diferenciador que debe otorgarse a estas imputadas y que permitiría mejorar considerablemente su atención por parte de la Defensoría Penal Pública.

IV.3. Concurrencia de defensor o defensora especializado conjuntamente con facilitador(a) intercultural

A la primera entrevista con la mujer indígena extranjera, es fundamental que concorra el defensor o defensora especializado y el facilitador(a) intercultural.

La participación del facilitador(a) intercultural no solo permitirá apoyar la labor del abogado(a) incorporando los elementos culturales propios del mundo indígena, sino además ayudará a generar un vínculo entre éste y su defendida. Su presencia provocará que ella se sienta en un ambiente de mayor confianza al encontrar a un igual que pueda entender sus necesidades y requerimientos.

Asimismo, si la defensa la asume un defensor de género masculino y no una defensora podría obstaculizar aún más la fluidez de la comunicación con la representada. Ello por cuanto para las mujeres indígenas extranjeras que provienen de zonas rurales y de un contexto comunitario, es inusual entrevistarse a solas con un hombre desconocido. De este modo, en este caso es fundamental la labor que realice el facilitador(a) intercultural de género femenino en cuanto a servir de puente de comunicación entre abogado(a) y representada. Incluso se puede solicitar la asistencia de otra persona de género femenino para que acompañe en la entrevista.

IV.4. Tiempo necesario y razonable para la entrevista.

Una causa con una mujer indígena extranjera implica que se va a tener que destinar un mayor tiempo en la entrevista que en un caso que no detente estas características. Ello, ya que la calidad de la detenida va a requerir entre otras cosas, hacer mayor cantidad de preguntas para determinar acertadamente su condición de indígena y eventualmente el contenido específico de la causa.

Además, el abogado(a) le hablará pausadamente y destinará el tiempo suficiente para escuchar lo que su defendida quiera comunicarle.

IV.5. Considerar ciertos rasgos de personalidad de la mujer indígena extranjera en la entrevista.

Al momento de ser identificada una causa con una imputada indígena extranjera, se deberá asumir que la entrevista con la detenida deberá realizarse desde la óptica de la diferencia cultural.

Esto implica no sólo suponer que su representada se encuentra asustada por la situación que enfrenta, sino considerar que la mayoría de las mujeres extranjeras que provienen de comunidades indígenas, normalmente tienen conductas de sumisión. Ello se traduce, entre otras cosas, en que son muy calladas y no preguntan o cuestionan lo que se les informa o lo dicho por alguien a quienes ellas consideran como una autoridad. Esta actitud podría intensificarse aún más tratándose de un defensor de género masculino, ya que normalmente en las comunidades indígenas del norte existe un gran respeto por la figura masculina lo cual podría influir en la relación que se establezca con éste.

Estos elementos deberán ser considerados en la entrevista y deberá cerciorarse de que la información llegue en términos comprensibles para su representada. Esto permitirá que ella participe en las decisiones que se requieran en su propia defensa, sin embargo, atendida su idiosincrasia, se puede esperar que responda que entendió a una pregunta, en circunstancias en que probablemente no haya existido real comprensión de todo o parte de lo comunicado.

Por lo anterior, es primordial que el abogado (a) genere algunas técnicas que le permitan asegurarse de que la información llegó en términos comprensibles, algunas de las cuales pueden formularse como preguntas:

- ¿Cuál de las posibles alternativas presentadas le parece la más adecuada?
- ¿Puede repetir lo señalado?
- Según lo expuesto ¿Puede indicar que va a suceder?

IV.6. Primer contacto con la detenida

La forma en que se forja la primera aproximación con la mujer indígena extranjera es fundamental en términos de generar una relación sólida de confianza entre abogado(a) y representada que pueda mantenerse hasta el término de la causa. Por ello la actitud, el lenguaje verbal y corporal resultan esenciales para dar una buena impresión a la defendida y comenzar a construir desde ahí un vínculo fluido de comunicación. Estos elementos abarcan desde el saludo hasta la enunciación de los derechos, según se acotan en los siguientes apartados.

i. Saludo

El saludo es el primer contacto que el defensor o defensora tendrá con su representada. Al momento de encontrarse con ella debiera presentarse como su abogado(a), saludar de la mano, mirándola siempre a los ojos. En las comunidades indígenas del norte el contacto visual tiene como significado la transparencia, que es un valor muy relevante en estas culturas.

ii. Lenguaje a utilizar por el defensor o defensora.

Es imprescindible que se exprese de manera clara frente a su defendida. Ello implica hablar en términos simples, modular bien y hablar pausadamente. Ser cordial, empático y tener siempre en consideración que el objetivo es generar confianza en su defendida.

Si bien, existen en el proceso penal muchos términos técnicos, se simplificará la explicación de los mismos, de manera que la información llegue de manera comprensible para la detenida, en especial sobre la situación jurídica que la afecta. No se debieran usar términos legales, ya que normalmente no son parte del vocabulario de la detenida. Además, se recomienda el uso de sinónimos para relatar aspectos más bien formales o relacionados con el proceso.

Asimismo, es significativo el tono de voz que se utilice y la actitud corporal que tenga frente a su representada, ya que lo que ella espera - bajo una situación de absoluta vulnerabilidad - es conocer no solo el estado procesal en que se encuentra sino además sentirse acogida y comprendida por la persona que asumirá su defensa. No obstante la actitud amigable que deban tener los defensores con su representada, no hay que perder de vista que no se trata de generar una relación de amistad sino que el buen trato debe estar siempre enmarcado en la relación profesional.

iii. Intérprete ¹³

En el primer contacto con la detenida, se puede estimar que se está frente a alguna situación particular por el uso de la lengua por parte de ella. De este modo, se puede

13. Sobre el fundamento jurídico para exigir la presencia de intérprete véase el apartado V.3.

verificar que está frente a una mujer indígena extranjera monolingüe en el uso de la lengua de su pueblo originario, o que tiene muchas dificultades para comunicarse satisfactoriamente en el castellano.

Lo mismo se aplicará en aquellas situaciones en las que si bien la mujer tienen un dominio parcial del español, este no es su lengua materna, por lo tanto, la información no llega de manera completamente comprensible y ella no puede darse a entender adecuadamente.

O bien puede suceder que la mujer sólo desee expresarse en su lengua originaria, caso en el que se respetará su derecho.

En aquellas situaciones en que el facilitador(a) intercultural tenga un manejo fluido de la lengua de la defendida, podrá concurrir en calidad de intérprete.

Evidentemente una buena comunicación verbal entre abogado(a) y representada, afectará la estrategia de defensa que se elabora, la información que la mujer puede aportar, y todo el derecho a defensa en su conjunto. Por ello se tomarán todas las medidas tendientes a asegurar que la mujer se exprese y reciba la información en forma comprensible.

iv. Presentación y explicación del rol del defensor o defensora y facilitador(a) intercultural

Tal como se señaló previamente, la detenida no conoce el funcionamiento ni los actores del sistema procesal penal chileno. La mayoría de ellas no se han visto nunca enfrentadas a un proceso penal, ni siquiera en su país de origen.

Por lo tanto, es fundamental que el defensor o defensora se presente, señalando que es quien asumirá la defensa de su causa. Es necesario que se le informe que si bien el servicio que se le otorgará será gratuito, se proporcionará una defensa de calidad. Ello por cuanto en su país de origen normalmente deben pagar por acceder a una defensa, por copias de la carpeta y por realizar otras gestiones ante el tribunal, por lo que la impresión desde su calidad de persona extranjera es que si la defensa no es remunerada no es de buen nivel.

Además, le informará que la Defensoría Penal Pública estará a cargo de su defensa durante todo el tiempo que dure su proceso penal, a menos que ella decida contratar un abogado particular.

Asimismo, se le debe explicar el rol del facilitador(a) intercultural, que estará presente durante todo el proceso apoyando no solo a los defensores sino que estará disponible para resolver sus requerimientos y necesidades.

Se le otorgará a la representada, una cartola u otro documento donde aparezca el nombre de su abogado(a) y del facilitador(a) intercultural, así como su dirección y teléfonos de contacto.

v. Derechos de la detenida

Es imprescindible que se le dé a conocer a la detenida sus derechos como imputada indígena extranjera, por parte de su defensor o defensora.

Estos derechos son los contemplados en los tratados internacionales, Constitución Política de la República, Código Procesal Penal. Particularmente tiene que informar sobre:

- derecho a conocer el motivo de su detención
- derecho a ser informada sobre los hechos que se le imputan y derechos que le otorgan la Constitución y las Leyes
- derecho a guardar silencio y no ser obligada a declarar
- derecho a declarar
- derecho a no ser tratada como culpable
- derecho a que se sepa que está detenida
- derecho a comunicarse y ser visitada
- derecho a ser asistida por un abogado(a) de confianza y a entrevistarse personalmente con él
- derecho a ser trasladada ante la presencia del juez a más tardar en 24 horas
- derecho a que un juez se pronuncie sobre su detención
- derecho a que su situación sea comunicada al representante consular de su país y a entrevistarse con el mismo¹⁴

A estos además, se agregan los derechos a no auto incriminarse, a la presunción de inocencia y a no recibir maltratos físicos ni psicológicos.

Asimismo, se le informará sobre sus derechos como mujer indígena contemplados en el Convenio n° 169 de la OIT y que estos derechos permiten realizar una valoración especial de la condición étnica, estableciendo derechos específicos por su condición de pertenencia a una comunidad indígena. El estar bajo conocimiento de que la condición de ser indígena puede tener ciertas ventajas, puede facilitar la parte de la entrevista que se refiere a la identificación de la mujer como tal, lo cual hará más expedita la comunicación con ella.

14. Derechos publicitados en el Decálogo de Derechos de Detenidos trabajado en la mesa de Trabajo Interinstitucional sobre Acceso a la Justicia Penal de Migrantes y consignada en sus conclusiones de 6 de diciembre del 2012. Este decálogo está disponible en inglés, portugués, español, francés, alemán y chino. Además se dispuso su traducción en quechua, aymara y guaraní.

Luego de esta fase informativa, se comprobará con la mujer si se le dieron a conocer sus derechos por parte de la Policía de Investigaciones o Carabineros al momento de la detención. Asimismo se le preguntará si fue golpeada o maltratada físicamente o interrogada, de manera de hacer las alegaciones pertinentes en la audiencia de control de la detención.

vi. Derecho al aviso consular

El derecho a la notificación consular está contemplado en el artículo 36. letra b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, firmada y ratificada por Chile.¹⁵ En relación a este derecho que le asiste a la detenida extranjera, se pueden presentar distintas situaciones y acciones a realizar que el defensor o defensora debe considerar:¹⁶

- a) Verificar que el funcionario aprehensor le dio a conocer el derecho que le asiste de dar aviso al funcionario consular. Si se dio cumplimiento a este derecho, deberá determinar en qué momento fue notificada, ya que eso puede tener repercusiones en la legalidad de la detención.
- b) Si se le ha informado acerca de su derecho a contactar al funcionario consular y la detenida ha manifestado al funcionario aprehensor su voluntad de que sea notificado, deberá constatar que se haya dado ejecución a dicho aviso.
- c) Existen situaciones en las cuales la detenida aparece firmando su renuncia al aviso consular. En dicho evento, deberá confirmar esta información con la detenida. Si esta

15. Este derecho se consigna además en:

Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. Regla 38.1: *Los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares.* 2) *Los reclusos que sean nacionales de Estados que no tengan representación diplomática ni consular en el país, así como los refugiados y apátridas, gozarán de las mismas facilidades para dirigirse al representante diplomático de Estado encargado de sus intereses o cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos.*

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Principio 16

2. *Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informada prontamente de su derecho a ponerse en comunicación por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o de aquel al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho internacional o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.*

16. La Opinión Consultiva OC-16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, emitida a raíz de la consulta del Estado de México sobre la aplicación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La Corte señala que esta norma reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre los que está el derecho a la información sobre la asistencia consular, siendo deber del Estado el posibilitar el acceso a los funcionarios consulares del país del detenido. Esto se realiza mediante la información al detenido sobre los derechos que le reconoce la norma citada al momento de privarlo de libertad y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad. La Corte indica expresamente que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero afecta las garantías del debido proceso legal. Expresa la Corte: 121. *Es evidente que, en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene - y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía - se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.*

122. *En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.*

manifiesta que no era su intención y que sólo firmó a solicitud del funcionario aprehensor, lo hará presente en la audiencia del control de la detención. Por el contrario, si realmente su voluntad es que no sea informado el Consulado, realizará gestiones a fin de confirmar con los funcionarios aprehensores que no se haya efectuado la notificación.

- d) Luego de verificar todos los pasos anteriores y si la defendida mantiene su voluntad de ejercer su derecho al aviso consular, éste o el facilitador(a) intercultural en su caso, deberán hacer el contacto con el Consulado a la brevedad posible.

IV. 7. Formulario Único de Ingreso (FUI): identificación causa mujer indígena extranjera

La entrevista a una persona detenida será como primera opción en la comisaría o en el calabozo. En el contexto de esta entrevista se debe completar un formulario (FUI), que consigna diversos datos que van desde la identificación de la persona hasta los hechos que motivaron la detención. Conjuntamente se dejará consignado si se está ante una persona indígena o ante una persona extranjera, **condiciones que no son excluyentes entre sí.**

Es imprescindible que el defensor o defensora, previo a comenzar con las preguntas de identificación para determinar la calidad de indígena de la imputada, le comunique expresamente los aspectos básicos referentes a los derechos que le amparan. Ello facilitará la comunicación y la confianza. De este modo, se le puede referir, al menos, lo consignado en el siguiente recuadro:

La Defensoría Penal Pública cuenta con una defensa especializada para personas que pertenecen a pueblos indígenas.

Las personas que pertenecen a pueblos indígenas están resguardadas en sus derechos por el Convenio 169 de la OIT.

Los derechos específicos que emanan de la calidad de indígena y de este Convenio, son algunos tales como:

- Derecho a no ser discriminada.
- Derecho a hablar su propio idioma y cuando sea necesario a contar con un intérprete.
- Derecho a que se consideren sus costumbres.
- Derecho a la protección de las prácticas culturales, religiosas y culturales.
- Derecho a que en la aplicación de las sanciones penales se tomen en cuenta las características económicas, sociales y culturales.
- Derecho a que se de preferencia a sanciones distintas al encarcelamiento.

Una vez que la imputada tome conocimiento de que pueden existir ciertas ventajas emanadas de la calidad de indígena, el defensor o defensora comenzará con las preguntas tendientes a la identificación.

i. Causa con imputada extranjera

La determinación de la condición de extranjera en la hoja FUI está dentro del grupo de las primeras preguntas. Por lo general, establecer la calidad de extranjera de la representada no presenta ningún inconveniente. **Sin embargo, la condición de extranjera e indígena no son excluyentes.** Por lo anterior, no obstante haber determinado la condición de extranjera de la detenida, debe continuar con el formulario FUI y hacer las preguntas tendientes a determinar si su defendida tiene además la calidad de ser indígena.

ii. Causa con imputada indígena

Existen cinco criterios en la hoja FUI para poder determinar si se está en presencia de una persona que tenga la calidad de indígena. Si bien estos criterios fueron en su mayoría recogidos por la Ley indígena 19.253, la cual se refiere a la identificación de indígenas chilenos, estos deben igualmente aplicarse a las entrevistadas extranjeras. Ello le permitirá establecer si está en presencia de una detenida que tenga la condición de ser indígena y extranjera.

En cuanto a las preguntas o criterios, no es requisito que se realicen todas y cada una de ellas. Conjuntamente, las preguntas no serán planteadas en términos literales como aparecen redactados en el formulario FUI. Es fundamental que el abogado(a) los adapte, para la debida comprensión. Además, al ser extranjeras manejan en sus países de origen definiciones y términos particulares a su contexto cultural, legal y administrativo.

Se le explicará asimismo que las preguntas contenidas en el cuestionario, están destinadas a favorecerla y a conocer mejor su condición y situación.

Se sugiere que el defensor o defensora comience por preguntar si habla aymara, quechua, atacameño u otra lengua originaria. Si hay una respuesta positiva de la mujer, no es necesario seguir con los otros criterios de identificación, a menos que lo estime oportuno. De lo contrario, deberá seguir indagando en base a los otros criterios.

Basta con el cumplimiento de un criterio para identificar una causa con una mujer indígena.

A continuación se revisarán los criterios contenidos en el formulario FUI en un orden adecuado para su formulación con la entrevistada.

1. *Si el imputado o imputada se comunica naturalmente con la lengua indígena:*

Entre las mujeres indígenas extranjeras de la zona andina del norte de Chile, las lenguas indígenas predominantes son el aymara, quechua y atacameño. Existe una gran proporción de estas mujeres que si bien algunas de ellas pueden entender algunos conceptos aymara, quechua o atacameño, no son hablantes de estas lenguas, sino que su idioma materno es el español. No obstante ello, son indígenas y se identifican como tales.

Se comenzará preguntando si habla aymara, quechua, atacameño u otra lengua originaria.

Si la respuesta es positiva, se entiende que se ha identificado una causa con una imputada indígena por lo que no será obligatorio seguir con las otras preguntas, a menos que se estime necesario. Si por el contrario, la respuesta es negativa, deberá seguir indagando en base a los otros criterios que se expresan en los párrafos siguientes.

2. *Autodefinición de indígena:*

Este debiera ser el segundo criterio de identificación. Sin embargo, es fundamental explicarle a la mujer previamente los beneficios de ser indígena. De lo contrario la pregunta podría tener una respuesta negativa, no obstante estar en presencia de una persona que si lo sea o se sienta como tal.

Lo anterior, se genera ya que primeramente existe un grado de desconfianza inicial de la defendida respecto a la persona que la está entrevistando y a la situación que está enfrentando. En segundo lugar, el concepto indígena está relacionado muchas veces en su país de origen con un accionar discriminatorio, por tanto el razonamiento de la representada puede tender a desconocer su condición de indígena en el entendido de que este reconocimiento podría perjudicarla.

3. *Si el imputado tiene uno o dos de los apellidos indígenas:*

En el caso de estar en presencia de una mujer con uno o los dos apellidos indígenas, será más fácil lograr la identificación.

Sin embargo, es común en los pueblos andinos encontrar personas pertenecientes a comunidades que no tengan apellidos indígenas, pero no obstante tengan dicha calidad. Ello ya que los apellidos de personas indígenas pueden haber sido hispanizados y son considerados igualmente indígenas por la comunidad ya que las personas son parte de ella, siguen las costumbres y tradiciones propias de la cultura.

4. *Si el imputado o imputada indígena declara pertenecer a alguna comunidad u organización indígena:*

En términos generales las mujeres indígenas bolivianas y peruanas comprenden la expresión referente a la pertenencia a una comunidad. Sin perjuicio de ello, es necesario complementar la pregunta con otras como por ejemplo cuáles son las actividades que realiza en su comunidad, quienes componen su grupo familiar, si celebra algunas festividades, entre otras. Esto va a permitir no solamente determinar su condición de indígena sino además determinar si tiene alguna práctica cultural.

5. *Pertenencia a un pueblo originario:*

Si bien este es el primer criterio que aparece en el formulario FUI, se recomienda que no sea la primera pregunta, sino que sea realizada si las anteriores no tienen una respuesta positiva.

Esta pregunta si se plantea de forma literal puede confundir o conllevar una respuesta negativa. En efecto, el concepto *pueblo originario*, no es un concepto con el cual se encuentren familiarizados los indígenas provenientes de Bolivia o Perú. Por lo tanto, al realizar la pregunta de si pertenecen a un pueblo originario, probablemente van a responder negativamente, ya que no se transmite la pregunta en

términos favorables a la comprensión. Por lo anterior, se recomienda que la pregunta sea adaptada y se usen palabras afines y no literales.

6. *Si tiene un documento que acredite su calidad de indígena:*

Tratándose de mujeres indígenas extranjeras, será muy difícil que en la primera entrevista porten un instrumento que acredite la calidad de indígena, sin perjuicio que durante el proceso su propio Consulado pueda otorgarle dicho documento. Eventualmente se podría adecuar la pregunta en términos de conocer si en su país de origen se le ha entregado algún documento donde se constate su calidad de indígena.

IV.8. Informar a Facilitador(a) Intercultural

Idealmente la primera entrevista a la detenida es de suma conveniencia que sea ejecutada de manera conjunta con el defensor o defensora y el facilitador(a).

Si la primera entrevista no se efectúa con la presencia del facilitador(a) intercultural, una vez realizada la primera entrevista se deberá tomar contacto inmediato con aquel para determinar la necesidad de que concurra o no a la audiencia de control de la detención.

Asimismo, en aquellos casos en que se hayan realizado todas las preguntas tendientes a determinar la calidad de indígena de la detenida y aún existan dudas acerca de ello, deberá informar al facilitador(a) intercultural, para que sea éste quien se reúna con la mujer y determine si efectivamente se trata de una detenida indígena.

En cualquier caso si no hubo una entrevista conjunta de los dos profesionales con la detenida, y ella queda privada de libertad, la primera visita a la cárcel debe ser de ambos profesionales con la mujer privada de libertad.

IV.9. Recabar información de la defendida sobre su proyecto de vida en Chile

Es indispensable que el defensor o defensora desde la primera instancia de contacto con la detenida recabe la información respecto a si tiene o no un proyecto de vida en Chile. (Olea, 2012).

Puede presentarse la situación, de que si bien la detenida tiene la calidad de ser extranjera, puede estar viviendo en Chile, tener residencia o simplemente su expectativa es permanecer en el país, ya sea por razones familiares, laborales o personales.

La defensa debe estar atenta y en conocimiento de las circunstancias migratorias de su representada, ya que esto será relevante por las posibles soluciones de término de la causa y las solicitudes que pueda realizar en la audiencia ante el tribunal.

Este elemento resulta fundamental en el proceso penal además porque la forma de término del proceso puede determinar la situación migratoria de la persona y viceversa. Por ello el llamado es que se establezca una comunicación con la defendida de manera de estar atento a sus planes, cambios y decisiones que tome respecto del proyecto de vida.

IV.10. Conocimiento del parte policial

Es importante que en la primera entrevista ya se tenga conocimiento del parte policial. Esto le permitirá al los defensores tener una primera aproximación de los hechos para poder apoyarlo con la versión de su defendida.

Por ello es ventajoso que la primera entrevista con la detenida se realice en la comisaría o cuartel policial, ya que así puede solicitar directamente a carabineros o funcionarios policiales el acceso a los antecedentes.

En caso en que la entrevista se realice en el calabozo del tribunal, es indispensable que previamente se tenga acceso a los antecedentes de la carpeta de investigación, de lo contrario tendrá que entrevistarse con ella por segunda vez acerca de los antecedentes contenidos en el parte policial. No se recomienda bajo ningún evento, que esto se realice una vez que la mujer se encuentra en la sala de audiencia, ya que al estar bajo presión y estar próximo al inicio de la audiencia, necesariamente se vería afectada la comunicación con su representada.

IV.11. Relato de los hechos y circunstancias de la detención

Se le preguntará a la detenida acerca de las circunstancias de la detención y la ocurrencia de los hechos.

Para que se exprese en forma abierta y aporte elementos relevantes, tal como se mencionó con anterioridad, es importante que la detenida tenga conocimientos de que el defensor o defensora está para apoyarla y ayudarla jurídicamente, y de que está amparada por una serie de derechos tales como el derecho a guardar silencio, a no autoincriminarse, a conocer el motivo de su detención, entre otros.¹⁷

Se tomará un tiempo razonable para explicarle sobre los hechos por lo que se le está imputando y conocer las causas que la llevaron a ello. Esto es significativo, ya que permite desde ya ir configurando las alegaciones para la audiencia de control de la detención.

17. Ver aparatado 4.6.

Atendido que la mayoría de las detenciones de mujeres indígenas extranjeras son con ocasión de delitos de tráfico de drogas contemplados en la Ley 20.000, si las circunstancias de los relatos de los hechos lo ameritan, es recomendable que se explore si existiría por parte de la detenida algún interés de acogerse a la opción de la cooperación eficaz contemplada en el artículo 22 de la misma ley en caso que sea ventajoso. Asimismo, si los antecedentes de la carpeta lo requieren, debiera evaluar desde ya con su defendida las posibilidades de un procedimiento abreviado o en su caso de un juicio simplificado. Conjuntamente, debe verificar si su representada es reincidente en el delito.

Frente a escenarios en los que la pena y circunstancias del tipo de delito lo permitan, se explorará con la detenida la posibilidad de aceptar alguna salida alternativa para el evento que sea ofrecida por el fiscal.

Si bien no necesariamente se tomará una decisión en la audiencia del control de la detención, la exploración de posibilidades con la defendida proporcionará un mayor espectro de alternativas, eligiendo la que sea mejor para ella, y pudiendo orientar las alegaciones de la defensa en la audiencia o realizar las eventuales negociaciones con el fiscal. Además, le permitiría avanzar más rápidamente en el proceso, acortando los tiempos de duración del mismo y solicitando desde ya los documentos necesarios.

IV.12. Explicar las etapas del proceso y anticipación de lo que ocurrirá en la audiencia de control

Una vez que se haya conversado sobre todos los aspectos anteriores, es fundamental que se informe a la detenida acerca de la situación jurídica en que se encuentra y sus consecuencias. Para ello le dará a conocer las etapas del proceso penal, su duración y una explicación de lo que ocurrirá en la audiencia del control de la detención, y de la presencia y rol de los operadores del sistema: juez(a) y fiscal. Asimismo se le reforzará en los términos de que será acompañada en todo momento por su defensa en la audiencia.

En conocimiento de los hechos de la causa, el delito que se le imputa y antecedentes de la carpeta de investigación, es imprescindible que se informe a la detenida las principales resoluciones que puede dictar el tribunal en relación a su situación, en particular en lo vinculado a la posibilidad que se decrete la medida cautelar de prisión preventiva. Ello le permitirá a la representada estar en conocimiento de lo que eventualmente acontecerá y que las resoluciones que adopte el tribunal no sean de manera sorpresiva. Esto facilita además generar y fortalecer la relación de confianza entre abogado(a) y defendida.

Cabe reiterar lo ya expresado en el apartado que trata sobre el lenguaje que se utiliza, en especial sobre evitar el uso de vocablos técnicos, usar un lenguaje comprensible para la detenida y utilizar sinónimos para relatar aspectos formales o relacionados con

el proceso, tales como prisión preventiva, arraigo, suspensión condicional, legalidad de la detención, entre diversos otros.

IV.13. Consignar el estado de salud de la detenida

El defensor o defensora debe confirmar con la detenida si tiene algún problema de salud que la afecta o si está embarazada. Esto es relevante ya que para el evento que el tribunal ordene la prisión preventiva de la representada, es oportuno que el abogado(a) deje consignado esta circunstancia en la audiencia.

Que un médico debe revisar a cada recluso una vez ingresado a un Penal lo consigna expresamente la Regla 24 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos,¹⁸ igualmente se dispone aquello en el Principio IX.3 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas,¹⁹ en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión²⁰ y en las Reglas de Bangkok.²¹

18. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas. Regla 24: *El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.*

19. Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en Las Américas- Principio IX.3. Examen médico. *Toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental; asegurar la identificación y tratamiento de cualquier problema significativo de salud; o para verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas o determinar la necesidad de atención y tratamiento.*

La información médica o psicológica será incorporada en el registro oficial respectivo, y cuando sea necesario, en razón de la gravedad del resultado, será trasladada de manera inmediata a la autoridad competente.

20. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Principio 24 *Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.*

21. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Regla 6 a) Reconocimiento Médico

El reconocimiento médico de las reclusas comprenderá un examen exhaustivo a fin de determinar sus necesidades básicas de atención de salud, así como determinar: a) La presencia de enfermedades de transmisión sexual o de transmisión sanguínea y, en función de los factores de riesgo, se podrá ofrecer también a las reclusas que se sometan a la prueba del VIH, impartándose orientación previa y posterior; b) Las necesidades de atención de salud mental, incluidos el trastorno postraumático del estrés y el riesgo de suicidio o de lesiones autoinfligidas; c) El historial de salud reproductiva de la reclusa, incluidos un posible embarazo en curso y los embarazos anteriores, los partos y todos los aspectos conexos; d) La presencia de problemas de toxicomanía; e) Abuso sexual y otras formas de violencia que se hayan sufrido antes del ingreso.

Regla 8 En todo momento se respetará el derecho de las reclusas a la confidencialidad de su historial médico, incluido expresamente el derecho a que no se divulgue información a ese respecto y a no someterse a reconocimiento en relación con su historial de salud reproductiva.

Regla 9 Si la reclusa está acompañada por un niño, se deberá someter también a este a reconocimiento médico, que realizará de preferencia un pediatra, a fin de determinar sus necesidades médicas y el tratamiento, si procede. Se brindará atención médica adecuada, y como mínimo equivalente a la que se presta en la comunidad.

IV.14. Recabar datos de contacto de familiares

En la primera entrevista se deben hacer los esfuerzos tendientes a recabar los datos de contacto de familiares de la detenida.

Algunas detenidas tienen la aprehensión de no querer proporcionar antecedentes de contacto con sus familiares, ya que existe el temor de que la situación sea conocida por la comunidad de origen, pudiendo posteriormente ser rechazadas al momento de querer reintegrarse. Por ello es esencial que se le explique la relación de confidencialidad y que sólo se le informará a la persona que ella indique. Asimismo, se le informará de manera clara los efectos positivos que puede tener el mantener contacto con familiares, entre los cuales el permitir acreditar algún tipo de red de apoyo o tener acceso a documentos que permitan terminar en menor tiempo la causa.

Por otra parte, al momento de la detención son incautados todos los objetos personales que ellas portan, entre los cuales se encuentran teléfonos celulares, papeles, notas, etc. Muchas de ellas tienen consignados en sus pertenencias los datos de sus familiares los cuales son difícilmente recuperables una vez que se encuentran privadas de libertad. Por ello, si es la primera entrevista en la comisaría o cuartel policial y es informado por parte de la detenida de que sus contactos se encuentran entre los objetos personales que le fueron incautados, el defensor o defensora deberá hacer las gestiones en dicho momento con los funcionarios aprehensores, de manera que se le permita anotar teléfonos y direcciones de la familia o personas de contacto.

Por otro lado, si la entrevista se realiza en el calabozo del tribunal, se verificará con los funcionarios de Gendarmería presentes, si entre los objetos personales de la mujer se encuentra algún teléfono o dirección, de acuerdo a la información entregada por la detenida.

En caso que exista oposición de los funcionarios aprehensores o de Gendarmería para acceder a esos datos, se le deberá señalar al juez de garantía en la audiencia de control de la detención o eventualmente se hará uso de la cautela de garantía, en base a las normas y al derecho de la detenida de contactar a sus familiares.

No obstante, si la representada insiste en no dar aviso a familiares, se debe respetar esta decisión.

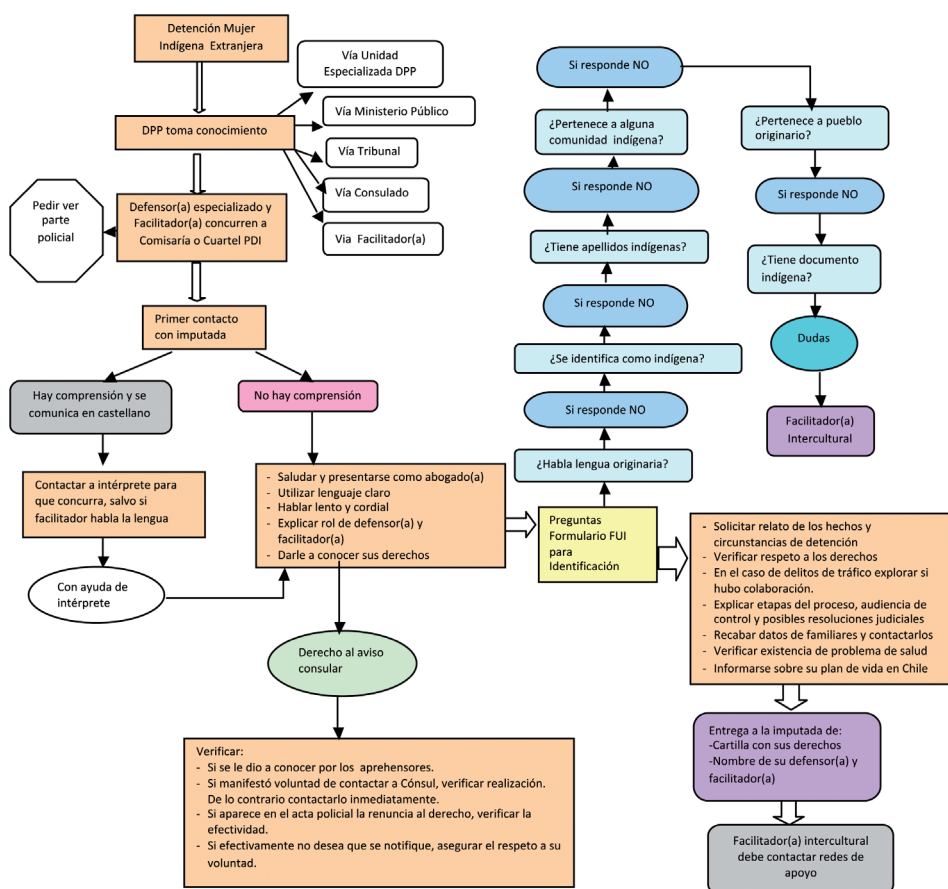
IV.15. Contacto con redes de apoyo

En aquellas ciudades o regiones donde se hayan generado redes de apoyo con comunidades u organizaciones indígenas y/o extranjeras, el facilitador(a) intercultural o la encargada de la Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa en su caso, deberán tomar

contacto inmediato con éstas una vez entrevistada la detenida. Ello a objeto de que pueda contar, cuando sea posible, con el apoyo de dicha comunidad u organización, para poder incorporar este antecedente en las alegaciones en la audiencia del control de la detención, en particular a lo que se refiere al arraigo nacional y al apoyo de redes sociales, permitiendo generar algún argumento en el evento de que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva como medida cautelar.

Como se puede observar las acciones del defensores y facilitador(a) intercultural a lo largo de esta fase de atención y de entrevista previa al control de detención son elementos esenciales que tendrán incidencia en las fases posteriores al proceso. Por ello no se debe perderlas de vista ni obviarlas al momento de realizar esta acción.

Primera entrevista del defensor o defensora y facilitador(a) intercultural con la mujer indígena extranjera privada de libertad



V. Atención a la mujer indígena extranjera en la primera comparecencia al tribunal. Audiencia de control de la detención

Esta audiencia significa la primera comparecencia ante el tribunal de la mujer indígena extranjera. Cabe consignar que el estado emocional de ellas en este momento es de nerviosismo y angustia, los que si bien son propios de cualquier detenido, aquí se hacen más visibles en consideración a que la persona está en un contexto cultural y legal diferente y ajeno al de su país de origen. Estos elementos que deben ser considerados por defensores tanto para evaluar los diferentes aspectos que se expresarán, como para el trato y la relación que tenga con la detenida en ese momento.

V.1. Comparecencia de defensores especializados

En la audiencia del control de la detención deberá comparecer el defensor o defensora especializado y el facilitador(a) intercultural cuando sea necesario, entendiendo que ambos, o al menos el abogado(a) ya se han entrevistado con la detenida.

V.2. Solicitud de suspensión de la audiencia si no haya podido entrevistarse con la detenida

En aquellas situaciones en las cuales la defensa no se haya podido entrevistar con su defendida en la comisaría o cuartel policial, ni en el calabozo del tribunal, o no haya tenido el tiempo suficiente para poder entrevistarse con ella de manera de recabar los antecedentes y circunstancias tanto de la detención, de los hechos y todas las particularidades de estar frente a una mujer indígena extranjera, se solicitará al tribunal que se suspenda la audiencia(a) de conformidad al artículo 10 del Código Procesal Penal, para poder entrevistarse adecuadamente con ella.

En efecto, el deberá hacer efectiva la cautela de garantía de manera de asegurar que su representada tenga una adecuada defensa y para ello será requisito que cuente con

el tiempo suficiente para poder entrevistarse con ella, de manera privada y confidencial.

V.3. Concurrencia de un intérprete²²

La única manera en que legalmente se puede formalizar a una persona implica necesariamente que esta pueda comprender los términos de la formalización, por ello, es de cargo del Ministerio Público disponer de un intérprete para cuando el detenido lo requiera. Sin embargo, esto no puede significar que la defensa renuncie a su función que incluye necesariamente una fluida comunicación con su representada. Por ello la necesidad de intérprete tiene esta doble mirada.

La asistencia del intérprete es significativa no solo en función de que la defendida comprenda la formalización e imputación de cargos, sino además para que tenga conocimiento que puede intervenir en la audiencia si requiere aportar algún antecedente, declarar ante el juez o ante el fiscal, para que comprenda lo que está ocurriendo a su alrededor en relación a su proceso, para que pueda relacionarse con su defensa, y para preparar la estrategia de defensa o recibir y proporcionar información.

Por ello se hace imprescindible que la Defensoría Penal Pública además mantenga en cada una de las localidades, una lista de intérpretes principalmente de aymara, quechua o atacameño, a los cuales se pueda tener inmediato acceso y proceder a contactarlo a la brevedad si es requerido.

Los fundamentos legales de contar con un intérprete para la mujer indígena extranjera que no comprenda castellano, que no se comuniquen en dicho idioma o que quiera hacer uso de su derecho a hablar en su lengua originaria, se encuentran establecidos en los siguientes instrumentos jurídicos:

- Artículo 8 n° 2, letra a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³
- Artículo 14 n° 3, letra f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.²⁴
- Artículo 27, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.²⁵

22. Para profundizar en la temática ver: Yrigoyen, R. (2003) Fundamentos jurídicos para una justicia multilingüe en Guatemala. En J. Ordóñez (coord.), *XI Jornadas Lascasianas. El derecho a la lengua de los pueblos indígenas*. México: UNAM.

23. Convención Americana sobre Derechos Humanos. art. 8 n°. 2 a): *Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.*

24. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. art. 14 n°. 3 f): *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: letra f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.*

25. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. art. 14 *En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.*

- Artículo 12, del Convenio 169 de la OIT.²⁶
- Artículo 291 inciso 3, del Código Procesal Penal.
- Principio V de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.²⁷
- Principio 14 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de las Naciones Unidas.²⁸
- Artículo 1.1 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.²⁹
- Artículo 2.1 de la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.³⁰

Respecto a considerar que la utilización de la lengua originaria es un derecho, no se relaciona con su capacidad de comprensión o de expresarse, sino más bien con el derecho que tiene a usar su propia lengua, según lo sostiene el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que además es refrendado por los artículos 1.1 y 2.1. de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas:

El derecho a usar los idiomas indígenas constituye un derecho autónomo, sin embargo, al ser el idioma un eje de la cultura, su protección está vinculada al respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas. (Yrigoyen, 2003, p.74)

En este sentido, la mujer indígena podría exigir el uso de su idioma materno, caso en el cual la defensa podría requerir que así fuese. No obstante lo expuesto, esto debiese

26. Convenio 169 de la OIT. art. 12: *Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.*

27. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas: Principio V: (...) *Las personas privadas de libertad tendrán derecho a ser informadas prontamente de las razones de su detención y de los cargos formulados contra ellas, así como a ser informadas sobre sus derechos y garantías, en un idioma o lenguaje que comprendan; a disponer de un traductor e intérprete durante el proceso; y a comunicarse con su familia.*

28. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de las Naciones Unidas. Principio 14: *Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades responsables del arresto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el principio 10, el párrafo 2 del principio 11, el párrafo 1 del principio 12 y el principio 13 y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.*

29. Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Artículo 1.1: *Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.*

30. Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Artículo 2.1: *Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.*

ser evaluable por el defensor o defensora en la medida que no puede afectar lo que sería el principal objetivo: esto es que el uso del idioma no menoscabe una comunicación eficaz. (Yrigoyen, 2003, p. 81)

En definitiva en los casos expuestos, la defensa debe hacer inmediatamente las gestiones para contactar a un intérprete a fin que concurra a la brevedad a la entrevista y posteriormente a la audiencia de control de la detención. En estas situaciones se deberá hacer presente al inicio de la audiencia del control de la detención.

Por su parte si el facilitador(a) intercultural habla fluidamente el idioma de la detenida podrá concurrir en calidad de intérprete a la audiencia y en ningún caso deberá ser aceptado por la defensa que la audiencia se realice sin un intérprete o que alguna coimputada realice esta función.

Si no fuera posible obtener un intérprete en ese momento, debe solicitarse que la formalización no se realice y simplemente se determine un nuevo día y hora en que se pueda contar con las condiciones para llevarla a efecto, según lo establecido por el art. 132 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud de la cautela de garantías establecida en el artículo 10 inciso segundo del Código Procesal Penal, la defensa deberá solicitar la suspensión de la audiencia hasta la concurrencia del intérprete. No es aceptable la opción de la ampliación de la detención, sin una oposición y contra argumentación por parte de la defensa, toda vez que no se está en las situaciones que contempla el artículo 132 del Código Procesal Penal.

V.4. Resolución de legalidad o ilegalidad de la detención

Habiéndose entrevistado a la detenida previamente y verificado los antecedentes de la carpeta de investigación se deberá determinar si la detención se practicó de manera legal. Por eso es fundamental que se haya destinado un tiempo razonable para la entrevista a fin de conocer en detalle las circunstancias de la detención.

Se deberá verificar el respeto de las normas constitucionales y legales, en particular el Código Procesal Penal, artículo 125 a 138 que regulan la detención y los derechos, y además las garantías de los imputados contemplados en los artículos 93 y 94 del mismo cuerpo legal, así como el derecho al aviso consular del art. 36 letra b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.³¹

Una vez analizados los antecedentes y evaluada la situación de la detenida, la defensa deberá decidir si solicita al tribunal que declare la ilegalidad de la detención. Para la

31. Ver punto IV. 6, apartado vi.

evaluación de la decisión será esencial que tenga en cuenta algunas consideraciones, como las siguientes:

- Si se está o no en presencia de la situación de flagrancia o se dio cumplimiento a los requisitos de la ejecución de la orden judicial.
- Si le fueron informados sus derechos, incluyendo el derecho al aviso consular o si solo se le requirió su firma, sin que la detenida comprendiera los alcances del documento que firmaba. El no cumplimiento de la notificación consular puede dar argumentos, sin lugar a dudas, para solicitar la ilegalidad de la detención como se verá al tratar este punto más adelante.
- Si la mujer fue interrogada sin haber sido informada previamente de su derecho a guardar silencio.
- Si la mujer fue golpeada o maltratada.
- Si se le practicaron exámenes físicos contra su voluntad o sin autorización judicial.

En el análisis previo deberá tomar en cuenta que está frente a una detenida mujer, indígena y extranjera, características que la hacen aún más vulnerable. Además en la mayoría de las ocasiones se está frente a una mujer que por primera vez está vinculada a un hecho delictual, que no está en conocimiento del proceso de detención ni de sus derechos. Por eso, es importante que se verifique que haya existido un apego absoluto de los funcionarios aprehensores a las normas que regulan la legalidad de la detención y total respeto de los derechos de la detenida.

V.5. Consignar que se está en presencia de una mujer indígena extranjera

Siempre que se represente a una mujer indígena extranjera se hará presente esta situación ante el tribunal. Se informará al juez acerca de sus características y circunstancias, no obstante que esto no coincida con las alegaciones que se harán más adelante en la causa o no digan directa relación con la estrategia de defensa.

Poner en conocimiento del tribunal acerca de la calidad de indígena y extranjera de la detenida, permitirá hacer desde el inicio de la audiencia un llamado de atención acerca de que se está en presencia de una persona que tiene características particulares y que los rasgos diferenciadores de la cultura indígena de alguna manera deben ser considerados por el juez, ya sea en el trato o en hablar más lento, por ejemplo.

No obstante que podría considerarse que ni los jueces ni los fiscales están preparados ni capacitados para asumir una causa desde la óptica de la diferencia cultural, es la labor de la defensa abogar por los derechos de la defendida y hacer presente los aspectos culturales diferenciadores, de manera de ir instalando la argumentación en este sentido y obligar al tribunal ya sea a pronunciarse en algunos casos o adecuar la forma

de dirigir la audiencia frente a mujeres con estas características especiales. Si bien, podría tardar tiempo para que los jueces hagan una diferenciación en la audiencia, a lo menos se logrará por parte de la defensa que el elemento indígena deje de ser un tema invisible para el juez y el fiscal. Asimismo, estas alegaciones permiten otorgar dignidad a la defendida, evitarle sentirse discriminada, y mostrarle que se respeta, a lo menos por parte de la defensa, su calidad de indígena.

V.6. Certificado que acredita la calidad de indígena

Se debe propender por parte del facilitador(a) intercultural a obtener, en lo posible para la audiencia del control de detención, un certificado que acredite la calidad de indígena de la detenida. No obstante que la mujer no tiene la carga de probar su calidad de indígena como se verá más adelante, este certificado presentaría la ventaja de agilizar algunos trámites ante el tribunal. A modo de ejemplo, el Consulado boliviano otorga normalmente este documento y en localidades donde existe una buena conexión con la Defensoría Penal se puede obtener para esta audiencia. Por ello cada Defensoría Regional debiera hacer las coordinaciones con el Consulado cuya nacionalidad corresponde a la mujer para poder acceder a la brevedad posible a dicho documento.

Cabe consignar que no es procedente el argumento que en ocasiones usa el Ministerio Público de que una mujer extranjera no estaría dentro de la categoría de indígena consagrada en el art. 2 de la Ley 19.253, que establece que las personas que tienen la calidad de ser indígenas deben ser chilenas. En efecto, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Estado de Chile, sobre su aplicabilidad se refiere en el art. 1,³² en términos amplios a las conciencia de la identidad indígena, sin importar la nacionalidad de la persona que tenga dicha calidad. Por lo tanto, la eventual argumentación del fiscal en este sentido no tendría ningún asidero jurídico.

En igual sentido, se puede contra argumentar que los art. 9 y 33 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, son claros en establecer que: *“los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones...”*.

Esta interpretación se refuerza en el Protocolo Iberoamericano a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y

32. Convenio 169 OIT: art. 1: 1. *El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas se distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.* 2. *La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.*

pueblos indígenas en el apartado sobre personas, comunidades y pueblos indígenas que señala:

La autoadscripción es el criterio para determinar si una persona es indígena, pues la definición de lo indígena no corresponde al Estado. Es prerrogativa de quienes tienen conciencia de pertenecer a un pueblo o comunidad indígena definirse como tales. (2014, p. 104)

El mismo instrumento agrega además que:

Quien se autoadscribe como indígena no tiene la carga de la prueba sobre esa circunstancia, pues no es una condición biológica o fenotípica, ni conlleva referentes materiales específicos e inmutables, sino que se trata de una identificación subjetiva con una identidad cultural. (2014, p. 104)

V.7. Cumplimiento o incumplimiento del derecho al aviso consular³³

El derecho a la notificación consular se encuentra contemplado en el art. 36 letra b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares el cual establece:

Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado.

Habiéndose verificado previamente en la entrevista con la defendida, por una parte su voluntad en relación a su derecho al aviso consular y, por otro lado, el cumplimiento o no de los funcionarios aprehensores de lo manifestado por la detenida en esta materia, la defensa está en condiciones de realizar las alegaciones pertinentes ante el tribunal en relación a lo siguiente:

- a) No le fue informado de su derecho al aviso consular o se le hizo firmar su renuncia a dicho aviso, sin que pudiera leer o entender lo que ello significa.
- b) No obstante haber manifestado la detenida su deseo de que el funcionario consular de su país sea notificado de su detención, esto no se hizo efectivo por los funcionarios aprehensores.

33. Ver apartado IV.6. letra vi.

Si la mujer se encuentra en cualquiera de las dos primeras situaciones descritas previamente, (letras a y b) entonces la defensa está en posición de poder alegar la ilegalidad de la detención.

Notificar al funcionario consular es una obligación internacional del Estado de Chile y, por tanto, requiere ser cumplida por cualquier funcionario aprehensor, cuyo incumplimiento trae aparejado no solo consecuencias jurídicas en el proceso sino también las responsabilidades administrativas y del Estado.

El aviso consular no debe ser considerado como una mera formalidad a cumplir por el Estado receptor al Estado cuyo nacional ha sido detenido. Por el contrario, la Convención ha establecido un derecho individual a informar al funcionario consular, derecho que debe ser relacionado con las normas del debido proceso contempladas en los instrumentos internacionales, específicamente en el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y art. 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Por lo tanto, como lo ha dejado establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

(...) la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal.

Asimismo, en relación a este mismo artículo, agrega que:

(...) el detenido extranjero debe tener la oportunidad de valerse de este derecho en su defensa. La inobservancia u obstrucción de su derecho a la información afecta las garantías judiciales.³⁴

Además, corresponde determinar que se entiende por ser informado sin demora a su derecho al aviso consular. El sentido al concepto *sin demora* fue objeto de pronunciamiento por la Corte Interamericana la cual señaló expresamente lo siguiente:

...para establecer el sentido que corresponde dar al concepto "sin dilación", se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculpado. Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal

34. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de Octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos de México. "El Derecho a la Información en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal". Párrafos 137 y 129.

*objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad.*³⁵

Por lo tanto, de no haberse dado a conocer a la detenida su derecho a informar a un funcionario consular desde el primer momento en que se practicó su detención, el defensor o defensora está en condiciones de alegar la ilegalidad de la misma y, en consecuencia, cualquier diligencia que se haya realizado entre las cuales está la declaración de la detenida deberá solicitar sea excluida como evidencia.

Es necesario que la defensa releve la trascendencia del significado del derecho a la notificación consular, de manera de generar precedentes y pronunciamientos del tribunal en torno a la calidad de garantía procesal de este derecho para toda detenida extranjera que requiere ser respetada por los funcionarios aprehensores, de lo contrario traerá aparejado consecuencias jurídicas en el proceso.

- c) Detenida señaló no desear dar aviso al funcionario consular y a pesar de ello fue notificado contra su voluntad.

La oposición de la detenida al aviso consular es una situación que fue establecida en la Convención de Viena en el artículo 36 que señala:

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

De acuerdo a esta norma, el derecho al aviso consular está sola y únicamente condicionado a la voluntad de la detenida.

Para determinar la voluntad de la defendida a este respecto, se debe haber verificado previamente en la entrevista si efectivamente deseaba abstenerse de contar con la notificación consular. De ser efectiva esta situación y haberse practicado igualmente dicho aviso, se hará presente en el tribunal para que sea dejado sin efecto.

Sin perjuicio de lo resuelto por el tribunal en relación a la ilegalidad de la detención o dejar sin efecto el aviso consular, la defensa debiera solicitar se oficie a la jefatura

35. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de Octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos de México. "El Derecho a la Información en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal". Párrafo 106

de la comisaría o cuartel policial para que se determinen las responsabilidades administrativas que corresponda, al no haberse dado cumplimiento al derecho consular de la detenida.

V.8. Identidad de la mujer detenida

La mayoría de las mujeres indígenas extranjeras son detenidas en pasos fronterizos habilitados y portando su identificación.

Sin embargo, en las situaciones en que hasta la audiencia de control de la detención no haya sido posible establecer la identidad de la detenida, el Ministerio Público o Policías, en su caso, deberán hacer todas las gestiones para determinar dicha identidad.

En efecto, según lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado receptor es quien tiene a su cargo hacer todas las diligencias tendientes a determinar la identidad de la detenida:

(...) la Corte estima que la identificación del imputado, requisito indispensable para la individualización penal, es un deber que recae en el Estado que lo tiene bajo su custodia. Dicha identificación es esencial, por ejemplo, para determinar la edad del sujeto privado de libertad y asegurarle un tratamiento adecuado a sus circunstancias. En el cumplimiento del deber de identificar al detenido, el Estado utiliza los mecanismos que han sido establecidos en su derecho interno con este propósito y que necesariamente incluyen los registros de control migratorio, en el caso de extranjeros.³⁶

No obstante la obligación de establecer la identidad, la defensa siempre se opondrá a la eventual solicitud del fiscal a ampliar la detención con estos fines. Esto por cuanto este trámite no puede tener como efecto colateral el afectar el debido proceso y los derechos fundamentales de la detenida.

V.9. Verificar si la información transmitida por el juez y la audiencia es comprensible para la defendida

Es imprescindible que a medida que transcurre la audiencia del control de la detención se verifique que la representada comprenda lo que ocurre y lo que resuelve el juez. Para ello es importante que se le pregunte cada cierto tiempo si entendió lo que se dijo y en caso de no ser así, debe solicitar al tribunal una pausa para poder explicarle.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de Octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos de México. "El Derecho a la Información en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal". Párrafo 94.

No es inusual que muchos jueces hablen muy rápido y con la utilización de vocabulario muy técnico o legal, en particular al dirigirse a un detenido y explicarle sus derechos. En este caso la defensa deberá solicitarle a éste ya sea que repita lo señalado o que hable más lento o en término comprensible para ella, atendidas las consideraciones culturales que detenta.

El defensor o defensora no debe tener temor de la impresión o actitud que tendrá el juez a una solicitud de este tipo, ya que es un derecho básico de la imputada el entender lo que ocurre en la audiencia y sobretodo de comprender los efectos de una resolución judicial que resuelva su situación jurídica o sea dictada en contra de sus pretensiones.

V.10. Alegaciones de la defensa ante la solicitud de prisión preventiva

La defensa siempre deberá oponerse a la solicitud de prisión preventiva por parte del Ministerio Público, cualquiera que sea el delito o las circunstancias de la comisión del mismo.

En sus alegaciones siempre se sostendrá la oposición a la prisión preventiva argumentando que se trata de una imputada que tiene una especial calidad atendida disposiciones especialmente del Convenio 169 de la OIT.

Si bien en este estado procesal se pueden esbozar algunas teorías del caso, muchas vinculadas a los delitos de tráfico de drogas,³⁷ hay otras argumentaciones que se relacionan especialmente con la calidad indígena y extranjera de la defendida, algunas de las cuales se indicarán a continuación.

- Es fundamental hacer hincapié en lo dispuesto por el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, el que señala en cuanto a la aplicación de las sanciones penales, que se preferirán tipos de sanciones distintas al encarcelamiento. Por ello, deberá argumentarse que decretar la prisión preventiva sería mucho más gravoso que la propia sanción penal, ya que con la aplicación del Convenio y en caso de ser condenada, la imputada podría acceder a algún beneficio, pena alternativa o pena sustitutiva a la pena privativa de libertad.

En razón de aquello y atendida la calidad indígena de la representada, toma aún mayor fuerza la excepcionalidad de la prisión preventiva, por lo que siempre se debiera preferir las otras medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal.

- El artículo 10 del Convenio 169 asimismo refiere que al imponer una sanción penal se deben considerar las características económicas, sociales y culturales de la mujer

37. Ver apartado IV.8.

indígena. Desde ahí que este contexto debiera ser considerado al evaluar la medida cautelar, ya que esta no puede ser más gravosa que la sanción.

Algunos de los elementos sociales, económicos y culturales se relacionan con el vínculo de las mujeres indígenas con la tierra, con la comunidad, su relación con la autoridad, los que si además son relacionados a las características propias del caso, pueden configurar argumentaciones que sean sostenibles en esta etapa del proceso. Cabe considerar que estos criterios no son incorporados como una condición más favorable para este grupo, sino que lo que busca la normativa es una aplicación de la ley procesal (en este caso las medidas cautelares) de manera pertinente a sus condiciones personales y su contexto o situación particular.

- Además, en este estado procesal es posible determinar elementos relacionados con la naturaleza de la imputación, cuestiones culturales relevantes, tales como la cosmovisión o el derecho indígena que incidan ya sea en la ejecución del hecho o en sus consecuencias.

Por ejemplo:

- 1º Si los hechos se enmarcan dentro de prácticas tradicionales de la comunidad.
 - 2º Si la comisión del delito obedece a creencias, valores y/o religiosidad propia de la cultura indígena.
 - 3º Si los hechos ocurrieron en el contexto de alguna actividad o ritual tradicional. (Defensoría Penal Pública, n°7 2012, p. 316)
 - 4º Si la comisión del hecho dice relación con el cumplimiento de una orden emanada de alguna autoridad de la comunidad, al cual se vio obligada a obedecer
- En cuanto al Peligro de Fuga, que es parte de las argumentaciones que se realizan en relación a la letra c) del artículo 140, al tratarse la representada una mujer extranjera, dicha calidad proporciona una argumentación al fiscal para invocar la existencia de un peligro de fuga. Por eso es importante que si la Defensoría Regional tiene acceso a redes de apoyo, los contactos se hagan previamente a la audiencia de control de la detención, de manera de contar con la información que le permita hacer las alegaciones tendientes a desvirtuar los argumentos del fiscal en cuanto al riesgo de fuga. Por ejemplo en aquellos lugares donde existan hogares que reciben a mujeres extranjeras o indígenas, se puede proporcionar en audiencia el domicilio de dicho lugar.
 - Otro elemento a considerar al evaluar la prisión preventiva son las consecuencias de la prisión preventiva en el proyecto migratorio de la mujer. Por ello se debiera informar al juez acerca de los efectos negativos que podría tener decretar la prisión preventiva de su representada en relación a su proyecto de vida en el país, en la medida que sea un elemento favorable a la defensa, por ejemplo sobre la existencia de vínculos familiares o sociales, sobre si tiene trabajo, entre otros.
- Estos son algunos de ejemplos de las argumentaciones que se podría señalar en relación a la calidad y situación indígena de su defendida, en la discusión de la solicitud de la prisión preventiva del fiscal, sin perjuicio que durante el proceso penal,

pueda hacer una elaboración más completa de su estrategia de defensa o incluso pueda modificarla según nuevos y más completos antecedentes.

V.11. Fijar plazo mínimo para el cierre de la investigación

En cualquiera de los eventos en que se haya decretado una medida cautelar respecto a la defendida y en particular si ésta es la más gravosa contemplada por el ordenamiento jurídico como la prisión preventiva, la defensa debe solicitar se fije el plazo mínimo para el cierre de la investigación.

En efecto, al ser una mujer extranjera e indígena, una medida cautelar la coloca en una situación de mayor desamparo, ya que en el evento de que esta sea la prisión preventiva, el no tener visitas regulares, no tener dinero para acceder a enseres personales, no tener comunicación con su familia, etc., acrecienta la carga de lo que implica esta medida cautelar, por lo cual estas son algunas de las razones por las que se requiere instar para que el plazo de investigación sea el menor posible.

V.12. Informar al tribunal del estado de salud de la mujer en los casos pertinentes

Para el casos en que la defensa cuente con la información previa otorgada por la detenida en la entrevista, en relación a algún problema de salud que ésta puede presentar, se le hará presente al tribunal. En particular en aquellas situaciones en las cuales se haya decretado la prisión preventiva, ya que en la audiencia el tribunal puede resolver oficiar a Gendarmería para que la mujer reciba la atención de salud que corresponda. Lo mismo se hará presente en circunstancias en que la defendida se encuentre embarazada.

V.13. Solicitud de RUT provisorio

Independientemente de que la mujer cuente con su cedula de identidad de su país de origen, se requiere realizar en Chile el trámite del *canje penal*, esto es que se ingresen las huellas y antecedentes al Registro Nacional y le sea generado un RUT provisorio.

Es fundamental que en la audiencia del control de la detención, se solicite que se oficie al Registro Civil para que se genere este RUT provisorio a la brevedad o se establezca en la misma audiencia que debe ser el Ministerio Público el encargado de tal trámite.

La generación de este RUT provisorio permitirá a la representada ejercer algunos derechos tales como acceder al sistema de salud pública en Chile de requerirlo o acortar los tiempos de la privación de libertad, la cual a veces es extendida a la espera de este documento.

VI. Acciones del defensor o defensora posteriores a la audiencia de control de detención

Inmediatamente después de finalizada la audiencia de control de detención se deben realizar algunas gestiones que tendrán relevancia a lo largo del proceso y que además permitirán hacer más expedito el mismo.

VI.1. Informar a la imputada

Es importante que una vez finalizada la audiencia, el defensor o defensora se reúna nuevamente con la representada de manera de:

- Explicar lo sucedido durante la audiencia. Muchas veces los defendidos no comprenden lo acontecido durante la audiencia, ni los pronunciamientos judiciales. Por ello es fundamental que le informe a su representada lo ocurrido y el tiempo fijado por el tribunal para la investigación. Asimismo, si se ha fijado nueva fecha para alguna audiencia, como por ejemplo un juicio abreviado, se le informará brevemente el alcance de la misma. Sin perjuicio, de explicarle con más detalle en la visita de cárcel.
- Informar que la visitará en la cárcel periódicamente. Sería importante que se le indique cuando será aproximadamente la fecha de la próxima visita.
- Asegurar que su defendida cuente con los datos de la Defensoría y de su defensor o defensora que la representará, de manera que ella o los familiares puedan contactarlo cuando se requiera.
- Informar que el juez de garantía hará visitas periódicas al Penal y que, por tanto, en caso de tener cualquier problema ya sea con gendarmes, con otras internas o problemas de salud, entre otros, puede pedir hablar con él o ella de manera de comunicarle lo que ocurre.
- Señalar que además contará con visitas periódicas del facilitador(a) intercultural.
- Explicar que si recibe visitas de familiares, es importante que estos soliciten una entrevista con el abogado (a) defensor.

Encontrándose el facilitador(a) intercultural presente en la audiencia, estando éste previamente en conocimiento de las reglas básicas del funcionamiento del Penal en el

cual vaya a ser ingresada la mujer, le comunicará estas reglas. Esto le permitirá conocer lo que ocurrirá una vez que ingrese al centro penitenciario y estar al tanto de las normas mínimas de funcionamiento.

VI.2. Derivar la causa a defensor o defensora especializada

En aquellos casos en que no haya comparecido un defensor o defensora especializado a la audiencia del control de la detención, deberá ser derivada la causa a éste a la brevedad. Quien haya concurrido a la entrevista y a la audiencia de control de la detención, dejará consignado en la carpeta los antecedentes del caso, ya sea en relación a las circunstancias personales de la mujer, la relación de los hechos por los cuales está formalizada o cualquier otra particularidad que se deba conocer.

VI.3. Contacto con el Consulado a requerimiento de la detenida

Si la mujer ha manifestado su voluntad de poder acceder a la asistencia consular, una vez finalizada la audiencia del control de la detención y en especial si se ha decretado la medida cautelar de prisión preventiva, la defensa tomará contacto inmediato con el Consulado respectivo.

Se le informará al cónsul acerca de los datos de la mujer, su situación procesal y si ella manifestó su voluntad de ser contactada con familiares y existir datos de contacto, se le informará de esta situación para que pueda desde la oficina consular hacer las gestiones para ubicar a estas personas.

Asimismo, se deberá informar los datos de quien estará a cargo de su defensa y su teléfono y dirección para ser ubicado.

Esta coordinación con el Consulado es relevante ya que permite, por una parte generar una relación de colaboración entre las instituciones, y al mismo tiempo le da la opción al cónsul de seguir la causa y poder involucrarse para ayudar a mejorar la situación de la mujer privada de libertad.

VI.4. Gestionar certificado de antecedentes del país de origen ante el Consulado

No obstante que en nuestro sistema se presume la irreproachable conducta anterior ya que en caso contrario debiese acreditarse mediante documentos, el Ministerio Público en algunas zonas del país tiene la práctica que exigir un certificado de antecedentes del país de origen. Este documento es frecuentemente exigido para

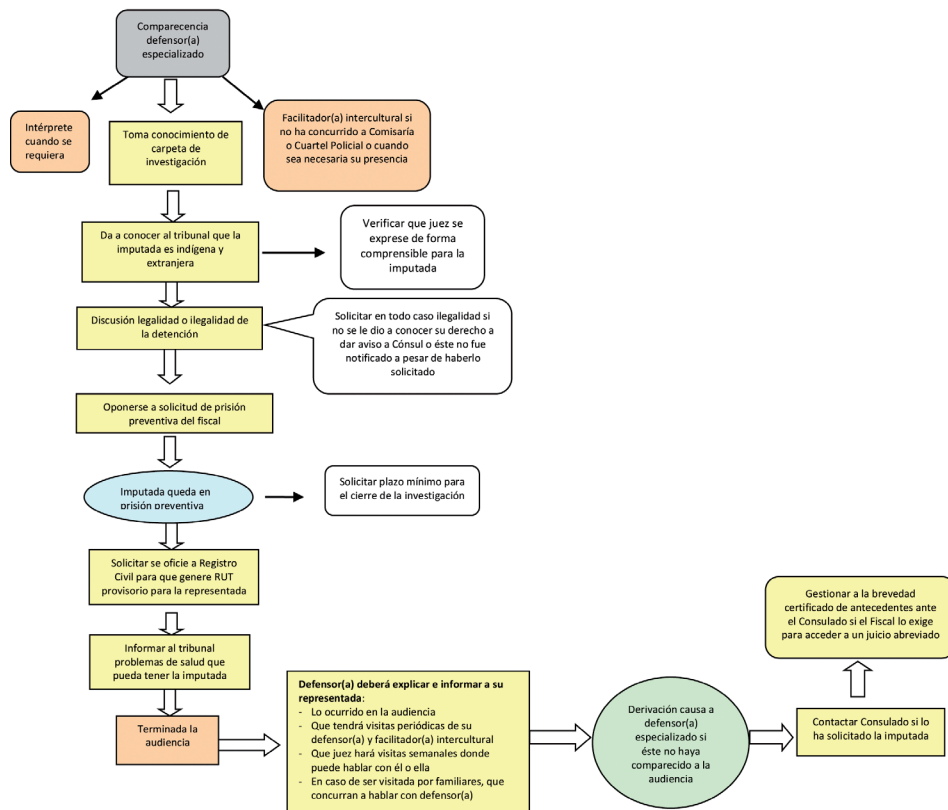
acreditar la atenuante de irreprochable conducta anterior, de manera de poder dar una salida más beneficiosa a la defendida u ofrecer un procedimiento abreviado en que pueda optar a penas inferiores que puedan facilitar su retorno a su país de origen mediante la pena sustitutiva de expulsión.

Si se está frente a una de estas situaciones es imprescindible que una vez tomado contacto con la oficina consular del país de origen, se gestione por medio del abogado(a) inmediatamente el certificado de antecedentes de su defendida.

Sin embargo, como es un documento que requiere de cierto tiempo para ser obtenido, pudiendo extender el tiempo de investigación y ampliar el plazo del mismo y consecuentemente de la prisión preventiva, es imperioso que sea gestionado en la etapa inicial del proceso.

No obstante lo expuesto, no se debe perder de vista que sigue siendo éste -el de la necesidad efectiva de un certificado de antecedentes del país de origen- un elemento a discutir, atendido especialmente que se trata de un sistema jurídico penal ajeno y por ello el reproche penal y la valorización de los bienes jurídicos protegidos, es otro, el que no es simplemente homologable.

Atención imputada indígena extranjera ante primera comparecencia en el tribunal e inmediatamente después de decretada la prisión preventiva



VII. Atención de la mujer indígena extranjera durante todo el proceso

Una vez finalizada la fase de control de la detención, se tratará sobre la atención de la mujer y su causa durante la continuación del proceso. Esta etapa que puede ser de duración variable y requiere una presencia constante por parte de la defensa y que no sea limitada al mero cumplimiento protocolar de las visitas de cárcel. Conjuntamente, una serie de gestiones e iniciativas a realizar por la defensa en esta fase definen el resultado de la investigación.

A continuación se describen los lineamientos mínimos a seguir por defensores y otros profesionales de la Defensoría Penal Pública.

VII.1. Visita del defensor o defensora y facilitador(a) intercultural a la mujer privada de libertad

Si se ha decretado la prisión preventiva de la mujer, será visitada periódicamente por su defensa y además del facilitador(a) intercultural.

Es importante que la primera entrevista con la mujer– sea esta en la comisaría o antes de la audiencia de control de detención o ya estando en prisión preventiva- sea realizada por el defensor o defensora de turno o especializado, con la presencia además del facilitador(a) intercultural.

Las posteriores visitas pueden ser realizadas separadamente y con la periodicidad que haya establecido la Defensoría para estos efectos, salvo que alguna situación específica requiera la presencia de ambos profesionales en forma conjunta.

Puede suceder, según sea la realidad regional, que la primera audiencia de control de detención no sea tomada o asignada a un defensor o defensora especializado y que, por lo tanto, llegue posteriormente derivada a éste. En tales casos, es importante que tenga una entrevista inicial con la presencia y participación además del facilitador(a) intercultural. Ello para hacer que el traspaso de la causa sea lo menos perturbador posible para la defendida.

Una primera entrevista inicial con los dos profesionales permite, en cualquiera de las situaciones mencionadas, que la defendida tenga el conocimiento de que ambos estarán presentes durante todo el transcurso de su causa. Para el caso de que no se le haya explicado antes, se le dará a conocer el rol tanto de su abogado(a) como del facilitador(a) intercultural y los derechos que la amparan en su calidad de indígena y de extranjera.

Igualmente y como se ha expuesto con anterioridad, se le preguntará sobre su proyecto migratorio, a fin de tener siempre presente las consecuencias del proceso penal para la defendida, y para que desde ya se la tenga al tanto de las eventuales consecuencias en sus planes futuros.

Es esencial que en cada visita de cárcel respecto a una mujer indígena extranjera se considere tanto por el defensor o defensora y por el facilitador(a) intercultural un tiempo adecuado y razonable para entrevistarse con la mujer. Como ya se señaló, una de las características de este tipo de representadas es que son más retraídas y por tanto requieren más tiempo para lograr alcanzar un nivel de confianza que les permita responder y conversar respecto a su situación.

VII.2. Visita a la mujer a la cárcel por parte del defensor o defensora

i. Primera visita de cárcel

La primera visita de cárcel que efectúe a su defendida es fundamental, ya que probablemente en la entrevista previa a la audiencia del control de la detención, no ha podido recabar todos los antecedentes del caso.

Por ello, en esta primera visita deberá:

- Explicar con detalle acerca de su situación procesal, de lo resuelto por el juez y de lo debiera esperar del proceso
- Informar acerca de los plazos en que debiera estar resuelto su proceso, sin generar falsas expectativas
- Escuchar con atención y paciencia todo el relato de los hechos de manera de tener absoluta claridad de la ocurrencia de los mismos.
- Recabar mayor información respecto a condiciones de vida, participación en su comunidad, prácticas culturales, entre otros elementos, con el objetivo de identificar los elementos culturales que le permitan sustentar su teoría del caso y desarrollar una relación de confianza.
- Si existe la posibilidad de juicio abreviado, determinar la viabilidad de esta alternativa con la representada.

- Solicitar antecedentes tales como circunstancias, testigos, evidencias que le puedan servir de sustento para la línea de defensa.
- Definir con la defendida si desea contactar a familiares u a otras personas que ella determine.
- Establecer las necesidades inmediatas de la representada, en las que pueda tener alguna participación o intervención con el objetivo de poder ayudar a encontrar soluciones.
- Reforzarla en términos de que será visitada periódicamente por abogado(a) y facilitador intercultural(a)

ii. Visita periódica a la cárcel

En cada visita a cárcel deberá el defensor o defensora:

- Informar acerca del avance del proceso y de las diligencias de la investigación que se hayan decretado y que se encuentren pendientes.
- Informar sobre negociaciones o avances con el fiscal de la causa, respecto a alguna salida alternativa o juicio abreviado.
- Verificar que las condiciones en las cuales se encuentra privada de libertad sean las adecuadas.
- Verificar que se respete su condición de mujer indígena extranjera. Por ejemplo, que se le permita usar su vestimenta, hablar su idioma de origen, realizar actividades culturales como el tejido, etc. De lo contrario, mediante una cautela de garantía, solicitará al tribunal que dichos patrones culturales sean respetados en el penal. El fundamento legal se encuentra en el art. 8 párrafo 2 del Convenio 169 de la OIT.³⁸ Asimismo, el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios, Decreto 518, contempla el derecho a usar el propio vestuario³⁹.
- Establecer si se le ha permitido tener visitas de familiares y atendida las circunstancias de ser extranjera y la dificultad de sus familiares de poder visitarla, considerar si algún familiar requiere contar con algún día u horario especial de visita.
- Informar sobre el contacto que se haya realizado con familiares o las gestiones que se estén realizando para lograr dicho contacto.
- Informar sobre contacto y gestiones que se estén llevando a cabo con la oficina consular, cuando ésta haya manifestado su voluntad al respecto.
- Determinar cualquier problema que pueda tener y que diga relación con su situación procesal o con su privación de libertad.

38. Convenio 169 de la OIT. art. 8 párrafo 2: *Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.*

39. Reglamento de Establecimiento Penitenciarios, art. 45: *Cuando el establecimiento entregue vestuario a los internos, éste deberá ser digno y apropiado. Sin perjuicio de ello, los internos tendrán derecho a usar su propio vestuario en cuyo caso éste deberá reunir iguales requisitos.*

Asimismo, el facilitador(a) intercultural en la visita de cárcel a la defendida deberá:

- Verificar que se respeten los patrones culturales por parte de personal del penal y de las otras internas. De lo contrario informar a su defensa para determinar las acciones a seguir.
- Mantener contacto con asistente social del Penal o el funcionario responsable, de manera de determinar y establecer los problemas y necesidades de las mujeres indígenas extranjeras.
- Verificar que las condiciones en las cuales se encuentre privada de libertad sean las adecuadas.
- Mantener informada a la representada sobre el contacto que se haya realizado con familiares o las gestiones que se estén realizando para lograr dicho contacto.
- Mantener informada a la defendida acerca de contacto y gestiones que se estén llevando a cabo con la oficina consular, si ha manifestado su voluntad al respecto.
- Estar atento a cualquier información o problema que la imputada le pueda señalar, y gestionar opciones de solución.

VII.3. No Discriminación

Durante todo el proceso y posterior a la condena se velará para que la representada no reciba ningún trato discriminatorio por su condición de ser mujer indígena extranjera por parte de funcionarios de Gendarmería, por otras internas, o por cualquier persona o funcionario de alguna institución. Esto se puede observar fácilmente en temas relacionados con la aceptación del uso de vestimenta propia del pueblo originario, en el uso de la lengua, en la comida, ingresos de medicinas de uso tradicional, actividades relacionadas con la cultura, entre diversos otros.

El fundamento legal de la no discriminación se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales y nacionales. Algunas de ellas son las siguientes:

- Art. 2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴⁰.
- Art. 3.1. Convenio 169 de la OIT.⁴¹
- Art. 2.1 a) y art. 6, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.⁴²

40. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. art. 2: *Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.*

41. Convenio 169 de la OIT. art. 3.1: *Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.*

42. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. art. 2 1 a): *Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de*

- Principio II, de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.⁴³
- Regla 6 de las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.⁴⁴

Además existen normas específicamente en relación a las mujeres indígenas reclusas. Cabe especial mención, la contemplada en la Regla 54 de las Reglas de Bangkok relativas a las tradiciones religiosas y culturales.⁴⁵

Por lo anterior, cada vez que se verifique que se ha producido un acto discriminatorio respecto a su representada, se hará presente al tribunal mediante una cautela de garantía u acción que la defensa determine pertinente a la situación.

Asimismo, y en relación a lo anterior destaca lo que establece a este respecto el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas; en cuanto al principio de no discriminación de los pueblos indígenas:

La aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico a las personas, más bien, se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación. La pretensión de la igualdad no es "asimilar" a las personas a una idea única de sujeto, más bien reconoce la validez de una diversidad de proyectos posibles.

personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. art. 6: Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

43. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Principio II: Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.

(...) No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial.

44. Regla 6 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. 6. 1) Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera. 2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso.

45. Reglas de Bangkok. Regla 54: Las autoridades penitenciarias reconocerán que las reclusas de diversas tradiciones religiosas y culturales tienen distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación para obtener acceso a programas y servicios centrados en cuestiones de género y de cultura. Por ello, deberán prever programas y servicios amplios en que se aborden esas necesidades, en consulta con las propias reclusas y con los grupos correspondientes.

Cabe aclarar que este principio implica una protección especial de las autoridades frente a actuaciones de terceros. (2014, p.102)

VII.4. Comunicación de la mujer con familiares, cercanos y Consulado

Son fundamentales las gestiones que pueden hacerse desde la Defensoría para que la defendida logre comunicarse ya sea con su familia, cercanos o con el respectivo cónsul. El defensor o defensora y los profesionales de esta institución normalmente son el único vínculo que la mujer tiene con el exterior.

i. Con familiares y cercanos

Evidentemente el carácter de extranjera de la defendida, hace que sea mucho más difícil mantener una comunicación y visitas con familiares en sus circunstancias de privación de libertad.

Por ello, tanto el defensor o defensora como el facilitador(a) intercultural deberán, en la medida que ella lo requiera, hacer todas las gestiones y contactos para que dicha comunicación se lleve a cabo.

En caso de contar con los datos de los familiares en su país de origen, deberán contactarlos vía telefónica, carta o con ayuda del Consulado respectivo. En este sentido se agotarán todas las gestiones de manera de cumplir con este objetivo.

En aquellas situaciones en que la mujer proviene de comunidades indígenas de zonas rurales, es difícil obtener datos exactos de familiares como teléfonos o domicilios, principalmente porque no existe un domicilio específico y sólo se puede hacer el contacto con la identificación del nombre y sector de la comunidad, por lo que resulta difícil ubicar a familiares.

No obstante lo anterior, el facilitador(a) intercultural deberá contactar al Consulado, las redes de apoyo u organismos gubernamentales o no gubernamentales en el país de origen, con el objetivo de que puedan ubicarla.

El derecho a mantener comunicación con familiares es un derecho fundamental de toda persona privada de libertad, establecido en diversos de los instrumentos internacionales.⁴⁶

46. Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas. 92. *Un acusado deberá poder informar inmediatamente a su familia de su detención y se le concederán todas las facilidades razonables para comunicarse con ésta y sus amigos y para recibir la visita de estas personas, con la única reserva de las restricciones y de la vigilancia necesarias en interés de la administración de justicia, de la seguridad y del buen orden del establecimiento.*

Conjuntamente se tratan este tema en:

Principio 19 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Reglas 24.1 y 24.5 de las Reglas Penitenciarias Europeas, Principio XVII de los Principios y

En las mujeres indígenas extranjeras el no contar con dicho contacto genera ansiedad y depresión, lo que hace aún más gravosa la prisión preventiva. Es por ello que tanto abogado(a) como facilitador(a) intercultural instaran para que en la medida de lo posible se haga efectiva esta comunicación.

ii. Con el Consulado

En aquellas situaciones en que la representada haya manifestado su voluntad de generar y mantener contacto con el Consulado correspondiente, el defensor o defensora y/o el facilitador(a) intercultural deberán informar a la oficina consular acerca de la solicitud de la defendida de ser visitada por un funcionario consular.

Posteriormente la defensa verificará con su representada si se ha realizado la visita consular, de lo contrario reiterará la solicitud al Consulado.

VII.5. Trabajo en equipo entre Defensor(a) y Facilitador(a) Intercultural

En una causa con una mujer indígena extranjera, es fundamental el trabajo de equipo entre defensores y el facilitador(a) intercultural. Este último, deberá complementar el trabajo del primero con el objetivo de otorgar los elementos socioculturales a la estrategia jurídica, de manera que la defensa sea más completa e integral.

Durante todo el transcurso de la causa y sobre todo si la mujer se encuentra privada de libertad, existirá una coordinación permanente entre ambos.

El defensor o defensora informará al facilitador(a) intercultural desde que tome conocimiento de una causa con una mujer indígena extranjera. Asimismo, si la defendida manifiesta en la visita de cárcel ciertos problemas en los que el facilitador(a) pueda intervenir y ayudar a solucionar, lo contactará a la brevedad.

Por su parte, detectadas ciertas necesidades de la mujer, que normalmente son consecuencia de su privación de libertad, el facilitador(a) intercultural, deberá de inmediato dar a conocer esta situación al abogado(a) del caso de manera que estudie las opciones de acción que permitan ponerle fin o mejorarla.

VII.6. Etapa de Investigación

Considerando las particularidades de la mujer y su condición de privación de libertad, la defensa tendrá una actitud proactiva durante toda la etapa del proceso y en especial durante la etapa de investigación, de manera de evitar el aumento del plazo para la realización de diligencias investigativas que no se hayan practicado a tiempo.

Por lo anterior deberá:

- Solicitar desde el inicio de la investigación todas las diligencias que requiera que realice el fiscal de la causa.
- Concurrir al Ministerio Público a revisar la carpeta de investigación para establecer si el Fiscal solicitó las diligencias requeridas en la causa o si existen informes que no han sido evacuado por los organismos colaboradores.
- Solicitar al Fiscal copia de la carpeta de investigación.
- Solicitar al Fiscal de la causa que pida cuenta o reitere algunos informes que han sido solicitados y no evacuados, en particular los que dicen relación con los casos de tráfico de drogas, en los cuales los informes tendientes a determinar la pureza de la misma suelen demorar.
- Si la defendida está siendo investigada por el delito de tráfico y existe voluntad y ventaja de cooperar eficazmente, según el art. 22 de la Ley 20.000, debe hacer las gestiones ante el fiscal a fin de configurar la atenuante.
- Comenzar las negociaciones con el fiscal desde el inicio de la etapa de investigación, de manera de establecer las posibilidades de salidas alternativas o juicio abreviado.
- Si determina que la causa continuará a juicio oral, deberá solicitar los peritajes y diligencias necesarias lo antes posible.
- Realizar todas las investigaciones necesarias que le permitan configurar y respaldar la teoría del caso de la defensa.
- Monitorear el avance de la solicitud de RUT provisorio si fue realizada en la audiencia de control de la detención y de la obtención de certificado de antecedentes en el país de origen.

VII.7. Juicio Abreviado

Nuevamente se aprecia la importancia del proyecto migratorio que tiene la defendida. Es así como las implicancias de un eventual juicio abreviado pueden ser de distinto impacto para la mujer según sean sus planes de permanencia o no y su nivel de vínculos con el país. Ello debe ser considerado al evaluar la posibilidad de un Juicio Abreviado.

Si así fuere el caso, y una vez acordado con el fiscal la posibilidad de un juicio abreviado, la defensa deberá:

- Negociar con fiscal tempranamente esta opción.
- Si el fiscal exige el certificado de antecedentes del país de origen, deberá acelerar esta gestión ante el Consulado, de manera de evitar toda dilatación del proceso y, por tanto, extensión de la privación de libertad.
- Explicar todos los alcances y consecuencias de la aceptación del juicio abreviado a su defendida, en particular la implicancia de la renuncia al juicio oral.
- Explicar claramente a su representada la pena que podría tener en el juicio abreviado, si es el caso la expulsión del país a la que puede ser objeto y evaluar si ello es compatible con el proyecto migratorio de la representada.
- Una vez explicados todas las ventajas y desventajas del juicio abreviado, a fin de continuar con esta alternativa, deberá confirmar la voluntad de la mujer a este respecto.
- Fijada una audiencia de juicio abreviado por el tribunal, deberá asegurar que a dicha audiencia estén todos los documentos y diligencias necesarias para la realización de la misma, así como que los términos de dicho juicio estén previamente acordados con el fiscal de manera de evitar cualquier imprevisto que implique fijar nueva fecha para la realización de una nueva audiencia.

VII.8. Construcción de una teoría del caso pertinente

Configurar una teoría del caso pertinente, sustentada y defendible a lo largo del proceso y especialmente en el juicio oral, es uno de los aspectos más trascendentes de la labor de la defensa. Por ejemplo, es ahí donde se podrá evidenciar si previamente las pruebas incorporadas fueron adecuadas a la teoría particular del caso.

En materia de las mujeres indígenas extranjeras esto tiene particularidades ya sea desde la óptica de la atención que preste la Defensoría Penal a su representada como asimismo por la construcción jurídica que se puede formular respecto a la causa en particular.

Este es uno de los factores que tiene mayor incidencia al querer configurar una teoría del caso para este grupo y aunque el elemento extranjero colabora en el mismo sentido, el de pertenencia a un pueblo indígena es especialmente trascendente, particularmente porque contiene elementos que dicen relación con su consideración a la hora de entrar a un análisis de la causa en su conjunto desde una perspectiva penal.

Al respecto, el Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas (2014) indica respecto del quehacer del juzgador:

El reconocimiento de los derechos indígenas implica que al aplicar la legislación nacional dentro de un proceso o juicio, la persona juzgadora parta de:

4.C.a) la identificación de una identidad cultural diferente que tiene un referente colectivo, es decir, que se trata de pueblos con organización e instituciones propias, dentro de las que se comprenden instituciones jurídicas y políticas y que tienen su raíz en una cultura diferente que debe ser respetada y apoyada en su desarrollo; y

4.C.b) la obligación que tiene de considerar las normas de estos pueblos con el fin de valorarlas correctamente en el contexto y significado real de los hechos.(p. 107)

En el mismo sentido el Convenio 169 de la OIT al respecto dispone en dos de sus normas:

Art. 8.1 Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Art. 9.2: Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Ello implica que si el hecho que está siendo sometido a consideración de un tribunal tiene vinculación con la cultura, la costumbre o el derecho consuetudinario en relación a un pueblo indígena, este elemento debe ser incorporado en el juicio por la defensa. Ello porque estos factores son determinantes en la actuación de una persona que pertenece a un mundo indígena y, por lo tanto, es portadora de subjetividades que diferencian su visión. En consecuencia, ello puede hacer que existan procesos de internalización de patrones conductuales diferentes y un contexto social diverso que deben ser considerados por medio de la vía que determine la defensa para su incorporación. (Unidad de Defensa Penal Juvenil, 2012)

En lo que respecta al derecho interno, la Ley indígena 19.253 en el artículo 1° reconoce las principales etnias incluyendo a los pueblos aymaras, atacameños y quechuas. La misma ley refiere que el Estado asume el deber de respetar, proteger y promover el desarrollo, protección y promoción de las culturas y comunidades indígenas.

Esta dispone en su art. 54 en relación a la costumbre en lo penal, que ésta pueda ser considerada como un antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Incluso indica que ella es posible probar por cualquier medio y especialmente por informe pericial.

El problema que surge, tal como ya se ha indicado, es que algunos sostienen que esta norma solamente es aplicable a personas indígenas que tengan la nacionalidad chilena ya que es un presupuesto que la misma ley sostiene en su artículo 2°. (Barrientos, 2008, p. 8)

Sin embargo, la extensión de la aplicación del artículo 54 de esta ley a indígenas de nacionalidad extranjera se puede justificar basado en diversos cuerpos legales en el orden internacional tales como el art. 36 de la Declaración de Naciones Unidas sobre

los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007,⁴⁷ que sostiene la calidad de los pueblos indígenas más allá de las fronteras geopolíticas, y el art. 27 del PIDCP,⁴⁸ que recoge los derechos de la vida cultural de las minorías étnicas. Conjuntamente se apoya la extensión de la norma en consideración al principio de igualdad y no discriminación, cuyo respaldo está a lo largo de diversos instrumentos internacionales tales como el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁴⁹ el ya mencionado art. 27 del PIDCP, el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,⁵⁰ el artículo 3 (1) y 10 del Convenio 169 de la OIT,⁵¹ entre diversas otras normas. Cabe indicar que igualmente la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEFDR) en su artículo 1.2 define específicamente la discriminación racial.⁵²

Siempre las alegaciones de la aplicación de la costumbre deben apoyarse en peritajes que avalen las afirmaciones (Barrientos, 2008), de lo contrario perderán validez ante el tribunal y no serán consideradas. Lo mismo ocurrirá si son presentados informes de personas que no detentan la calidad de peritos o carezcan de la formación para realizar este tipo de pericias.

Posibilidades de teorías del caso

Cada caso presenta diversas aristas, particularidades y complejidades que lleva a una configuración especial de la teoría del caso para la defensa. Por ello el defensor o

47. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. art. 36. 1. *Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras.*

48. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. art. 27. *En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.*

49. Declaración Universal de Derechos Humanos. art. 2: *Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

50. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. art. 5: *En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia; b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución;*

51. Convenio 169 de la OIT. art. 3(1): *Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.*

Convenio 169 de la OIT. art. 10 1.: *Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*

52. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. art. 1.2 (...) *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.*

defensora conforme a los elementos que evalúe y a su propia estrategia jurídica podrá aplicar aspectos jurídico-dogmáticos para sustentar su caso.

Existen numerosas posiciones, opciones y visiones en la doctrina respecto a cuales son las configuraciones más adecuadas de teorías jurídicas en una causa con una persona indígena.⁵³ De este modo hay elementos de exculpación, de justificación y de atipicidad. (Villegas, 2012).

Siguiendo el Modelo de Defensa Penitenciaria (Defensoría Penal Pública, 2012) y dentro del marco de posibilidades destacan algunas que desde la praxis parecieran de más frecuente ocurrencia. Entre ellas encontramos el uso de eximentes como la del número 10 del artículo 10 del Código Penal. De este modo *“El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo,”* abarca el caso de quienes transportan hojas de coca con objeto de realizar rituales en festividades religiosas (Barrientos, 2008).

Por su parte, se han incorporado con mayor frecuencia a las alegaciones y a la misma jurisprudencia de los tribunales nacionales las teorías basadas en el error de prohibición, en donde existe una falta de comprensión de la antijuridicidad, ya que la persona tiene valores diferentes que responden a su comunidad o pueblo de origen. (Carnevali, 2007, p. 27)

Tal como refiere el aludido Modelo

Más concretamente esta no comprensión de la antijuridicidad se traduce en la inexistencia de la conciencia de la ilicitud, la que en virtud del principio de culpabilidad ha de ser exigible al sujeto para atribuirle responsabilidad penal. (p.162)

Bajo este aspecto se ubican por ejemplo los casos de comunidades que tienen una consideración valórica diferente de la propiedad privada o tierras, o bien si la defendida manifieste que no estaba en conocimiento que el transportar determinadas sustancias o medicamentos estaba penado por la ley.

Otra vía de defensa la constituye la el caso del error de comprensión culturalmente motivado. En este caso cobra especial relevancia el pertenecer a otra cultura ya que está enfocada en la internalización o no del desvalor de la norma. De ahí que la persona no ha

53. Para profundizar en estas alegaciones y posibilidades de teorías del caso en el ámbito nacional ver: **Defensoría Penal Pública** (2012), *Modelo de Defensa Penal Indígena*. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. **Defensoría Penal Pública** (2012), *Defensa penal de adolescentes indígenas: propuestas para tener presente, discutir y profundizar*. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. **Barrientos, I** (2008) Licitud del porte y uso de la hoja de coca. *Polít. crim.*, No 5, 1-30. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_4_5.pdf **Carnevali, R.** (2007). El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. *Política Criminal*, 3, 1-28. **Villegas, M.** (2012) Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho*, Vol XXV, 177-205. Recuperado en 27 de julio de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008&lng=es&tlng=es. 10.4067/S0718-09502012000200008.

comprendido la criminalidad de la conducta en razón de su cultura o costumbres, o bien, no es posible exigirle que adecúe su conducta a dicha comprensión, con la consecuencia que se excluye la culpabilidad (Defensoría Penal Pública, 2012, p. 165)

Por último, las atenuantes cobran relevancia. Si bien todas pueden entrar en juego dependiendo de los hechos concretos destaca especialmente la eximente incompleta consignada en el art. 11, primera, del Código Penal.

Tal como se refirió, el defensor o defensora evaluará los antecedentes y según aquello decidirá la teoría y estrategia más adecuada al caso particular, pero no debe perder de vista que este es un paso necesario y esencial en su defensa, ya que su representada es portadora de caracteres especiales, determinantes, amparados y acogidos por un marco normativo que es factible aplicar en el ámbito nacional, por lo que debe construir una teoría que dé cuenta de dichos caracteres.

VII.9. Peritajes

El peritaje es una prueba fundamental para apoyar la teoría del caso de la defensa, en casos con imputadas mujeres indígenas extranjeras. En efecto, el peritaje en estos casos es imprescindible, ya que ayudará a formar la convicción del juez, en base a una opinión imparcial y fundada sobre la interpretación y apreciación de los hechos. Mediante este medio de prueba el juez podrá contar con una opinión objetiva acerca de conocimientos científicos, de arte u oficio, que él desconoce, y que le permita dirimir ciertas cuestiones de la causa.

No hay que perder de vista que los jueces del tribunal oral carecen de toda información acerca de la ocurrencia de los hechos, y de la realidad que rodea a la acusada. Será la defensa quien debe presentarle un cuadro de cómo sucedieron los hechos desde el punto de vista de la imputada, para lo cual será muy importante darle a conocer al tribunal el contexto del cual ella proviene.

La prueba pericial puede ser utilizada para contextualizar al tribunal, acerca de las circunstancias y particularidades que rodean a la imputada, en especial en su calidad de indígena. Le permitirá tomar conocimiento acerca de sus costumbres, fiestas, su relación con la tierra, con su comunidad, con sus familiares, la forma en que está organizada la comunidad, y la forma de relacionarse con la autoridades, ya sea de la propia comunidad, o policías, jueces, etc. El peritaje igualmente permitirá probar la pertenencia de la defendida al mundo indígena, no obstante el haber vivido en el ámbito urbano y tener procesos de culturización occidentales.

El perito busca explicar a la autoridad el significado que el hecho implica en la integridad de una cultura que le es ajena, frente a las diferentes realidades. (Valladares de la Cruz, 2012, p. 12)

i. Tipos de peritajes

Resulta imprescindible contar con pericias antropológicas, sociales, psicológicas y/o sociológicas, que permitan contextualizar el origen de la mujer, sus prácticas culturales, su nivel social y económico e identificar todos los elementos que atendida su condición de mujer indígena extranjera permita dar sustento a la teoría del caso de la defensa.

En normas internacionales se establece que para tomar decisiones respecto a conflictos que involucren a personas indígenas se debe considerar sus costumbres, tradiciones y normas propias. Así por ejemplo el art 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas señala:

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

En particular, el peritaje antropológico será fundamental si los hechos o la conducta de la defendida dice relación con una tradición o costumbre si la conducta de la mujer obedece a patrones culturales, o si se desea invocar la concurrencia de alguna circunstancia que exima o atenúe su responsabilidad penal en la cual los elementos culturales son significativos para sustentar las argumentaciones. Mediante este peritaje se pretende contextualizar la conducta y prácticas culturales de la representada, dentro de su realidad en la comunidad, mediante los testimonios de familiares y de personas pertenecientes a la comunidad indígena de origen.

Es función de la defensa asegurar que el peritaje sea completo y que se efectúe la relación respecto a la conducta de la mujer con la costumbre indígena.

En particular sobre el contenido del peritaje antropológico, existen ciertas orientaciones.

Las exigencias que los tribunales suelen requerir respecto de los peritajes son las siguientes:

- a) mención de fuentes bibliográficas y/o etnográficas*
- b) atribución directa de la conducta del imputado a la costumbre ancestral que se invoca. Es decir, que la costumbre permita explicar la motivación del sujeto para comportarse tal cual cómo ocurrieron los hechos. Cuando sólo se realiza un peritaje general sobre el pueblo correspondiente y no se hace esta relación directa los tribunales tienden a rechazarla. (Defensoría Penal Pública, n° 7 2012, p. 153)*

El peritaje antropológico muchas veces requerirá ser complementado con algún peritaje psicológico, social, psicológico o sociológico, que dependiendo de la teoría del caso, permita abordar la conducta de la imputada de una manera más integral.

Se recomienda además ser creativo en el uso de los peritajes. Así por ejemplo, existen algunos tribunales orales que no reconocen el 11 n°. 9 del Código Penal, aun cuando existiese una confesión. Pero en estas situaciones la presentación de un peritaje que le de valor a lo que significa la confesión podría ayudar a lograr el reconocimiento de esta atenuante.

ii. Peritos

La relevancia está dada no sólo por determinar el tipo de pericia, sino además por elegir un perito idóneo que tenga todas las condiciones, capacidades y que, en definitiva, sea creíble ante los jueces.

En este sentido, se requiere contar con una oferta amplia de peritos, dentro de los cuales exista la posibilidad de elegir el profesional adecuado y que dicho perito tenga la disponibilidad no solo para elaborar el peritaje, sino también para comparecer al juicio oral.

Es fundamental que el facilitador(a) intercultural colabore con el perito, en particular con el antropólogo, sociólogo, sicólogo o asistente social. Para ello le proporcionará todos los datos necesarios de contacto con familiares o personas de la comunidad, así como cualquier información adicional que éste requiera para la elaboración del informe.

No obstante que cada perito tiene su metodología de trabajo, el defensor o defensora y el facilitador(a) intercultural velarán porque la metodología utilizada por éste sea la adecuada.

Asimismo, a pesar de las dificultades que pueda tener el perito en la realización del peritaje con una defendida indígena extranjera, el abogado(a) deberá asegurar que éste haya agotado todos los medios para investigar sobre los siguientes aspectos:

- Contexto del cual proviene la mujer, para lo cual deberá contactará al Consulado si es necesario o a las autoridades del país de origen.
- Antecedentes históricos del lugar donde proviene la representada.
- Ubicación geográfica de la comunidad origen.
- Diagnóstico del entorno social.
- Prácticas culturales.
- Vínculo con familiares o personas de la comunidad. Si no es posible para el perito acceder a familiares o personas de la comunidad de la defendida, mediante la ayuda del facilitador(a) intercultural puede tener acceso al contacto de estas personas.

La condición extranjera de la mujer indígena provoca que en algunas situaciones la realización del peritaje sea más complejo, atendido que no existen los medios para que el perito concurra a la misma comunidad o no cuenta con familiares o con personas de la comunidad para entrevistar. Pese a lo anterior, se debe tener claro que la presentación de un perito al juicio cuyo único soporte de su informe sea la declaración de la imputada es muy probable que no produzca credibilidad ni va a ser considerado finalmente por el tribunal.

Por otra parte, no se recomienda que el facilitador(a) intercultural realice la función de perito atendido que al ser funcionario de la Defensoría y al concurrir habitualmente a tribunales puede, bajo la perspectiva del tribunal, carecer de la objetividad y credibilidad requerida para un perito, no considerando finalmente su testimonio. Sin embargo, es muy importante que el facilitador(a) apoye al perito, por ello cada vez que se solicite un peritaje de esta naturaleza, el defensor o defensora deberá informar al facilitador(a) intercultural.

VII.10. Revisión de la prisión preventiva

La condición de ser extranjera, es un factor perjudicial para la imputada al momento de discutir las medidas cautelares por el eventual peligro de fuga, sumado a ello que la mayoría se encuentra por el delito de tráfico de drogas contemplado en la Ley 20.000. Sin embargo, nada obsta que transcurrido algunos meses de investigación se pueda solicitar la revisión de la prisión preventiva.

En efecto, el art. 144 del Código Procesal Penal establece que la prisión preventiva puede ser modificable en cualquier estado del procedimiento, de oficio o a petición de parte. Por ello, se debiese tener una conducta proactiva a este respecto y generar antecedentes o argumentos que le permitan discutir y fundamentar la solicitud de modificación o cesación de esta medida.

Puede que aparentemente no existan antecedentes nuevos determinantes en la causa, pero un informe pericial o alegaciones tendientes a señalar lo gravosa que ha sido la prisión preventiva para la mujer indígena extranjera o prolongación excesiva de la investigación del Ministerio Público, entre otros, son todos argumentos que debieran considerarse para la solicitud de revisión. Es relevante a este respecto considerar la condición de género, la pertenencia a un pueblo originario y además el ser de nacionalidad extranjera, los que hacen que la medida de prisión preventiva sea aún más gravosa que en otros casos, por lo cual ésta debiera durar el menor tiempo posible.

Asimismo, es importante la generación de redes de apoyo que le permitan contar con argumentos concretos para oponerse al peligro de fuga que fue considerado primeramente por el tribunal al decretar la medida cautelar.

Es significativo además considerar lo establecido en el art. 10 n° 2 del Convenio 169 de la OIT que establece que: *“Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”*. Este artículo es esencial como argumento ya que se relaciona con la prognosis de la pena, toda vez que si se contempla un tipo de sanción penal alternativo a la prisión, no se puede en base al principio de la proporcionalidad imponer una medida cautelar más pesada de la que sería la propia pena.

La Regla 57 de Reglas de Bangkok, establece expresamente:

Las disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de los hijos.

Por su parte, la Regla 58 de las Reglas de Bangkok señala:

Teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 2.3 de las Reglas de Tokio, no se separará a las delincuentes de sus parientes y comunidades sin prestar la debida atención a su historial y sus vínculos familiares. Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena.

Por lo tanto, es el defensor o defensora quien con todos los argumentos legales y fácticos debe solicitar la modificación de la prisión preventiva de la imputada indígena extranjera y no conformarse con la resolución inicial que decretó esta medida cautelar. Se requiere una defensa proactiva y que no obstante los eventuales rechazos a la solicitud de revisión de la prisión preventiva, pueda ir sentando un precedente en cuanto a la atención y defensa diferenciada que requiere una mujer indígena extranjera.

VII.11. Concurrir a las audiencias con intérprete

En todas aquellas situaciones en que la defendida no hable o no exista una real comprensión del español, o bien, que haga uso de su derecho a expresarse en su propia lengua, la defensa realizará las gestiones para que sea acompañada por un intérprete en cada audiencia a la cual deba concurrir.

Ya se han indicado en apartados anteriores, los fundamentos legales para que este intérprete sea exigido.⁵⁴

54. Ver apartados IV.6 y V.3.

VII.12. Labor del Facilitador(a) Intercultural en la identificación de causas con mujeres indígenas extranjeras

Es fundamental la labor del facilitador(a) intercultural en cuanto a revisar permanentemente los registros de imputadas extranjeras para definir si existe alguna que tenga la calidad de indígena. En efecto, puede ocurrir que no se haya detectado que está ante una defendida indígena extranjera en la primera entrevista o audiencia, o que no estando seguro de si su representada reúne estas calidades haya solicitado al facilitador(a) intercultural quién lo determine.

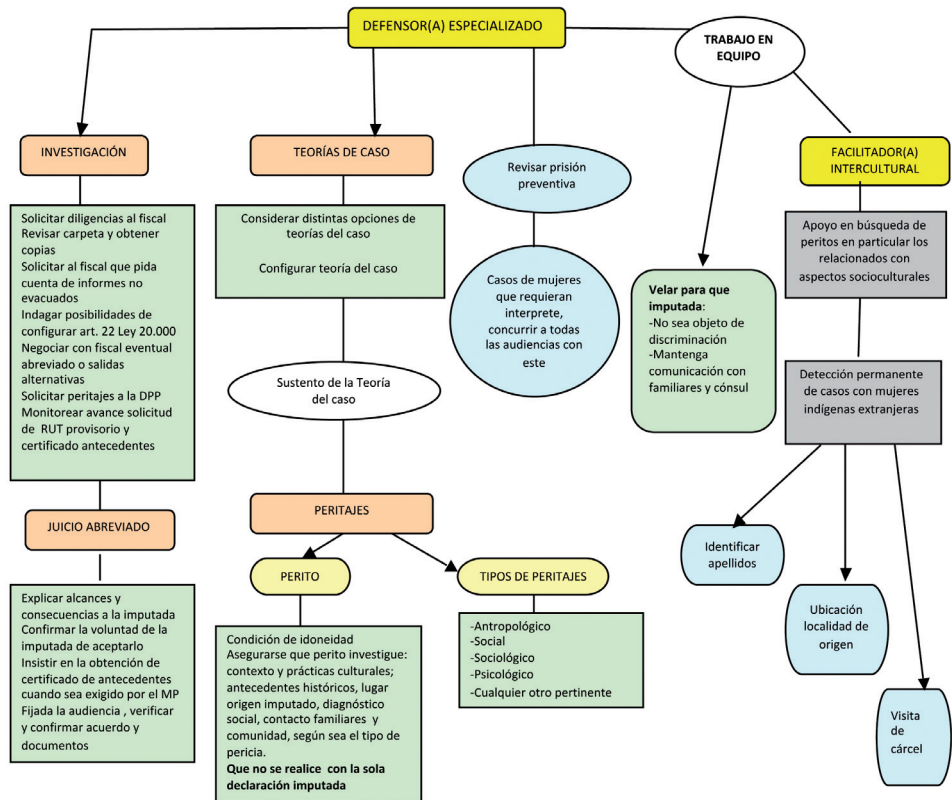
Para cumplir con esta labor de detección es fundamental utilizar ciertos mecanismos, entre los cuales existen los siguientes:

- Identificar apellidos que sean indígenas o hispanos pero que sean comunes en los pueblos originarios
- Ubicar la localidad en el país de origen de donde proviene la mujer y evaluar si corresponde a un territorio o comunidad indígena.
- Visita y entrevista directa a la defendida en la cárcel, lo que ayudar a determinar si reúne características físicas de mujeres indígenas o si habla una lengua originaria.

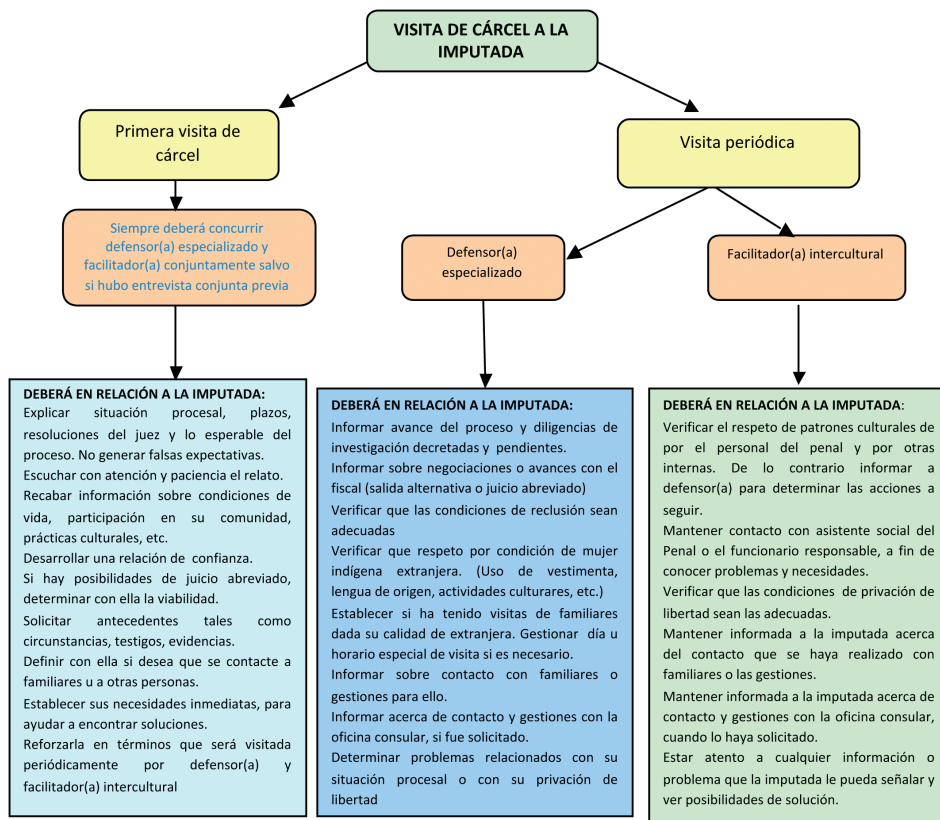
Es imprescindible que este trabajo de detección sea realizado por el facilitador(a) intercultural de manera permanente y continua.

Una vez detectada una causa con una mujer indígena extranjera por el facilitador(a), será derivada a la brevedad al defensor o defensora especializado, quien deberá asumir la causa según lo establecido en el presente Protocolo.

Atención a imputada indígena extranjera privada de libertad durante el proceso



Atención imputada indígena extranjera durante el proceso-visita de cárcel



VIII. Atención de la imputada indígena extranjera después de la condena y durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad

Una vez que la mujer indígena extranjera es objeto de una condena y teniendo como foco principalmente los delitos contemplados en la Ley 20.000 sobre tráfico de drogas, se presentan diversos escenarios. Estos están dados por la situación de ser una mujer que pertenece al mundo indígena y por ser extranjera, lo que de alguna manera determinará las dificultades más comunes a las que se verá enfrentada tanto desde una perspectiva jurídica propiamente tal, como en lo que se refiere a sus necesidades específicas y que van más allá del proceso.

La problemática de fondo que sustenta aquello es que el sistema procesal penal en general considera como usuario, especialmente en lo que a la cárcel se refiere, a una persona relativamente joven, de sexo masculino y chileno.

Asimismo, los sistemas y regímenes penitenciarios no han sido diseñados para mujeres lo que se aprecia en elementos tales como la arquitectura, los procedimientos de seguridad, instalaciones de atención de salud, opciones de trabajo o de capacitación, siendo los recintos femeninos más bien una adaptación o reformulación de las cárceles para hombres. (Bastick y Townhead, 2008, p. 1)

Lo anterior es confirmado por lo que se sostiene en el prólogo de las reglas de Bangkok

los establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino, mientras que el número de reclusas ha aumentado considerablemente a lo largo de los años.

De ahí que si bien se han adoptado algunas especificaciones que consideran, por ejemplo a las usuarias mujeres, el sistema en su conjunto aun no incluye otros elementos tales como a los ancianos, a los indígenas, a los extranjeros, a las personas con enfermedades que los incapacitan o a las mujeres, por nombrar solo algunas.

De este modo, en este caso se trata de una persona que tiene a lo menos tres elementos que la sitúan fuera de lo que el mismo sistema carcelario general diseñó: se trata de una mujer, extranjera, indígena, a lo que puede añadirse un cuarto elemento de relevancia que es si está embarazada o tiene hijos lactantes.

En este apartado se desarrollan elementos originados en una condena penal y especialmente durante la audiencia de determinación de pena del artículo 343 del Código Procesal Penal, tales como la sustitución por la pena de expulsión del país, decretar el cumplimiento efectivo de la pena o conceder el beneficio de la libertad vigilada intensiva. Posteriormente, durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad la persona puede recibir beneficios intrapenitenciarios, e incluso una vez cumplida la pena puede ser objeto de una expulsión administrativa.

Conjuntamente, en esta fase se encuentran elementos que se relacionan con las condiciones de vida que enfrenta una condenada privada de libertad, relacionadas principalmente con los temas de salud, de atención a madres embarazadas, comunicación con sus familias y visitas.

Diversos de estos aspectos se desarrollan a continuación a fin de evidenciar los diferentes elementos en la fase de determinación de la pena, en los cuales debe prestar la atención la defensa.

VIII.1. Audiencia de determinación de la pena del artículo 343 del Código Procesal Penal e implicaciones del Convenio 169 de la OIT en esta

En esta audiencia el defensor o defensora debe presentar informes sociales y/o pericias antropológicas, psicológicas o sociológicas que amparen lo establecido por el Convenio 169. Esto implica incluir en el debate la consideración de determinadas circunstancias sociales, culturales y económicas relevantes y/o la posibilidad de que se aplique una pena diferente a la prisión.

El artículo 343 del CPP establece que en el evento de condenado abrirá debate en la audiencia de determinación de la pena:

Tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores, inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y en la misma audiencia. Para dichos efectos, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia.

Por la vía de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, se pueden incluir en esta audiencia dos tipos de argumentaciones: las características económicas sociales y culturales de la persona y la preferencia de penas distintas al encarcelamiento.

El mencionado artículo refiere:

10.1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

10.2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Por lo tanto, ello permite que en la audiencia del artículo 343 del CPP se pongan en consideración del tribunal elementos relacionados con la calidad de la persona condenada, en este caso el ser indígena y además ser extranjera. Conjuntamente se pueden introducir aspectos relacionados con la causa en su esfera de motivación cultural, siempre que se trate de aspectos ajenos al hecho ilícito propiamente tal.

Todas estas alegaciones deben incluir un respaldo empírico, lo que se realiza mediante la incorporación de pericias que fundamenten la solicitud que la defensa someta al conocimiento del tribunal.

Inclusive esta norma permite justificar la solicitud de expulsión como pena sustitutiva, la solicitud de libertad vigilada intensiva, la de obtener beneficios intrapenitenciarios o el acceso a la libertad condicional.

Por lo anterior resulta de suma relevancia la incorporación de dichos aspectos a la audiencia de determinación de la pena.

VIII.2. Libertad Vigilada Intensiva

El defensor o defensora debe aportar antecedentes, tales como pericias e informes sociales, en la audiencia de determinación de pena del art. 343 del CPP que justifiquen la imposición de la libertad vigilada intensiva, de manera que se ponga de manifiesto la eficacia de una intervención individualizada en la mira de una efectiva reinserción social, según dispone la misma norma.

Igualmente, para cumplir dentro de Chile con la libertad vigilada y la pena remitida en su caso, se solicitará una visa especial hasta el cumplimiento de la condena, establecida en el art. 143 del Reglamento de Extranjería.

Es relevante referirse a esta modalidad de cumplimiento para la situación que no sea deseo de la condenada ser expulsada del país, o bien, que el tribunal no acceda por alguna razón a la pena sustitutiva de expulsión.

Esto nuevamente se vincula con el proyecto de vida que la mujer tenga en Chile. De este modo, ella puede ser partidaria de permanecer en el país y optar por el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, para posteriormente poder optar a una salida anticipada.

Una de las posibilidades de cumplimiento en libertad para una persona condenada la constituye la libertad vigilada intensiva dispuesta en la Ley 18.216, que fue incorporada con la modificación realizada por la Ley 20.603.

Como establece el mismo artículo 14 de esta ley, la Libertad Vigilada intensiva:

Consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales.

En este caso al igual que la pena sustitutiva de expulsión del país, es requisito que la condena sea menor a cinco años de prisión, con ciertas excepciones que expresa la misma ley.

Para su aplicación se exigen requisitos establecidos en el artículo 15 de la Ley 18.216. Entre estos está la inexistencia de condenas anteriores, salvo casos excepcionales y además:

Que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de esta ley, parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social.

Es de interés preguntarse en qué medida estos requisitos se adecuan a la situación de la mujer indígena extranjera que ha sido condenada a una pena privativa de libertad. Esto específicamente porque las evaluaciones y los evaluadores que realizan estos informes debieran tener incorporada una visión intercultural con el fin de considerar las particularidades de este grupo.

Por ello es que es función esencial del defensor o defensora aportar antecedentes en la audiencia de determinación de penas para que a criterio del tribunal sea recomendable imponer la libertad vigilada intensiva, en la mira del cumplimiento de los objetivos de reinserción social. Entre los antecedentes a aportar existe el informe social o una pericia psicológica, pudiendo incorporarse además pericias antropológicas y/o sociológicas, según sea el caso.

Por su parte a fin que pueda cumplir con la libertad vigilada especial o simple, dentro del territorio de Chile y sin que se le solicite el abandono, el Reglamento de Extranjería

establece en su art. 143 tanto para quienes acceden a la libertad vigilada como para los condenados con pena remitida, la posibilidad de acceder una visa especial hasta el término de la condena.⁵⁵ Al respecto se ha emitido la circular N° 11 de 2015 del Departamento de Extranjería y Migración que explicita la operatividad de esa visa, indicando que no será necesario sustituir la orden de abandono para otorgar la referida visa, permitiendo de este modo que ella sea otorgada.⁵⁶

Esta visa permitiría que durante el tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva puedan incorporarse al mundo social y laboral, es decir, buscar trabajo, tener acceso a prestaciones de salud, acceso a la educación, entre otras.

Por ello se debe tener presente esta circunstancia a fin de orientar al condenado sobre la posibilidad de tener esta visa especial durante el cumplimiento de la condena.

VIII.3. Expulsión como pena sustitutiva de la Ley 18.216

El 20 de junio de 2012 se publicó la Ley 20.603 que modificó la Ley 18.216, incorporando las penas sustitutivas. La nueva norma añade, entre otras, en su art. 34,⁵⁷ la pena sustitutiva de expulsión del extranjero que no reside legalmente en Chile y que ha sido condenado a una pena de hasta 5 años. En estos casos el juez de oficio o a petición de parte puede sustituir el cumplimiento de la pena, con la consecuencia que la persona no podrá regresar a al territorio en diez años desde la fecha de la sustitución. A la audiencia en que ello se debate debe ser citado el Ministerio del Interior con el objeto de ser oído.

55. Reglamento de Extranjería. D.S 597. art. 143: *La resolución que rechace la solicitud o revoque un permiso de residencia de algún extranjero que se encuentre procesado por crimen o simple delito, deberá disponer que el plazo que se fije para abandonar voluntariamente el país, empezará a regir desde el momento de notificación de la sentencia firme o ejecutoriada, cuando ella sea absolutoria o del término del cumplimiento de la pena, si fuese condenatoria. Excepcionalmente, en el caso de procesados que gocen de libertad condicional o condenados con pena remitida y se les rechace solicitudes o se les revoque sus permisos de residencia, a su respecto se les podrá sustituir el abandono del país por la expedición de una visación de residente restringida en su plazo de validez, en cuyo caso se les aplicará enteramente lo dispuesto en los artículos precedentes. Estas visaciones podrán ser prorrogadas sucesivamente hasta el término del proceso o condena*

56. Departamento de Extranjería y Migración. Circular N° 11. *Informa e instruye sobre modificaciones al Decreto Supremo N° 597 de 1984, Reglamento de Extranjería, y al Decreto Supremo N° 296 de 1995, ambos del ministerio del Interior.* 13 de marzo de 2015.

57. Ley 20.603. art. 34. *Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional. A la audiencia que tenga por objetivo resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído. Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma.*

El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena. En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

La Opinión Consultiva OC 21/14 de 19 de agosto de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional indica lo que se entiende como expulsión.⁵⁸ Ella lo concibe en términos amplios, lo que ayuda a enfocarnos conceptualmente en la temática para conocer sobre qué campo se están realizando estos comentarios.

(...), la Corte entiende la expulsión como cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independientemente de la denominación que reciba en la legislación nacional, relacionado con la salida obligatoria de una persona del Estado receptor que tiene como consecuencia que esta efectivamente abandone el territorio de dicho Estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo. De este modo, al referirse a la expulsión, se abarca también lo que en términos específicos o estatales internos pudiera consistir en una deportación. (párrafo 269)

En relación a esta pena sustitutiva de expulsión, al momento de ser discutida requiere que la defensa tenga en cuenta algunos elementos.

i. Plan de vida de la condenada en Chile

El defensor o defensora debe tener conocimiento de las expectativas de mantenerse en Chile o no, por parte de la condenada.

Si no desea permanecer en el país, se solicitará la aplicación de la sustitución de penas. Si por el contrario desea radicarse en Chile y la sustitución es solicitada por el Ministerio Público o el Juez la decreta de oficio, se debe indicar la voluntad de la condenada y velar por que su voluntad sea respetada, realizando argumentaciones basadas en la aplicación de la ley más favorable, sobre la redacción en términos facultativos de la norma, o bien sobre unidad familiar, especialmente en relación a los hijos.

Antes de la discusión de cualquier posibilidad de expulsión del país en uso de la facultad que da la ley, es fundamental que se tenga conocimiento sobre cuál es la expectativa de la persona condenada sobre su futura permanencia en Chile. Por ello es de suma importancia que el abogado inquiera sobre los lazos familiares que ha establecido en el territorio nacional, sobre si tiene hijos, cónyuge o conviviente, sobre si tiene vínculos laborales y sociales, en definitiva, sobre si tiene un plan de vida futura en el país. Dependiendo de dicha información y conjuntamente con el cumplimiento de los otros requisitos legales, se evaluará si corresponde solicitar u oponerse a la expulsión como pena sustitutiva.

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC 21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.*

Conjuntamente, a fin de fundamentar ante el tribunal que esta pena sustitutiva no sea aplicada se puede invocar la función que el ordenamiento jurídico le da a la pena en Chile, esto es, al logro de la reinserción social, lo que no se estaría cumpliendo si la persona es expulsada.

ii. Calidad de persona sin residencia legal en el país

Respecto al significado de la residencia legal en Chile esto obliga a remitirse al Decreto Ley 1.094 de Extranjería que en su artículo 4 señala que los extranjeros podrán ingresar al territorio nacional en calidad de turistas, residentes, residentes oficiales e inmigrantes los que se rigen por el DFL 69 de 1953 sin perjuicio de las normas aplicables del mismo decreto ley.

Este mismo cuerpo legal desde el artículo 18 en adelante trata sobre los diferentes tipos de residentes: residente oficial, el residente sujeto a contrato, el residente estudiante, el residente temporario y el residente con asilo político o refugiado. Además se regula el permiso de permanencia definitiva que es el que permite radicarse definitivamente en Chile (art. 41) y se proporcionan normativas respecto de quienes ingresan como turistas.⁵⁹ Conjuntamente se encuentran los extranjeros tripulantes de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre o ferroviario que pertenecen a empresas que desarrollen el giro de transporte internacional de carga los que son considerados como residente con la calidad especial de tripulantes (art. 50).

Por último, se encuentran, por un lado, las personas que entran a Chile en virtud de convenio Tacna y Arica que faculta a permanecer en Chile hasta 7 días a los originarios de Tacna y,⁶⁰ por otro, a quienes tienen la calidad de habitantes de zonas fronterizas regidos por la Ley 19.581.

Dado este panorama la pregunta que surge es qué sentido quiso darle el legislador al término de *residencia legal* en Chile. La interpretación más adecuada sería en un sentido

59. Los turistas son los extranjeros "que ingresen al país con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios, de gestión de negocios, familiares, religiosos u otros similares, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas" (art 44), que pueden permanecer en el país hasta por 90 días prorrogables en igual periodo con la opción de una segunda prórroga excepcionalmente (art 44).

60. Este Convenio se firmó entre los gobiernos de Chile y Perú en Lima el 13 de diciembre de 1930 y se aprobó por el Decreto n° 174 de 1931 publicándose el 14 de Marzo de 1931. Está referido a las ciudades de Tacna y Arica y establece normas especiales para el tránsito de los nacionales de Chile y Perú en la zona fronteriza de Tacna y Arica y otras localidades que se incorporen. Se refiere al tránsito que se efectúa desde Perú por el complejo Fronterizo de Santa Rosa y la estación de Tacna del ferrocarril de Arica a Tacna y desde Chile por la Avanzada de Chacalluta y la estación de Arica del ferrocarril de Arica a Tacna. Establece que los nacionales de Chile y del Perú que viajen a Tacna o Arica, respectivamente, deberán estar provistos de un salvoconducto que acredite su identidad y los autorice para transitar libremente en las zonas definidas por el artículo 1°: Arica, Tacna y las localidades aledañas que después se integren al Convenio. Estos salvoconductos habilitan para permanecer por períodos de hasta 7 días en las zonas definidas por el Artículo 1° con la limitación es que los titulares no podrán transitar fuera de los límites de las zonas definidas y deberán retornar a su país de origen dentro de los 7 días. Además el salvoconducto no habilita a su titular para ejercer en el otro país, con fines de lucro, trabajo, profesión, ocupación temporal o permanente, ni para fijar domicilio.

estricto, ya que de alguna manera la norma de la expulsión sustitutiva tendría como fin que aquellos que no tuvieran vínculo con el país fuesen expulsados. De este modo, el residente, el residente sujeto a contrato, el residente estudiante, el residente temporario, el residente con asilo político o refugiado y quien es poseedor de la permanencia definitiva, estarían excluidos de esta norma.

Paralelamente se debe considerar que muchas mujeres al ser detenidas, han ingresado en calidad de turista o bajo convenios especiales como el convenio Tacna-Arica ya referido. El problema es que mientras el proceso está pendiente y están sujetas a prisión preventiva, en muchas ocasiones vencen los plazos del permiso, pasando a estar en un estatus de irregular.

iii. Comprensión y consentimiento efectivo de la condenada y de las implicancias que conlleva la pena sustitutiva de expulsión del país

Por el solo hecho de ser extranjera no se puede presuponer un consentimiento de la mujer favorable a la aplicación de la pena sustitutiva de expulsión. Por ello si hubiere dudas sobre sus implicancias, en la comprensión u otros elementos, se deberán aclarar aquellos, no pudiendo procederse sin el efectivo conocimiento y aprobación de la condenada.

El defensor o defensora debe haber conversado con su representada durante el proceso y tener desde ya conocimiento de su expectativa de ser expulsada o bien de cumplir la pena en Chile de acuerdo a su proyecto de vida. Ello está dado por una relación de confianza que se ha desarrollado y establecido a lo largo del proceso.

Por ello es esencial el consentimiento de la representada para ser objeto de la sustitución de la pena por una expulsión y de las consecuencias que ello acarrea. Esto especialmente para el caso de aquellas mujeres que han constituido un plan de vida vinculado a Chile, ya que en caso de aceptar esta pena sustitutiva tendrán una prohibición de reingreso a Chile por el plazo de diez años desde que se materializa la salida.

Ello se complementa con el hecho de que si bien la norma establece que la sustitución la decreta el juez, ya sea de oficio o a petición de parte, ello no implica una obligación de decretarla sino que constituye una opción, lo que se complementa con el artículo 1 de la Ley 18.216 que establece las penas sustitutivas como una facultad. Si bien ello es susceptible de discusión, al menos la defensa debe considerar la posición de la condenada y esgrimir argumentos a su favor relativos a unidad familiar, aplicación de ley más favorable y objetivos de reinserción social.

iv. Plazo en que se ejecuta la expulsión como pena sustitutiva

El defensor o defensora debe verificar que se ejecute la pena de expulsión dentro de los plazos establecidos por el tribunal los que no debieran exceder de los 30 días. De

ser así se deben interponer las acciones judiciales de Cautela de Garantías o Recurso de Amparo Constitucional.

Respecto del término dentro del cual se debe materializar la medida de expulsión, en la práctica se ha establecido por diversos tribunales un plazo de 30 días para que ésta se lleve a efecto. Ello parece razonable atendido especialmente que en la gran mayoría de los casos son personas originarias de países limítrofes, lo que le da un margen de acción a la Policía de Investigaciones - ejecutor de la medida- para el traslado a las fronteras respectivas.

Si existe tardanza se deben interponer las acciones judiciales, sea el Recurso de Amparo Constitucional o la Cautela de Garantía, a fin de que se materialice la expulsión y no esperar que ello se decrete de oficio por el tribunal.⁶¹ Lo anterior con el objeto de evitar situaciones de ansiedad o depresión en las condenadas. Por ello, además, resulta imprescindible informar a las condenadas sobre los avances en la materialización de la medida y no generar falsas expectativas sobre la rapidez en su concreción.

Conjuntamente, es fundamental realizar actividades de coordinación con el Consulado respectivo a fin que sean trasladados efectivamente a la localidad de origen, atendido que en caso contrario sólo serán dejadas en la frontera con el país vecino presentándose dificultades para llegar a sus poblados.

v. Prisión Preventiva mientras se materializa la expulsión

Una vez decretada la medida sustitutiva de expulsión del territorio nacional el defensor o defensora debe oponerse a la mantención de la prisión preventiva en base a argumentos de racionalidad y de extrema ratio de la medida. Complementando lo anterior, debe impetrar consideraciones de racionalidad y naturaleza jurídica.

Un tema de relevancia es si se mantiene la prisión preventiva en el caso en que se ha decretado la sustitución de pena por la expulsión, fundado en la última parte del inciso segundo artículo 34 de la Ley 18.216.

61. Corte Suprema Rol 70-14 de 8/1/2014.

2°.- Que para que la norma sea eficaz, la sustitución debe materializarse en un término razonable, de modo que no se torne en una situación más gravosa que la pena privativa de libertad que viene a reemplazar, lo que es coherente con el principio de celeridad contenido en la Ley n° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, cuestión que esta magistratura no advierte que se haya acatado, pues ninguna de las razones administrativas que se han esgrimido parecen atendibles ni justifican la excesiva dilación que se ha constatado avalada en trámites tan burocráticos.

4°.- Que en tales circunstancias, la privación de libertad que afecta a los amparados producto del retardo infundado en la ejecución de la pena sustitutiva de expulsión, afecta ilegítimamente su libertad ambulatoria conculcando de forma manifiesta la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 n° 7 del Constitución Política de la República, por lo cual la presente acción constitucional será acogida en los términos que se dirá en lo resolutivo.

Algunos tribunales son partidarios de extender la prisión preventiva si se ha decretado la expulsión, no obstante en este caso es labor de la defensa oponerse a que esta prisión preventiva se extienda.

Si bien el artículo 34 de la Ley 18.216 indica que se ordenará la internación mientras se ejecuta la expulsión sustitutiva, ello puede ser impugnado en consideración a su naturaleza y a su fundamento legal.

La Prisión preventiva termina, naturalmente, por haberse puesto término al procedimiento cuyos fines ha procurado cautelar. Esta es una consecuencia del principio de instrumentalidad de las medidas cautelares personales. (Horvitz y López, 2005, p. 422)

Efectivamente, no se puede aceptar que la condenada permanezca en prisión preventiva una vez terminado el proceso e impuesta una sanción, menos aún si esa sanción no implica la privación de libertad. No hay que olvidar que se estaría atendiendo no solo contra el derecho fundamental de la libertad ambulatoria, sino también respecto a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares

Asimismo, cualquier sentencia condenatoria que establezca una pena no privativa de libertad que sea dictada respecto a una persona de nacionalidad chilena, dejaría inmediatamente sin efecto la prisión preventiva, al menos desde que se encuentra ejecutoriada. Si bien la pena sustitutiva está contemplada solo para los extranjeros, al no ser una pena privativa de libertad, tampoco puede mantenerse la prisión preventiva.

Por el contrario, mantener la prisión preventiva, si se aplica la pena sustitutiva a los originarios de otras latitudes atenta absolutamente contra el principio de la igualdad ante la ley, contemplado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, ya que se estaría agravando la situación procesal y afectando la libertad personal por el sólo hecho de ser extranjero.

Atendido que el procedimiento ha finalizado, ya no queda espacio para que se decrete una prisión preventiva y tampoco para que sea considerada como tal. Por lo tanto, conforme a su naturaleza jurídica cabría interpretarla según las normas de expulsión administrativa y medidas de arresto del Decreto Ley de Extranjería. Esta se ejecuta por la Policía de Investigaciones pero se realizan en condiciones, lugares y plazos diferentes a los de la retención para la pena sustitutiva de expulsión, por lo que no son asimilables.

Por lo anterior, debiese entenderse como una facultad para el tribunal debiendo considerarse elementos relacionados con la necesidad de cautela y la última ratio en la privación de libertad.

En síntesis, la defensa antes de solicitar y/o discutir la expulsión como pena sustitutiva debe tener conocimiento sobre el plan de vida de la condenada, especialmente sobre permanecer o no en Chile.

Conjuntamente debe evaluar el cumplimiento de los requisitos legales particularmente el relacionado con la residencia en el país.

Es primordial al solicitar y/o discutir esta posibilidad, tener en consideración la voluntad de la condenada, en especial que esta sea manifestada previamente al defensor o defensora teniendo conocimiento de las consecuencias que esta sustitución de penas le implicaría.

VIII.4. Libertad condicional y salidas o permisos

Bajo este título se consideran los dos grandes grupos de medidas enfocadas hacia un contacto progresivo de la persona con la libertad, que desde los sistemas penitenciarios mayoritariamente tienen como fin la reinserción social. En primer lugar se tratará sobre las salidas o permisos para situaciones de mujeres indígenas extranjeras condenadas y en el segundo lugar sobre la libertad condicional para este mismo grupo de personas.

Desde ya las Reglas mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos disponen en su numeral 60 (2):

2. Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no debiera ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.

En este sentido las Reglas Penitenciarias Europeas disponen en su número 107.1:

Los condenados deben ser ayudados en el momento oportuno y antes de su excarcelación mediante protocolos y programas especialmente concebidos para permitirle una transición de la vida en la prisión a una vida respetuosa de las leyes dentro de la sociedad.

Ello se complementa con la regla 107.2 :

Especialmente en los casos de detenidos condenados a penas de larga duración estas medidas deben ser aplicadas para permitir un retorno progresivo a la vida en libertad.

i. Acceso a permisos o salidas

El defensor o defensora proporcionará orientación a la condenada respecto a los diferentes tipos de salidas y a los requisitos exigidos para cada una de ellas.

Este debe estar atento a que la condenada privada de libertad tenga acceso a permisos y salidas en igualdad de condiciones que una condenada chilena. En caso de no ser así, interpondrá las acciones administrativas o judiciales.

Además se considerarán argumentativamente criterios ligados especialmente al mantenimiento del contacto con la familia y necesidades específicas relativas a las mujeres.

Una vez condenada una persona, la legislación penitenciaria establece diversas modalidades y etapas para acceder a beneficios de permisos o salidas en un camino progresivo hacia el estado de libertad. Para ello se disponen requisitos para los condenados los cuales incluyen buena conducta, asistir a actividades educativas, asistir a actividades programadas tales como trabajos y capacitaciones y, por último, contar con redes de apoyo.

En el contexto internacional ello encuentra su respaldo en las normas citadas previamente pero además se mencionan para las mujeres en las Reglas de Bangkok.

Regla 45

Las autoridades penitenciarias brindarán en la mayor medida posible a las reclusas opciones como la visita al hogar, prisiones abiertas, albergues de transición y programas y servicios de base comunitaria, a fin de facilitar a su paso del encarcelamiento a la libertad, reducir la estigmatización y restablecer lo antes posible su contacto con sus familiares.

Regla 46

Las autoridades penitenciarias, en cooperación con los servicios de libertad condicional y de asistencia social, los grupos comunitarios locales y las organizaciones no gubernamentales, elaborarán y ejecutarán programas de reinserción amplios para el período anterior y posterior a la puesta en libertad, en los que se tengan en cuenta las necesidades específicas de las mujeres.

Conjuntamente, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Anexo II: recomendaciones sobre el trato a los reclusos extranjeros,⁶² dispone, específicamente en lo que a las personas extranjeras se refiere:

3. Los reclusos y reclusas extranjeros deberán, en principio, ser elegibles para las medidas alternativas sin encarcelamiento, como también para el acceso a salidas temporales y a otras salidas autorizadas en la cárcel de acuerdo con los mismos principios que se aplican a los nacionales.

62. Aprobado por el Séptimo Congreso de la ONU contra el Delito (1985) A/CONF.121/22/Rev.; respaldada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 40/32.

Dentro de las salidas existen diversos tipos. Todas son definidas por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios como *"beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad."*

Este reglamento fija distintos tipos de salidas esporádicas: salida por hechos de especial trascendencia en la vida familiar (art. 100), salida para la comparecencia personal en diligencias urgentes (artículo 101), salida como premio o estímulo especial (art. 102) y salida para la realización de actividades de reinserción social (art. 102). Además se contempla la salida dominical (art. 103), la salida de fin de semana (art. 104) y la salida controlada al medio libre (art. 104).

Respecto a las mujeres indígenas extranjeras se presenta una realidad particular atendido que muchas de ellas una vez en libertad buscarán retornar a sus localidades de origen.

i.1. Requisitos para acceder a los permisos o salidas e implicaciones en las mujeres indígenas extranjeras

Por un lado existen requisitos comunes y transversales a todo tipo de permiso y además requisitos específicos a cada tipo de salida. Los requisitos comunes son el consentimiento de la condenada y la ausencia de peligro de fuga.

a. Consentimiento de la condenada

Respecto de los requisitos para acceder a las salidas, cualquiera de estas requiere el consentimiento de la condenada, atendido que no es posible obligarla a que tenga contacto con el medio libre. Ello puede ser relevante para situaciones de personas de nacionalidad extranjera que efectivamente prefieran mantenerse al interior del penal en atención a que no tienen recursos ni contacto con personas chilenas.

b. Ausencia de peligro de fuga

Un segundo elemento es la ausencia de un peligro de fuga, punto que puede ser especialmente sensible al tratarse de mujeres indígenas extranjeras. En este caso la problemática surge porque en las personas extranjeras se podría argumentar un eventual peligro de fuga para limitar su concesión. Es aquí en donde la defensa debe prestar atención.

Se pueden apreciar dos tipos de situaciones: personas que tienen contactos y redes en Chile y aquellas que no.

Respecto del primer caso, los criterios relativos al arraigo pueden servir de fundamento para impugnar el rechazo a una solicitud de salida. En el segundo, aunque la persona no tenga familia o redes en Chile no se puede presuponer un peligro de fuga ya que ello debe tener un fundamento. Ello por cuanto el mismo legislador ha considerado el

caso específico que una persona de nacionalidad extranjera obtenga un permiso de salida incluso con un decreto de expulsión, según se aprecia en el art. 108 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios:

Cuando se trate de extranjeros condenados que tengan decreto de expulsión del país, antes de otorgarles alguno de los beneficios deberá darse aviso del día y hora y la duración de la salida a la Policía de Investigaciones de Chile. En caso de ignorarse si el interno tiene o no orden de expulsión, debe recabarse tal antecedente antes de conceder la salida.

Esto hace tener en consideración que el legislador contempló la posibilidad que una persona extranjera obtuviera un permiso, por lo tanto, se puso en esa situación, lo que apoya fuertemente una concesión del permiso o bien la impugnación de su negativa. Por ello la defensa debe hacer valer esta disposición en caso de ser necesario.

c. Requisitos específicos según el tipo de salida

Paralelamente y además de los requisitos ya mencionados cada tipo de salida establece exigencias específicas.

Tanto la salida esporádica por hechos de especial trascendencia en la vida familiar como aquella para comparecencia personal en diligencias urgentes requieren acreditar el fundamento de la solicitud y los vínculos familiares, además de comprobar la ausencia de un peligro de cometer un nuevo delito mientras se haga uso del permiso.

Respecto de la salida esporádica como premio o estímulo especial, debe haber cumplido con un tercio de la pena privativa de libertad, debe ser propuesto por el Consejo Técnico y acreditar la ausencia de riesgo de cometer un nuevo delito durante el uso del permiso. A la vez, la salida para la realización de actividades de reinserción social requiere acreditar el fundamento de la salida e informe favorable del Consejo Técnico del recinto.

Por su parte, la salida dominical, la de fin de semana y la controlada al medio libre requieren, tener cumplida una parte de la condena según el caso, la ausencia del peligro de comisión de un nuevo delito, la necesidad de reinserción social, contar con redes externas de apoyo y muy buena conducta. En este caso son dos los principales obstáculos para una persona extranjera: el eventual peligro de fuga y la inexistencia de redes de apoyo.

En general los requisitos a evaluar se relacionan con la conducta de la interna en el recinto penal, con la asistencia a la escuela, con la participación en actividades tales como capacitación o culturales, y tener medios de apoyo o asistencia (art. 110). Estos elementos se observarán por el Consejo Técnico y el Jefe del establecimiento incluyendo factores como la gravedad de la pena, el número de delitos cometidos, la naturaleza de los mismos y los procesos y condenas pendientes. (art. 109).

Si se concede o no un permiso se relaciona con las necesidades de reinserción y con la evaluación de las actividades de reinserción en que haya participado (art. 96). Esto se mide en base a determinados factores por medio de informes sociales y psicológicos (art. 97). El problema es que son intervenciones que en la práctica no consideran elementos interculturales o de nacionalidad.

En general las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad cumplen fuertemente con requisitos de conducta especialmente por las características de personalidad que las alejan de los conflictos, sin embargo, también se encuentran frente al obstáculo de que los trabajos formales a los que pueden acceder al interior del penal no los pueden realizar por estar en condiciones de irregularidad migratoria o los cursos de formación no son pertinentes a su realidad cultural.

En cuanto a la participación en actividades educacionales, se relaciona con el apartado VI del Convenio 160 de la OIT (artículos 26 y siguientes). Se establece que los servicios de educación deben considerar las necesidades particulares de los pueblos indígenas, debiendo abarcar su historia, sistema de valores y aspiraciones culturales, entre otras. Por su parte la mujer condenada indígena, tuvo en su comunidad de origen una educación conforme a sus prácticas culturales o bien una educación diferenciada. Ello se contrasta con la educación que se ofrece en los recintos penitenciarios, la que no está destinada a otorgar un servicio diferenciado, ya que es impartida a todas las internas por igual sin considerar su origen o sus valores culturales. Por lo anterior, al no poder acceder a una educación según los parámetros contemplados en el Convenio 169 estando en la cárcel, este elemento debe ser evaluado de acuerdo a la condición y características de la condenada.

Refuerza lo anterior lo establecido en el inciso final del art. 110 que refiere que al considerar los requisitos para las salidas -relativos a conducta, educación, participación en actividades y medios o recursos de apoyo y de asistencia- se deben evaluar las circunstancias personales del interno. Por lo tanto, resulta factible realizar argumentaciones en torno al género, al mundo indígena y precisamente al mundo cultural del que viene la persona.

En conclusión, si la condenada manifiesta su deseo de postular a estas salidas, debiera ser considerada. En caso de negativa sobre su concesión se deben examinar los fundamentos y asesorar respecto de su impugnación mediante acciones de reclamación administrativa o incluso la acción Constitucional de Amparo.

Si resultara impugnables los fundamentos para el rechazo de la solicitud, otra argumentación plausible es que en virtud de lo establecido en el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, llama a preferir penas no privativas de libertad, de este modo, una manera de dar aplicación a esta disposición es conceder permisos, lo que es aplicable igualmente para el caso de la libertad condicional y libertad vigilada.

ii. Libertad condicional

Al inicio de este apartado se expusieron algunos de los fundamentos de este beneficio, lo que se complementa con lo que dispone el número 63 de las Reglas de Bangkok, que se refiere al caso específico de las mujeres y proporcionan orientaciones atendida la calidad de ellas y a la condición de cuidadoras que tienen en muchas situaciones:

Al adoptarse decisiones relativas a la puesta en libertad condicional anticipada se tendrán en cuenta favorablemente las responsabilidades de cuidado de otras personas de las reclusas y sus necesidades específicas de reinserción social.

Además se fundamenta aquello en lo dispuesto por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Anexo II: recomendaciones sobre el trato a los reclusos extranjeros, referido en el apartado anterior.

El objeto de la libertad condicional es que la última parte de la condena sea cumplida en libertad siempre que concurren determinados requisitos y que cumpla las condiciones impuestas.

En Chile la libertad condicional está regulada en el Decreto Ley 321 del Ministerio de Justicia,⁶³ que la establece como un derecho de todo condenado a una pena privativa de libertad. Para tales efectos se disponen determinados requisitos: que se encuentre cumpliendo una condena firme o ejecutoriada de más de un año de duración y que haya cumplido efectivamente parte de este tiempo. En este último caso, para los delitos de tráfico de drogas requiere el cumplimiento de 2/3 de la condena, a diferencia de la regla general que exige la mitad de esta.

Se agrega además el tener una conducta intachable dentro del recinto penal, haber aprendido un oficio si es que hay talleres en el recinto y haber asistido regularmente o con utilidad a la escuela y a conferencias educativas que se impartan, salvo que exista un nivel de educación superior al que se imparte o que no haya escuela.

El proceso para postular consiste en la inclusión de los condenados en las listas que elabora Gendarmería y es la Comisión de Libertad Condicional la que concede el beneficio.

Nuevamente es importante considerar si existe inclusión de elementos interculturales para evaluar el cumplimiento de los requisitos tales como la conducta, ya que algunas

63. Decreto Ley Publicado el 12 de marzo de 1925, modificado por Ley n° 20.587 de 8 de junio de 2012. Reglamentación está en el D.S 2.442 de 1926 del Ministerio de Justicia.

internas pueden ser valoradas como con mala conducta, si por ejemplo son más retraídas o menos participativas, lo que obedece a elementos culturales más que a un tema de falta de adaptación. Además, los estándares de educación son solo para los chilenos y las actividades de capacitación que se ofrecen en ocasiones no corresponden a algo útil en el contexto de su cultura indígena.

Todo esto lo debe tener presente el abogado(a) de la causa, especialmente si le es negado el beneficio, para de este modo, impugnar las decisiones si fuere el caso.

En la consideración de los requisitos para la concesión de la libertad condicional, se deben incorporar los elementos culturales que digan relación con la conducta de la condenada y con la participación en actividades de educación y culturales.

En caso de negativa del beneficio, el defensor o defensora evaluará los fundamentos de ello y considerará la interposición de recursos administrativos o judiciales.

ii.1. Vías de impugnación ante la negativa de permisos de salidas y de libertad condicional

A fin de impugnar las decisiones tomadas por la autoridad en relación a los permisos de salida y a la denegación de la libertad condicional existen una serie de recursos de orden administrativo y judicial. Antes de abordar la vía administrativa se debe considerar que si utiliza dicha vía no puede recurrir a la vía judicial en tanto no se haya resuelto la primera. (art. 54 Ley 19.880)

a. Recursos administrativos

Establecidos en el art. 59 Ley 19.880, esta ley establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. El art. 11 dispone que los hechos y fundamentos de derecho siempre se deben exponer si en los actos se afectan derechos de particulares, ya sea limitándolos, restringiéndolos o privándolos de ellos, o bien, perturben o amenacen su legítimo ejercicio. Además, deben respetar el principio de racionalidad y justicia del procedimiento, recogido en el inciso 5 del artículo 19 de la Constitución Política. Estos elementos son los que se hace oportuno evaluar para decidir el uso de la vía administrativa.

- **Recurso de Reposición:** Se interpone en un plazo de 5 días desde que se dicta el acto y ante la misma autoridad que lo dictó. En subsidio se puede interponer el recurso jerárquico.
- **Recurso Jerárquico:** Se interpone ante el superior jerárquico de quien dictó el acto impugnado en el plazo de 5 días desde la notificación.

b. Recursos judiciales

b.1. Ante el juez de Garantía

- Cautela de Garantía del artículo 10 del CPP.

- Hacer uso de lo dispuesto en el artículo 466 inciso segundo del CPP.
- Amparo ante el Juez de Garantía del art. 95 del CPP.

b.2. Ante Corte de Apelaciones

- Recurso Constitucional de Amparo.
- Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.

En definitiva no se debe perder de vista la sede ante la cual será entablada la impugnación y las posibilidades concretas de solución, atendidos los hechos fácticos que la motiven.

VIII.5. Expulsiones administrativas del Decreto Ley de Extranjería 1.094

Desde ya el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, establece en el artículo 13 que la expulsión de las personas extranjeras está condicionada a ciertos requisitos tales como ser dictada conforme a una ley, como asimismo se contempla el derecho a impugnar dicha decisión.⁶⁴

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los países pueden disponer las políticas migratorias que estimen, teniendo siempre como límite los derechos humanos.⁶⁵

En el ámbito chileno, se ha regulado en el Decreto Ley 1.094 de 1975, que establece las normas relativas a extranjería y migración, consignando entre sus disposiciones la expulsión administrativa, que procede bajo determinados supuestos que la misma ley precisa.

Este decreto ley establece dos autoridades que pueden disponer la expulsión. Por un lado, en general se resuelve por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministerio del Interior por orden del Presidente de la República.

64. Pacto Derechos Civiles y Políticos: Art. 13. *El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.*

65. Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. En este caso, resuelto por la Corte el año 2010, se declara la responsabilidad internacional del estado de Panamá por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales, principio de legalidad e integridad personal del Señor Jesús Tranquilino Vélez Loor. Señala la Corte que los estados pueden establecer políticas migratorias con sistemas de ingreso y egreso de los no nacionales siempre que esas políticas migratorias sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Por ello sostiene que desde las obligaciones de respetar derechos y deberes nacen obligaciones especiales basadas en las condiciones particulares del sujeto. Estas condiciones están dadas por su estado o por su situación, como es el caso de los migrantes indocumentados que están más vulnerables a violaciones y a la desprotección de derechos y les es más difícil el acceso a los recursos públicos estatales, o están más susceptibles a sufrir prejuicios culturales, lo que redundaría en la impunidad de las violaciones de derechos humanos contra migrantes. (Párrafo 97)

Por otro lado, la expulsión de los extranjeros titulares de permiso de turismo o que prolonguen su permanencia una vez vencido el permiso, se decreta sin más trámite por resolución del Intendente Regional y está exenta del trámite de toma de razón. Esta característica la incluye dentro de lo que son los actos administrativos, por lo que debe cumplir con los requisitos de la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos ya mencionada.

Lo anterior, resulta relevante en la medida que se quisiese impugnar dicho acto, atendido los requisitos de ser dictado por autoridad competente y previa investidura de quien lo emite, debe ser motivado, su objeto guardar coherencia con los motivos y ser legal y, estar orientado al fin previsto en la ley.

Igualmente, el Decreto de expulsión requiere ser notificado al afectado y entregarle una copia en donde se señalen los recursos administrativos que proceden.

Cabe indicar que este cuerpo legal no es lo suficientemente claro y explícito en las causales de expulsión dejando muchas de ellas abiertas y sujetas a la decisión y discreción del ente administrativo. Sin embargo, para efectos de este trabajo se revisarán las principales causales para la labor del defensor o defensora.

Principales causales de expulsión:

- Permanecer dentro del país una vez vencidos sus plazos de residencia legal (art. 71).
- Ingresar clandestinamente o intentar egresar y los que ingresen por paso no habilitado, caso en que una vez cumplida la pena serán expulsado (art 69).
- Si se solicitó una prórroga del permiso de turismo, una visación, una prórroga de visación o una permanencia definitiva y esta fue rechazada por el Ministerio del Interior, se fijará un plazo para el abandono voluntario y si así no ocurre, se dictará el decreto de expulsión (art. 67).

En este caso la problemática surge porque en estas normas se hace alusión al art. 15 del mismo cuerpo legal el que contiene cláusulas amplias e indeterminadas tales como ejecutar hechos contra el orden público, las que pueden ser cuestionadas por su contenido.⁶⁶ Por ello es impugnabile la expulsión si se pondera la gravedad de la acción en

66. Corte de Apelaciones de Santiago. Ingreso número 1091-2013 Sentencia Amparo Constitucional contra Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Quinto: *Que, es un hecho acreditado, que el amparado registra condenas por delitos contra la propiedad intelectual, que la autoridad ha calificado como actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres, lo que responde a su conducta invariable ante estos casos. Sexto: Que, en razón de lo expuesto, no se puede calificar que la autoridad recurrida haya actuado al margen de la ley, dado que cuenta con competencia para resolver acerca de la expulsión de los extranjeros, en tanto concurran ciertas causales legales. Séptimo: Que, salvo en aquellos casos claramente tipificados en la norma del artículo 15 n° 2, la apreciación de los hechos como atentatorios contra la moral y las buenas costumbres, debe hacerse racionalmente y, compatibilizándola además, con los derechos fundamentales del individuo, Por lo tanto, en este escenario, la autoridad debe hacer un ejercicio de evaluación de la conducta que sirve de causa a la expulsión, que dé cuenta de su gravedad e inconveniencia social, que la hagan susceptible de rechazo para permanecer en el país, lo que implica ponderar los antecedentes delictuales del amparado, teniendo en cuenta la*

relación a la situación personal, familiar y de arraigo del afectado, pudiendo alegarse si corresponde, la arbitrariedad e ilegalidad de la acción.

Destaca además que la autoridad administrativa puede rechazar una solicitud de permanencia o residencia de una persona que ha sido condenada por crimen o simple delito. (art. 64 n°. 1) De esta manera, si la persona continúa en el país, pasará a estar en calidad de irregular, por lo que se puede proceder a su expulsión administrativa. En este caso la expulsión es facultativa. Para que ella proceda se necesita primero revocar la residencia de la que se es titular, otorgar un plazo para el abandono voluntario y si no procede a ello se decretará la expulsión.

i. Impugnación de las expulsiones

Es función del defensor o defensora impugnar toda expulsión administrativa que tenga su origen en un proceso penal, amparado en argumentaciones relativas a la situación personal de arraigo, familiar, o bien si la acción es ilegal o arbitraria.

Si bien se trata de una decisión administrativa, el hecho de tener un origen en la causa penal implica que se debe impugnar esta medida, considerando siempre como presupuesto previo el consentimiento de la misma condenada.

Por ello es impugnable la expulsión si se pondera la gravedad de la acción en relación a la situación personal, familiar y de arraigo de la afectada, pudiendo alegarse si es el caso, la arbitrariedad e ilegalidad de la acción.

Si existe un defensor o defensora penitenciario a cargo de velar por las diferentes circunstancias durante el cumplimiento de la condena, es aquel quien tiene que realizar estas acciones judiciales. Por lo anterior, resulta pertinente que los defensores locales o penitenciarios, en su caso, realicen la acción de interponer los recursos en sede de Corte de Apelaciones, o si sea procedente, coordinar las acciones para que sea interpuesto el recurso especial en la Corte Suprema.

El decreto ley dispone dos tipos de impugnación de lo decidido por la autoridad administrativa, uno es el reclamo administrativo ante las decisiones de la autoridad y el otro es judicial.

i.1. Reclamos administrativos

Recurso de reconsideración es el que se establece con ocasión del rechazo y revocación de un permiso de residencia, según el artículo 142 bis del reglamento. Se interpone ante la autoridad que dictó el acto recurrido dentro de los tres días siguientes a su

identidad de los delitos que justifican la expulsión, en armonía además con aquellos otros que el mismo legislador define y cuya gravedad merece toda consideración.

notificación. La presentación de este recurso suspende los efectos de la resolución impugnada mientras no se resuelva. La resolución sobre el recurso se notifica por carta certificada, y vencidos todos los plazos y si no se ha acatado lo dispuesto, se dictará el decreto de expulsión.

i.2. Reclamos por la vía judicial

a) Reclamo ante la Corte Suprema

El art. 89 del D.L. establece la vía de impugnación judicial. Se dispone que si la expulsión fue por decreto supremo del Ministerio del Interior, esto es “por orden del Presidente” puede reclamar por sí o por un familiar ante la Corte Suprema en 24 horas desde que tomó conocimiento normalmente mediante la notificación. El reclamo debe ser fundado y la Corte procederá breve y sumariamente, fallando en 5 días desde su presentación.

Este recurso suspende la ejecución de la expulsión y durante la tramitación la persona afectada permanecerá privada de libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministerio del Interior o Intendente determine.

En este aspecto se presentan algunas problemáticas. En primer lugar es difícil para la afectada el acceso al recurso ante la Corte Suprema, en consideración a que es el único tribunal del país que conoce del mismo y ubicado en la Región Metropolitana. Además, el plazo es demasiado exiguo, lo que dificulta el acceso al recurso. Sin embargo, la defensa puede coordinar con la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional a fin de que sea presentado, siempre que se encuentre dentro del plazo de cinco días desde que haya tomado conocimiento.

b) Acción Constitucional de Amparo

La dificultad de la acción especial de reclamación ante la Corte Suprema ha llevado a los abogados a preferir la vía del Recurso de Amparo ante las Cortes de Apelaciones, por un lado, porque es una vía más cercana geográficamente al recurrente y, por otro, porque extiende tanto el plazo como las causales para presentar la impugnación.

En este caso es factible objetar la expulsión, tanto aquella resuelta por decreto supremo como aquella de la autoridad administrativa. El fundamento es que está limitada la libertad personal en su vertiente ambulatoria en relación al artículo 19 n° 7 letra a) de la misma Carta Fundamental.

Las principales argumentaciones para impugnar las expulsiones son:

1. Arbitrariedad en el ejercicio de la facultad.

Este aspecto dice relación con las facultades que tiene el Departamento de Extranjería y Migración para el ejercicio de las facultades que le da la ley. Como parte del

Estado deben ser ejercidas de manera legal y no arbitraria. De este modo solo es válida una expulsión si se verifica en los casos y en la forma descrita por la ley.

2. Arraigo sustantivo en Chile: Esto implica mantener un vínculo con una persona de nacionalidad chilena, carecer de redes en el país de origen, o tener una larga residencia en Chile.

Ello se relaciona en general, con los vínculos que la persona ha creado en Chile y en el desarrollo de redes y arraigo. La larga data de su estancia y la profundidad de sus vínculos, ya sea laborales, familiares o sociales, permiten estimar que la persona ha diseñado y desarrollado su vida en Chile, no haciendo recomendable su expulsión, si más aún se ha desvinculado con su lugar de origen.

3. Unidad familiar e interés superior del niño

Relacionado especialmente a los derechos de los niños y niñas, fundamentalmente en razón de lo que se establece en la Convención de Derechos del Niño. Un hijo o hija que producto de esta expulsión se verá separado de su madre en este caso, resulta un argumento suficiente para estimar que el interés superior de ese niño o niña está vinculado necesariamente a permanecer junto con su madre en el país.⁶⁷ En virtud de lo descrito, la defensa debe interponer ya sea en sede de Corte de Apelaciones o Corte Suprema las referidas acciones. Para ello puede coordinar con la Unidad de Estudio a nivel Regional o a nivel Nacional de la Defensoría Penal Pública.

VIII.6. Traslado internacional de condenadas

Si la condenada lo requiere se le debe informar ya sea por parte del defensor o defensora, del facilitador (a) intercultural o de la Unidad de Apoyo a la defensa, sobre la posibilidad de traslado para cumplir su condena en su país de origen.

Al respecto se tendrá cuidado de crear falsas expectativas sobre la rapidez del proceso, ya es lento en la mayoría de los países de origen limítrofes.

67. Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de julio 2013. Rol 2273-12-INA Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. *Quincuagésimo: Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. - No podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); - Deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); - Deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); - Deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales n°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, - Que el propio artículo 19 n° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona.*

Una opción de las condenadas según las convenciones y tratados internacionales es el cumplir la condena en su país de origen, con el objeto de que puedan estar más cerca de sus redes y sus familias, lo que está dirigido desde los convenios a la reinserción social. Desde ya la Regla 53 de las Reglas de Bangkok dispone al respecto:

1. Si existan acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijos en él, y si ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello.

Para ello se han celebrado las siguientes convenciones internacionales y acuerdos bilaterales:

- Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas, de 1983 con vigencia en Chile desde 3 de noviembre de 1998.
- Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el extranjero de 1993 con vigencia en Chile desde 2 de febrero de 1999.
- Tratado con Brasil de Transferencia de Presos Condenados (1999).
- Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas (2004).
- Tratado con Argentina de traslado de condenados (2005).
- Tratado sobre Traslado de Personas Condenadas ente Chile y Perú (2012).

Los requisitos para que proceda son: tener nacionalidad de país al que desea ser traslado, sentencia condenatoria firme y ejecutoriada, que resten al menos seis meses para el cumplimiento de la condena, manifestar la intención de ser trasladado y existir un tratado bilateral con el país de origen. Es requisito además que el hecho por el cual la persona fue condenada asimismo sea un ilícito en el país de origen.

La solicitud se realiza al Ministerio de Justicia ya sea a través de la Defensoría o bien a través de Gendarmería de Chile, acompañando la serie de documentos que son exigidos. Una vez tramitado en Chile, se remite al Estado de cumplimiento directamente a través de la misión diplomática.

Si bien el avance del trámite en Chile es monitoreado y supera dicha fase del proceso, la problemática ocurre en los países de origen en donde los traslados pueden encontrar particular demora. Además, cada Estado es soberano para acceder o no a estas solicitudes.

Por ello, aunque la defensa no pueda realizar acciones en este aspecto, resulta fundamental no crear falsas expectativas y ser claro y preciso en la información que sobre el tema se proporcione a la condenada.

Entre los temas a informar están:

- Existencia de un tratado bilateral con el respectivo país.
- Plazos de demora del trámite en Chile y en el país de origen.

Por su parte, cabe consignar que la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) insta a los Estados miembros a fomentar la colaboración de las Defensas Públicas y Colegios de Abogados, para reforzar el derecho de información y orientación jurídica sobre las consecuencias del traslado en lo relativo a los términos de ejecución de la condena.

Igualmente, se pueden realizar acciones mediante la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) a fin de facilitar la información a la condenada sobre la evolución del trámite en sus países de origen.

VIII.7. Redes de apoyo y preparar la salida del penal

Es esencial la labor a realizar por las unidades de Apoyo a la Gestión de Defensa a fin de coordinar y lograr el apoyo de organizaciones indígenas o de migrantes si las hubiere, con el objeto de facilitar la salida del establecimiento penal.

Como se ha observado a lo largo del trabajo, una de las problemáticas de este grupo de personas es que no disponen de redes de apoyo en el país a fin de, por un lado, tener recursos dentro del penal y, por otro, de preparar la salida, de manera que puedan realizar su proyecto de vida de la manera más cercana a sus perspectivas, o bien, retornar al lugar de origen.

En esta área cobran relevancia las organizaciones de indígenas, de migrantes o pastorales y la labor que puedan realizar los Consulados. Tanto si la mujer desea permanecer, como si quiere volver a su lugar de origen, necesitará especialmente recursos tanto económicos como de orientación. Inclusive, según se ha revisado previamente, esto resulta fundamental si quiere acceder a una salida anticipada del penal.

Atendida especialmente la carencia de recursos económicos, es fundamental el apoyo del Consulado, desde la obtención de documentos para su salida, hasta la ayuda para avisar a familiares o para costear el traslado desde la frontera a la localidad de origen.

Por ello, es esencial la labor de las unidades de Apoyo a la Defensa para lo que ocurre en el momento previo a la salida de la cárcel y en los primeros momentos en libertad, en consideración a que este grupo de personas normalmente carecen de contacto alguno en Chile.

IX. Aspectos comunes a considerar durante la prisión preventiva y cumplimiento de la condena de la mujer indígena extranjera privada de libertad

Existen algunos aspectos que son transversales a la privación de libertad, sea esta como medida cautelar o como en cumplimiento de una pena privativa de libertad. Si bien estos pueden ser diversos y numerosos en este apartado se trata sobre cuatro temas que tienen actualmente una significativa notoriedad: la comunicación con familiares y cercanos, la situación de las mujeres embarazadas y de los niños lactantes, el acceso a la atención de salud y la separación de la población penal.

IX.1. Comunicación de la condenada con la familia y visitas de familiares y cercanos

La defensa debe estar atenta a los requerimientos de la mujer indígena extranjera privada de libertad, relativos a comunicación y visitas de familiares y cercanos, y gestionar que ello sea posible y se realice efectivamente. Igualmente informar sobre los requisitos y condiciones en que se realiza la visita y posibilitar la solución de situaciones excepcionales que pudieren hacer obligatoria la solicitud de días u horas especiales de visita. Así mismo, velar porque efectivamente pueda comunicarse por teléfono o por vía epistolar con su familia o cercanos.

La comunicación de la mujer privada de libertad con sus familiares y cercanos y la posibilidad de visitas si bien ya fue tratado en el apartado IV.4.d a propósito del proceso, se expone nuevamente atendida la importancia que tiene a lo largo de todo el proceso y que es un requerimiento permanente de parte de las condenadas hasta el término del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Esto encuentra su reconocimiento en diversos textos a nivel internacional, desde ya las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos indican específicamente respecto de los condenados:

*79. Se velará particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, si éstas sean convenientes para ambas partes.*⁶⁸

Cuando se encarcela a una mujer existen mayores consecuencias en la familia atendi-do que ellas están a cargo de los niños y niñas de la familia y además de los mayores. (Bastick y Townhead, 2008, p. 34) Igualmente es una característica especialmente en este grupo el recibir muy pocas o nulas visitas mientras están recluidas, de ahí que el contacto con la familia y cercanos que permanecen en el lugar de origen es esencial. Desde la perspectiva de los hijos ello se ve refrendado por lo que establece la Conven-ción sobre los Derechos de la Niñez especialmente en su artículo 3:

En todas las medidas concernientes a los/las niños/as que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legis-lativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Además el artículo 9 sostiene que los estados deben respetar el derecho de niños y niñas de mantener *“relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*.

El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en el principio 19 dispone el derecho de toda persona presa a ser visitada, particularmente por sus familiares, y agrega el derecho a mantener correspon-dencia con ellos y a comunicarse con el mundo exterior.⁶⁹ Ello en similar sentido es estable-cido en las Reglas Penitenciarias Europeas 24.1 y 24.5,⁷⁰ en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas XVIII,⁷¹ en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos⁷² e igualmente en las Regla 26 de Bangkok.⁷³

68. Además sobre los imputados la misma disposición refiere: 37. *Los reclusos están autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”*

69. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Principio 19: *Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.*

70. Reglas Penitenciarias Europeas. 24.1: *Los detenidos deben estar autorizados a comunicarse tan frecuentemente como sea posible -por carta, por teléfono o por otros medios de comunicación- con su familia, con terceros y con repre-sentantes de organismos exteriores, así como recibir visitas de las mencionadas personas.*

Reglas Penitenciarias Europeas. 24.5: *Las autoridades penitenciarias deben ayudar a los detenidos a mantener contac-tos adecuados con el mundo exterior y suministrar la asistencia social apropiada a cada caso.*

71. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas Principio XVIII *Contacto con el mundo exterior. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, median-te visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas. Tendrán derecho a estar informadas sobre los acontecimientos del mundo exterior por los medios de comunicación social, y por cualquier otra forma de comunicación con el exterior, de conformidad con la ley.*

72. Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos 37. *Los reclusos estarán autorizados para comunicarse pe-riódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas.*

73. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Regla 26: *Se alentará y facilitará por todos los medios razonables el*

En el ámbito internacional se ha recogido este tema por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norin Catriman y otros, contra el Estado de Chile del año 2014:⁷⁴

405. Tratándose de personas privadas de libertad, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, reconocen en la regla 37 la importancia del contacto de las personas privadas de libertad con el mundo exterior al establecer que “[l]os reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”. Asimismo, en la regla 79 reconoce que se debe “velar [...] particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia”.

En similar sentido, los Principios y Buenas Prácticas sobre derecho de estas personas “a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares [...] especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas”.

El mismo fallo fundamenta su razonamiento en la importancia de las visitas en relación especialmente a la familia:

407. Las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 1.1 de la Convención Americana, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares.

Desde esta perspectiva se revisarán dos materias: la comunicación con el familiar o cercano en el país de origen y las visitas que recibe la mujer privada de libertad.

El defensor o defensora y el facilitador(a) intercultural deben estar atentos a requerimientos en este sentido. En el primer caso debe hacer gestiones de apoyo con la coordinación de las unidades de Apoyo a la Defensa o el Facilitador(a) Intercultural a fin del logro de una comunicación efectiva con personas en el lugar de origen. Para lograr la comunicación y contacto además se pueden utilizar canales administrativos del recinto

contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de sus hijos. Cuando sea posible, se adoptarán medidas para reducir los problemas de las mujeres que se hallen recluidas en instituciones lejanas de su hogar.

74. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Norin Catriman y otros contra el estado de Chile. 29 de mayo de 2014.

penal a través de Gendarmería de Chile, gestionar la ubicación de familiares a través del consulado respectivo o bien contactar a través de defensorías penales públicas de los países de que son nativos. La dificultad surge porque en ocasiones estos mecanismos son morosos en el cumplimiento del objetivo.

En casos de visitas de familiares es factible coordinar por profesionales de la Unidad de Apoyo de la defensa para que estos estén informados y sigan el proceso administrativo para realizar las visitas y para que sean recibidos aun excepcionalmente en si no es el día permitido para ellas. Esto tiene especial importancia atendido que en muchas ocasiones los familiares o cercanos ingresan por el día a Chile con el solo objeto de visitar a su familiar o cercano y no disponen de recursos para esperar el día de la semana establecido por Gendarmería. En los lugares de origen carecen de la información sobre el módulo de reclusión en que está la persona o sobre los días en que se le puede visitar, por lo tanto, a fin de hacer oficiosa la venida al país y de lograr la materialización de la visita, se deben realizar las gestiones mencionadas.

Se les debe orientar igualmente respecto a los requisitos de ingreso al penal, vestimenta adecuada, bienes que es posible ingresar, días y horario de visita, empadronamiento y demás que resulten pertinentes para que el familiar o persona cercana que viene desde una zona lejana y normalmente con escasos recursos, pueda acceder a esta.

IX.2. Atención a mujeres embarazadas y niños(as) lactantes

La mujer embarazada o con un hijo lactante, requiere recibir especial cuidado, en atención médica, alimentación, cuidado de su hijo y no debe ser objeto de castigos.

Ello implica que su hijo pueda permanecer con ella al menos hasta los dos años de edad. En caso de una separación previa el defensor o defensora debe interponer acciones judiciales sea en sede de garantía o en sede de Corte de Apelaciones.

Una de las situaciones de relevancia que deben enfrentar algunas de las mujeres privadas de libertad es la de aquellas que están embarazadas y de aquellas que tienen hijos lactantes. Ello entra en directa relación con los derechos de los niños.

Diversos instrumentos internacionales han recogido esta materia y en primer lugar se ubican las Reglas de Bangkok que pasan a complementar lo sostenido por las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en Las Américas.⁷⁵

75. Principios y Buenas Prácticas Sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en Las Américas Principio X. *Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada;*

De este modo se dispone en la Regla 42 de Bangkok:

- 2. El régimen penitenciario permitirá reaccionar con flexibilidad ante las necesidades de las mujeres embarazadas, las madres lactantes y las mujeres con hijos. En las prisiones se habilitarán servicios o se adoptarán disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las reclusas puedan participar en las actividades de la prisión.*
- 3. Se procurará, en particular, establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos.*

Posteriormente desde la Regla 48 se regula especialmente a las reclusas embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel. Se dispone sobre la asesoría en salud y dieta y atención gratuita para ellas y sus niños, indica que se debe permitir el amamantamiento, y que los programas de tratamiento consideraran las necesidades médicas de ellas y de sus niños.⁷⁶

Asimismo se dispone que las decisiones sobre la permanencia de los niños en prisión debe obedecer al principio del interés superior del niño,⁷⁷ el que ellas puedan dedicar

la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.

En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente.

El Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad.

Las mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad.

En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz.

Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez.

76. Reglas de Bangkok. Regla 48. 1. *Las reclusas embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales.* 2. *No se impedirá que las reclusas amamenten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello.* 3. *En los programas de tratamiento se tendrán en cuenta las necesidades médicas y de alimentación de las reclusas que hayan dado a luz recientemente y cuyos bebés no se encuentren con ellas en la prisión.*

77. Reglas de Bangkok. Regla 49. *Toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño. Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos.*

el tiempo a los niños,⁷⁸ cómo se realiza la crianza y desarrollo de los niños dentro de la cárcel⁷⁹ y las condiciones para retirar al niño de la prisión.⁸⁰ Complementa aquello lo dispuesto por el párrafo 23 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, especialmente el punto 1 que señala la necesidad de la existencia de un espacio especial para las mujeres embarazadas y para las que han pasado por el parto.⁸¹

Igualmente ello se ha dispuesto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que establece que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidados y ayudas esenciales. (art. VII).

En esta situación es función de la defensa poner atención para que las condenadas mantengan a sus hijos con ellas hasta que cumplan al menos los dos años de edad. Ello especialmente porque de no ser así, y en consideración a que este grupo carece de redes en el país, los niños pueden ser objeto de ingreso a los programas de adopción y separados de su madres biológicas, pese a la voluntad de ellas.

Según los lineamientos técnicos específicos elaborados por el Sename, respecto a la Modalidad Residencias de Protección para Lactantes de Madres Internas en Recintos Penitenciarios RPR: *El egreso no deberá realizarse antes de los 12 meses de vida y no más allá de los 18 meses. Sin embargo, en casos excepcionales, esto podrá extenderse de existir alguna orden judicial para ello, o razones técnicas bien fundadas que lo justifiquen.* (SE-NAME, 2014).

Agrega además que:

En todo, y sin perjuicio de la rigurosa evaluación técnico - profesional, se podrá considerar la extensión de la permanencia al interior de los centros penitenciarios, cuando confluyan situaciones en las que el criterio técnico y el interés superior del niño y la niña indican la pertinencia de que el/la lactante permanezca habitando en la residencia de protección transitoria, pudiendo hallarse entre estas:

78. Reglas de Bangkok. Regla 50. *Se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos.*

79. Reglas de Bangkok. Regla 51. 1. *Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad.* 2. *En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios.*

80. Reglas de Bangkok. Regla 52 1. *Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente.* 2. *Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares.* 3. *En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público.*

81. Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Regla 23. 1. *Ver nota siguiente.*

- *Madre extranjera sin redes familiares en Chile.*
- *Saldo de condena de la madre es inferior a los 18 meses de edad del lactante, sin contraindicación de permanencia del niño o niña.*
- *Extensión de lactancia de leche materna.*
- *Ausencia de redes familiares que puedan hacerse cargo, ratificado por el informe psicossocial, debidamente acreditado. (SENAME, 2014)*

De acuerdo a lo anterior, el defensor o defensora debe solicitar que en los casos que hayan transcurrido los 18 meses del lactante junto a su madre, éste plazo sea extendido, principalmente a las consideraciones excepcionales, entre las cuales el ser la madre indígena extranjera sin redes sociales en Chile.

En caso de separarse a los hijos de las madres antes de los 2 años de edad debe interponer acciones judiciales: cautela de garantía ante el tribunal de garantía y recurso de protección de garantías constitucionales ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Igualmente debe velar porque se hagan realidad lo expuesto con anterioridad esto es:

- Recibir una atención de salud adecuada durante su embarazo.
- Recibir alimentación adecuada durante el estado de embarazo y lactancia.
- Que el niño o niña reciba una alimentación y cuidado adecuado.
- Que se realice el derecho de la madre al cuidado y crianza del hijo o hija.
- No recibir castigos si está en periodo de embarazo y crianza del niño o niña.

IX.3. Acceso a la atención de salud

Uno de los grandes problemas que se presentan en la privación de la libertad de las mujeres son los problemas relacionados con la salud.

El derecho a la salud es un derecho fundamental, por lo que el defensor o defensora tiene la función de garantizar que en las situaciones que la defendida lo necesite, pueda acceder al servicio médico del penal y en casos graves si no hay especialidad o atención requerida, deberá asegurar que sea llevada a un Hospital donde le den la atención adecuada.

Este derecho está garantizado en distintos instrumentos internacionales como los siguientes:

- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. Arts. 22 al 26.⁸²

82. Reglas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.

Servicios médicos . 22. 1) Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art 12
- Principio y Buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de libertad en las Américas. Principio X.⁸³
- Reglas de Bangkok, números 10 a 18.⁸⁴

vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. 2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesario para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional. 3) Todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado.

23. 1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento. 2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.

24. El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.

25. 1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a: a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado. 2) El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones.

83. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad de Las Américas Principio X Salud. Ver nota 64.

84. Reglas de Bangkok. b) *Atención de salud orientada expresamente a la mujer*
Regla 10 1. Se brindarán a las reclusas servicios de atención de salud orientados expresamente a la mujer y como mínimo equivalentes a los que se prestan en la comunidad. 2. Si una reclusa pide que la examine o la trate una médica o enfermera, se accederá a esa petición en la medida de lo posible, excepto en las situaciones que requieran intervención médica urgente. Si pese a lo solicitado por la reclusa, el reconocimiento es realizado por un médico, deberá estar presente un miembro del personal penitenciario femenino.

Regla 11 1. Durante el reconocimiento médico deberá estar presente únicamente personal médico, a menos que el doctor considere que existen circunstancias extraordinarias o que pida la presencia de un miembro del personal penitenciario por razones de seguridad, o si la reclusa solicita expresamente esa presencia, como se indica en la regla 10, párrafo 2, supra. 2. Si durante el reconocimiento médico se requiere la presencia de personal penitenciario no médico, dicho personal deberá ser femenino, y el reconocimiento se realizará de manera tal que se proteja la intimidad y la dignidad de la reclusa y se mantenga la confidencialidad del procedimiento.

c) Atención de salud mental Regla 12 Se pondrán a disposición de las reclusas con necesidades de atención de salud mental, en prisión o en un entorno no carcelario, programas amplios de atención de salud y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas.

Regla 13 Se deberá sensibilizar al personal penitenciario sobre los posibles momentos de especial angustia para las mujeres, a fin de que pueda reaccionar correctamente ante su situación y prestarles el apoyo correspondiente.

d) Prevención, tratamiento, atención y apoyo en relación con el VIH

Regla 14 Al preparar respuestas ante el VIH/SIDA en las instituciones penitenciarias, los programas y servicios deberán orientarse a las necesidades propias de las mujeres, incluida la prevención de la transmisión de madre a hijo. En ese contexto, las autoridades penitenciarias deberán alentar y apoyar la elaboración de iniciativas sobre la prevención, el tratamiento y la atención del VIH, como la educación por homólogos.

e) Programas de tratamiento del uso indebido de drogas

La cautela de garantía es uno de los mecanismos que puede utilizar el abogado(a) durante todo el proceso para garantizar el derecho al acceso a los servicios de salud de la imputada. Ello sin perjuicio, del uso de otras acciones o recursos que sean aplicables en el caso concreto.

IX.4. Separación de la población penal

Los defensores deben estar atentos a que las mujeres estén efectivamente separadas de los hombres y que tengan cubiertas las necesidades propias de su género, tanto en recintos estatales como licitados, aun en situaciones de residencia transitoria en penales masculinos.

En el evento de existir vulneraciones especialmente discriminatorias, atendido su género, etnia o nacionalidad, debe interponer los recursos procesales, especialmente cautela de garantía y recurso de protección de garantías constitucionales.

Este constituye uno de los temas con que más énfasis se ha puesto a nivel internacional. Además de la separación por la condición procesal penal y nivel de compromiso delictual, se consideran separaciones de las mujeres respecto de los hombres, jóvenes respecto de adultos, etc.⁸⁵

Regla 15 Los servicios penitenciarios de salud deberán suministrar o facilitar programas de tratamiento especializado del uso indebido de drogas para las mujeres, teniendo en cuenta su posible victimización anterior, las necesidades especiales de las mujeres embarazadas y las mujeres con niños y la diversidad de sus tradiciones culturales. f) Prevención del suicidio y las lesiones autoinfligidas

Regla 16 La elaboración y aplicación de estrategias, en consulta con los servicios de atención de salud mental y de asistencia social, para prevenir el suicidio y las lesiones autoinfligidas entre las reclusas y la prestación de apoyo adecuado, especializado y centrado en sus necesidades a las mujeres en situación de riesgo deberán formar parte de una política amplia de atención de salud mental en los centros de reclusión para mujeres.

g) Servicios de atención preventiva de salud

Regla 17 Las reclusas recibirán educación e información sobre las medidas de atención preventiva de salud, inclusive en relación con el VIH y las enfermedades de transmisión sexual y de transmisión sanguínea, así como sobre los problemas de salud propios de la mujer.

Regla 18 Las reclusas tendrán el mismo acceso que las mujeres de su edad no privadas de libertad a intervenciones de atención preventiva de la salud pertinentes a su género, como pruebas de Papanicolaou y exámenes para la detección de cáncer de mama y otros tipos de cáncer que afecten a la mujer.

85. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para el Tratamiento de los Reclusos.

Regla 8. Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser reclusos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena; c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separados de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos.

Regla 67. Los fines de la clasificación deberán ser: a) Separar a los reclusos que, por su pasado criminal o su mala disposición, ejercerían una influencia nociva sobre los compañeros de detención; b) Repartir a los reclusos en grupos, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social.

Regla 68. Se dispondrá, en cuanto fuere posible, de establecimientos separados o de secciones separadas dentro de los establecimientos para los distintos grupos de reclusos.

Desde ya la regla 40 de Bangkok dispone para el caso de las mujeres:

Los administradores de las prisiones elaborarán y aplicarán métodos de clasificación centrados en las necesidades propias del género y la situación de las reclusas, a fin de asegurar la planificación y ejecución apropiadas e individualizadas de programas orientados a su pronta rehabilitación, tratamiento y reinserción social.

Estas reglas además otorgan diversos criterios que indican, entre otros, que se debe posibilitar que en la distribución y la planificación del cumplimiento de la condena se consideren por ejemplo las responsabilidades maternas y que se incluyan programas que satisfagan las necesidades del género.⁸⁶

Una de las razones por las que se separa a la población en el contexto del tratamiento penitenciario es que para que cada grupo tenga estrategias pertinentes de intervención dirigida a su reinserción. No obstante, en este punto hay que poner atención en factores de nacionalidad y culturales.

En el ámbito nacional, en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se incluyen algunas consideraciones dirigidas a los criterios orientadores de la creación de establecimientos especialmente división entre condenados y en proceso, y que las

Regla 69. Tan pronto como ingrese en un establecimiento un condenado a una pena o medida de cierta duración, y después de un estudio de su personalidad, se establecerá un programa de tratamiento individual, teniendo en cuenta los datos obtenidos sobre sus necesidades individuales, su capacidad y sus inclinaciones.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad de Las Américas Principio XIX: Las personas privadas de libertad pertenecientes a diversas categorías deberán ser alojadas en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, según su sexo, edad, la razón de su privación de libertad, la necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o del personal, las necesidades especiales de atención, u otras circunstancias relacionadas con cuestiones de seguridad interna.

En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales. En los casos de privación de libertad de los solicitantes de asilo o refugio, y en otros casos similares, los niños y niñas no deberán ser separados de sus padres. Los solicitantes de asilo o refugio y las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre migración no deberán estar privados de libertad en establecimientos destinados a personas condenadas o acusadas por infracciones penales.

En ningún caso la separación de las personas privadas de libertad por categorías será utilizada para justificar la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas. Los mismos criterios deberán ser observados durante el traslado de las personas privadas de libertad.

86. Reglas de Bangkok. Regla 41 Para efectuar una evaluación de riesgos y una clasificación de las reclusas en que se tengan presentes las cuestiones de género, se deberá: a) Tener en cuenta que las reclusas plantean un menor riesgo para los demás en general, así como los efectos particularmente nocivos que pueden tener las medidas de alta seguridad y los grados más estrictos de aislamiento en las reclusas; b) Posibilitar que a efectos de la distribución de las reclusas y la planificación del cumplimiento de su condena se tenga presente información fundamental sobre sus antecedentes, como las situaciones de violencia que hayan sufrido, su posible historial de inestabilidad mental y de uso indebido de drogas, así como sus responsabilidades maternas y de otra índole relativas al cuidado de los niños; c) Velar por que en el régimen de cumplimiento de condena de las reclusas se incluyan programas y servicios de rehabilitación que satisfagan las necesidades propias de su género; d) Velar por que se albergue a las reclusas que requieran atención de salud mental en recintos no restrictivos y cuyo régimen de seguridad sea lo menos estricto posible, así como por que reciban tratamiento adecuado en lugar de asignarlas a centros cuyas normas de seguridad sean más rigurosas por la exclusiva razón de tener problemas de salud mental.

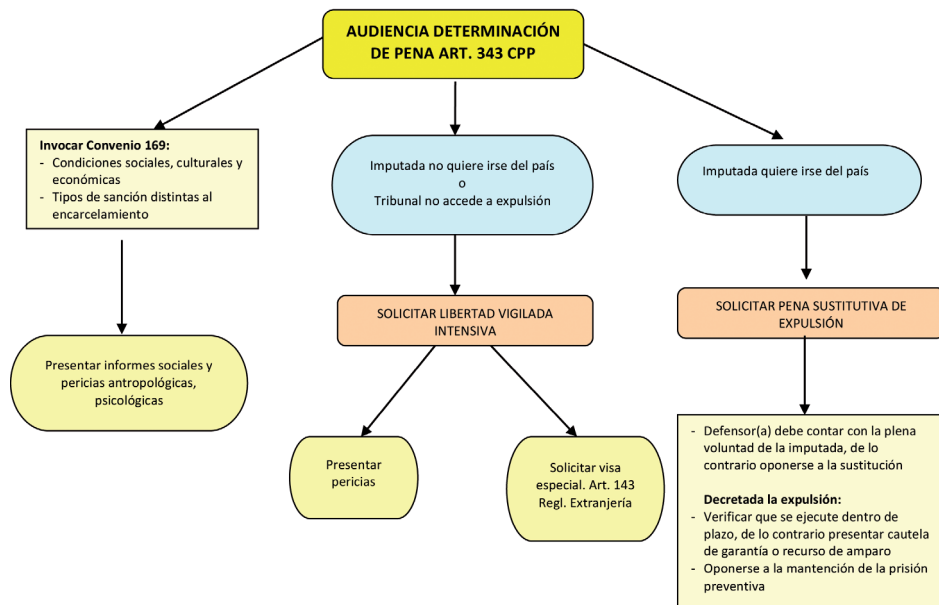
mujeres permanecerán recluidas en dependencias separadas del resto de la población si no existen centros penitenciarios femeninos.

Igualmente disposiciones internas de Gendarmería pueden incluir elementos para asegurar la segmentación tales como el tipo de delito, el nivel de compromiso delictual, si se trata de adultos mayores, con patologías psiquiátricas, los que requieren reclusión nocturna, o los con salida controlada al medio libre, los con necesidades de protección especial, a los que se agregan las que son madres o embarazadas y se podrían incluir los que pertenecen a una etnia.

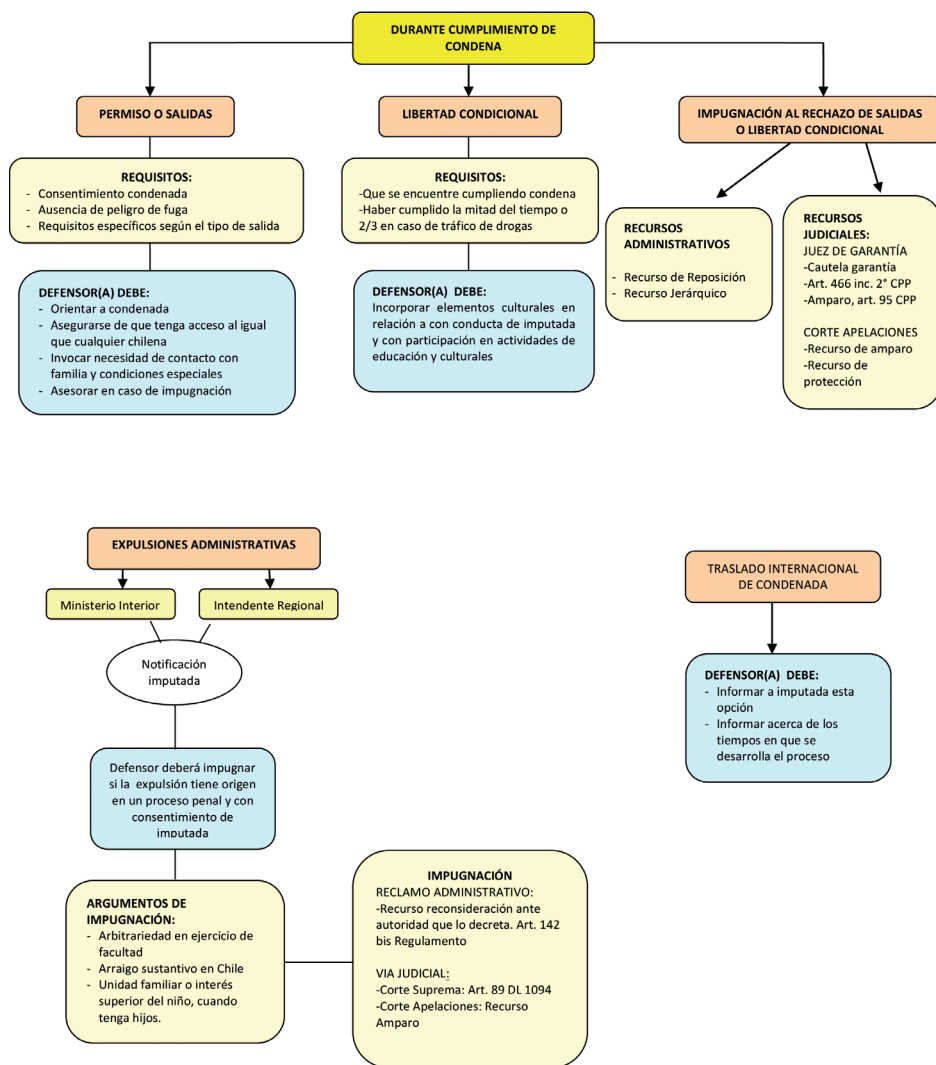
La problemática para las mujeres indígenas extranjeras se traduce en la falta de consideración a sus particularidades culturales para efectos de la segmentación, lo que provoca acciones discriminatorias por parte de otras internas, tratos inadecuados o aprovechamiento de la condición de vulnerabilidad.

Por ello el llamado al defensor o defensora es estar atento a las problemáticas específicas que pudiera presentar su representada durante el cumplimiento de la condena y que pudiesen constituir vulneraciones a sus derechos y algún trato discriminatorio. En tales eventos se pueden presentar acciones de protección, amparo constitucional o cautela de garantía según sea la vulneración específica.

Atención de la mujer indígena extranjera durante el cumplimiento y después de la condena



Atención de la mujer indígena extranjera durante el cumplimiento y después de la condena (cont.)



Conclusiones

Como se ha apreciado a lo largo del presente Protocolo, son numerosas y diferentes las gestiones a realizar por parte de cada uno de los defensores y profesionales como el facilitador(a) intercultural o aquellos que pertenecen a la Unidad de Apoyo a la Gestión de Defensa. Estas acciones trascienden el proceso propiamente tal y son de tal incidencia que pueden significar una mejora considerable en las condiciones de privación de libertad de la mujer indígena extranjera, en su atención y en su proceso penal propiamente tal. De esta manera existen una serie de lineamientos que orientan la labor de defensores penales públicos, y que permitirán hacer una diferenciación en la defensa, en consideración a las características especiales del tipo de representadas.

Se puede concluir que si bien este Protocolo podría ser considerado de aplicación restringida, por cuanto está dirigido a mejorar la atención del grupo de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad, no hay que perder de vista que su ejecución por parte de defensores y profesionales de la Defensoría podría generar efectos en otros actores del sistema procesal penal.

En efecto, mediante un discurso fuerte y articulado, fundamentado en los elementos de género, indígena y extranjero, los defensores instarían a que los tribunales se pronunciasen en sus diversas instancias, en materias que mayoritariamente no son consideradas relevantes por los jueces o no son objeto de disputa. Por ello, el llamado a la defensa es a instalar una argumentación permanente y continua sobre la base de los aspectos diferenciadores de las imputadas indígenas extranjeras, lo que conllevará a que estos temas dejen de ser invisibles para los jueces y fiscales, y se logren avances importantes en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

Referencias bibliográficas

- Aylwin, J, Meza- Lopehandía, M y Yanez, Nancy (2013) *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM.
- Barrientos, I. (2008). Licitud del porte y uso de la hoja de coca. *Política criminal*, 5, 1-30.
- Bastick, M. y Townhead, L. (2008). *Mujeres en la cárcel: Comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de Reclusos*. Suiza: Quaker United Nations Office.
- Calvelo, L. (2011). Viejos y nuevos asuntos en las estimaciones de la migración internacional en América Latina y el Caribe. *Serie Población y Desarrollo CELADE –CEPAL*, N° 98.
- Cano, V. y Soffia, M. (2009). Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada- *Papeles de Población*, 15, N° 61, 129–167.
- Carnevali, R. (2007). El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno. *Política Criminal*, 3, 1-28.
- Damert, L y Zúñiga, L. (2008). *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*. Santiago : Flacso-Chile.
- Defensoría Penal Pública. (2005). *Defensa de Mujeres en el nuevo sistema procesal penal*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Defensoría Penal Pública. (2009). *Evaluación de las concepciones de género de los/las defensores/as públicas*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Defensoría Penal Pública. (2012). *Defensa penal de adolescentes indígenas: Propuestas para tener presente, discutir y profundizar. Documento de trabajo n° 31*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Defensoría Penal Pública. (2012). *Modelo de Defensa Penal Indígena*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Defensoría Penal Pública. (2013). *2° informe de jurisprudencia sobre defensa penal de imputados indígenas*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Defensoría Penal Pública. (2014). *Estudio evaluativo de estadísticas del programa de Defensa Penal Indígena*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Defensoría Penal Pública. (2014). *Guía Básica Derechos De Las Personas Extranjeras Y Migrantes Ante El Sistema Penal*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. (2010). *Informe anual 2010. Informe de Permisos otorgados y estimación de Población de Extranjeros en Chile a diciembre de 2009*. Santiago: Departamento de Extranjería y Migración Sección Estudios.
- Equipo Investigación Misión Chile-Oim (2003). Las Migraciones Internacionales: Análisis y Perspectivas para una política migratoria. *Documento de Trabajo N° 2*. Santiago: Organización Internacional para las Migraciones.
- DeShazo, A. (2007). *Una guía práctica para defensores penales*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Fernandez, F. (2014). *Los Pueblos Indígenas del Norte Grande de Chile*. Santiago: Defensoría Penal Pública.

- Fernandez, F. (2014). *Sistematización Taller de Facilitadores Interculturales*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Foucault, M. (1997). *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI.
- García España, E. (2001) *Inmigración y Delincuencia en España: Análisis Criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garrido, M. (1997) *Derecho Penal. Parte General*. Santiago Editorial Jurídica de Chile.
- Horvitz, M. y López J. (2005). *Derecho Procesal Penal Chileno. Principios. Sujetos Procesales. Medidas Cautelares. Etapas de investigación Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2003). *Censo 2002 Volumen I Población País-Región*. Santiago: La Nación.
- Lara, M. (2010). El Proceso de los Inmigrantes. *Nova Criminis. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*. 1, 241-282.
- Lillo, R. (2010) El Convenio 169 de la OIT y la Defensa Penal de Indígenas. *Minuta Defensoría Penal Pública*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Macchino, M. y Fernández, J. (2008). *La defensa de imputados indígenas en la Defensoría Penal Pública*. Santiago: Defensoría Penal Pública.
- Mackay, F. (2002) *Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización Internacional del Trabajo*. UK: Forest Peoples Programme.
- Mapelli, B., Caamaño, C., Espinoza, O., Salinero, A. (2015). *Ejecución de la Pena Privativa de libertad: una mirada comparada*. España: Eurososial.
- Mármora, L. (2004) *Las Políticas de Migraciones Internacionales*. Buenos Aires: Paidós.
- Mathiesen, T. (2003) *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*. Buenos Aires: Eddiar.
- Medina C. y Mera J. (1996). *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Midori, P. (1995). El Nuevo enfoque internacional en materia de Derechos de Pueblos Indígenas. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales.
- Monclús, M. (2008). *La Gestión Penal Inmigración: El Recurso al Sistema Penal para el Control de Los Flujos Migratorios*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Santos, T y Lara M. (2013). *La primera intervención policial de que son objeto extranjeros(as) y migrantes. Informe de investigación*. Santiago: Universidad Central de Chile.
- Stefoni, C. (2003). *Inmigración Peruana en Chile: Una oportunidad a la integración*. Santiago: Ed. Universitaria.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014.) *Protocolo iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*. Mexico: Suprema Corte.
- Olea, E. (2012). El proyecto de vida: Elemento a considerar en la defensa penal de extranjeros. *Revista* 93. 38-41.
- OEA (2014). *Segundo Informe sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI 2012)*. <http://www.migracionoea.org/sicremi/>
- OEA (2011). *Primer Informe del sistema continuo de reportes de Migración Internacional en las Américas (SICREMI 2011)* <http://www.migracionoea.org/sicremi/> <http://www.migracionoea.org/sicremi/>
- Peces-Barba, G. (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid Boletín Oficial del Estado.
- Romero, R. (2007). *Control de identidad y detención*. Santiago: Librotecnia.
- Ruiz, L. (coord.), 2006, *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, Ed Bormarzo, España.
- Servicio Nacional de Menores (2014) *Bases Técnicas Línea de Acción Centros Residenciales Modalidad Residencias de Protección Para Lactantes de Madre Internas en recintos Penitenciarios RPR*. Santiago: Sename.

- Stavenhagen, R. (2008). Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas. *Revista IIDH*, v. 48, 257-268.
- Shaw, M. (1997). *International Law*. UK: Cambridge University Press.
- Travieso, J. (1996). *Derechos Humanos, Fuentes e Instrumentos Internacionales*. Argentina: Heliasta.
- Universidad Diego Portales. (2003). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. (Hechos de 2002)*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Universidad Diego Portales. (2004). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004. (Hechos de 2003)*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Universidad Diego Portales. (2005). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005. (Hechos de 2004)*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Universidad Diego Portales. (2005). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. (Hechos de 2005)*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Universidad Diego Portales. (2007). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. (Hechos de 2006)*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Universidad Diego Portales. (2009). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. (Hechos de 2008)*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Vázquez, N. (2006). ¿Complementariedad o subordinación? Distintas maneras de entender la relación entre mujeres y hombres en el mundo indígena. En M. Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 293- 309). Deusto, España: Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- Villegas, M. (2012) Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho*, Vol XXV, 177-205. Recuperado en 27 de julio de 2015, de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-09502012000200008.
- Yrigoyen, R. (2003) Fundamentos jurídicos para una justicia multilingüe en Guatemala. En J. Ordóñez (co-ord.), *XI Jornadas Lascasianas. El derecho a la lengua de los pueblos indígenas*. México: UNAM.

Opiniones consultivas corte interamericana derechos humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de Octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos de México. El Derecho a la Información en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC 21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*.

Sentencias corte interamericana de derechos humanos

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia caso Norin Catriman y otros contra el estado de Chile*. 29 de mayo de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia caso Vélez Loor contra Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

Tratados internacionales, resoluciones, y declaraciones

Carta de la Organización de Estados Americanos. 30 de abril de 1948.

Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión. 9 de diciembre de 1988.

Convención Interamericana para Prevenir la Violencia contra la Mujer. Convención de Belem do Pará. 6 de septiembre de 1994.

Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores Migrantes y sus Familiares. 18 de diciembre de 1990.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José, 22 de noviembre de 1969.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 10 de diciembre de 1984.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 23 de mayo de 1969.

Convención de Viena sobre las relaciones consulares. 24 de abril 1963.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. 18 de abril de 1961.

Convención sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer. 23 de febrero de 1994.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. 28 de septiembre de 1954.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. 28 de julio de 1951.

Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). 18 de diciembre de 1979

Convenio N°. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales. 7 de junio 1989.

Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre. 1948

Declaración de las Naciones Unidas sobre las minorías. 1992.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007.

Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven. 13 de diciembre de 1985.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.

Estatuto Corte Internacional de Justicia, Carta de las Naciones Unidas. 26 de junio de 1945.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 17 de julio de 1998.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966.

Principios Básicos Para el Tratamiento de los Reclusos. 14 de diciembre de 1990.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. 31 de marzo de 2008.

Protocolo Facultativo a la Convención Eliminación Discriminación contra la Mujer. 6 de octubre 1999.

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). 16 de Marzo de 2011.

Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. 13 de mayo de 1977.

Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio). 14 diciembre de 1990.

Resolución para la Protección de los Migrantes. 20 de diciembre de 2004.

Legislación nacional

Código Procesal Penal de Chile.

Constitución Política de la República. 1980.

Convenio Tacna- Arica. Convenio de tránsito de personas en la zona fronteriza chileno- peruana. Decreto n° 174 de 1931. Publicado en el diario oficial de 14 de Marzo de 1931.

Crea el Departamento de inmigración y establece normas en la materia. Decreto con Fuerza de Ley 69. Publicado en el diario oficial el 8 de mayo de 1953.

Establece disposiciones sobre protección de Refugiados. Ley 20.430. Publicada en el diario oficial de 15 de abril del 2010.

Establece la categoría de Habitante de Zonas Fronterizas. Ley 19.581. Publicada en el diario oficial de 1 de septiembre de 1998.

Establece penas como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Ley 18.216. Publicada en el diario oficial el 14 de mayo de 1983.

Fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros. Decreto Supremo del Ministerio del Interior n° 5.142. Publicado en el diario oficial de 29 de octubre de 1960.

Normas sobre extranjeros en Chile. Decreto Ley de extranjería N° 1.094. Publicado en el diario oficial el 19 de julio de 1975.

Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Decreto Supremo 518 del Ministerio de Justicia. Publicado en diario oficial de 22 de mayo de 1998

Reglamento de la Ley de Extranjería. Decreto Supremo N° 597. Publicado en el diario oficial de 24 de noviembre de 1984.

Reglamento de visitas de abogados y demás personas habilitadas a los establecimientos penitenciarios. Decreto 643 del Ministerio de Justicia. Publicado en el diario oficial de 25 de octubre de 2000.

Recursos electrónicos

Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado (DIFROL). Ministerio de Relaciones Exteriores. <http://www.difrol.cl/index.php>

Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Lengua Española, <http://lema.rae.es/drae>

Servicio Nacional de Aduanas. www.aduana.cl

Unidad De Pasos Fronterizos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. http://www.pasosfronterizos.gov.cl/cf_chacalluta.html

Consortio Liderado por



Socios Coordinadores



Participan más de 80 Socios Operativos y Entidades Colaboradoras de Europa y América Latina

EUROsocial es un programa de cooperación regional de la Unión Europea con América Latina para la promoción de la cohesión social, mediante el apoyo a políticas públicas nacionales, y el fortalecimiento de las instituciones que las llevan a cabo. EUROsocial pretende promover un diálogo euro-latinoamericano de políticas públicas en torno a la cohesión social. Su objetivo es contribuir a procesos de reforma e implementación en diez áreas clave de políticas, en ciertas temáticas, seleccionadas por su potencial impacto sobre la cohesión social. El instrumento del que se dota es el de la cooperación institucional o aprendizaje entre pares: el intercambio de experiencias y la asesoría técnica entre instituciones públicas de Europa y de América Latina.



www.eurosocial-ii.eu