

Los extranjeros en prisión.-

En los últimos tiempos el fenómeno del multiculturalismo y la globalización se ha impuesto como denominador común en la sociedad moderna, motivado por los flujos migratorios, más intensos en determinadas regiones del mundo. Precisamente, la integración de ese colectivo de extranjeros en los de destino va a suscitar, de un lado, numerosos problemas de convivencia y de adaptación socio-económica, sobre todo, reflejada en conflictos culturales que pueden desencadenar, incluso, drásticas reacciones como el racismo y la xenofobia. Por otro lado, este encuentro cultural conlleva un conflicto axiológico entre los diversos intereses de ambos grupos, el nacional, hegemónico y el extranjero, minoritario. Singularmente, es en el ámbito penal donde se van a suscitar los conflictos más destacados en ese proceso de convivencia multicultural, característico de nuestra época. Así la inmigración de colectivos procedentes de países con diferentes coordenadas culturales, provoca problemas de "acomodo" entre dos extremos equidistantes e incompatibles. Y, es que, si algunas de esas cuestiones se pueden resolver desde el plano de la tolerancia, hay otras que exceden el ámbito de lo tolerable y demandan, necesariamente, la respuesta del derecho penal. En este contexto se hace difícil combinar tal respeto a la diversidad cultural y a la diferencia con el rechazo expreso y claro de ciertas prácticas. En definitiva, la reivindicación de la pruralidad cultural no debe conllevar, necesariamente, la aceptación de todas las prácticas o tradiciones de una cultura, sino sólo las que sean compatibles con el principio de igualdad sustancial de todo ser humano y el ejercicio de su voluntad.

Desde el punto de vista penal, el problema planteado puede ser enfocado de otra forma; una cosa es que la cultura no sirva de eximente directa con base en vulneración de la identidad, y otra que de forma indirecta, cierta formación y ambientes culturales conlleven una "imposibilidad" de percepción correcta de hechos penalmente ilícitos. Cabría entonces explorar las implicaciones desde el punto de vista de las eximentes penales.

Este fenómeno de multiculturalismo también se ha impuesto en el mundo carcelario, siendo necesario referirse a los extranjeros como grupo especialmente vulnerable de personas privadas de libertad y a las minorías étnicas, vulnerabilidad que va a residir tanto en dificultades idiomáticas como, sobre todo, en diferencias culturales. Esta particularidad ha sido contemplada en la reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las naciones unidas, al indicar que "la prohibición de la discriminación (...) de ningún modo implica la falta de reconocimiento de las diferencias importantes de religión o preceptos morales". En este contexto se ha distinguido entre la discriminación contra grupos y la diferenciación entre individuos. El primero se refiere a la imposición de perjuicios o desventaja por razones injustificables. El segundo reconoce la necesidad de tratar a los internos de forma diferenciada con el fin de tener en cuenta creencias y necesidades especiales, situaciones especiales o una condición especial de desventaja, por ejemplo, el hecho de ser un interno extranjero, una mujer reclusa o un miembro de una minoría étnica o religiosa. Debe advertirse que puede ser necesario imponer desventajas a ciertas clases de internos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando a aquellos internos extranjeros que deben ser expulsados del país al término de su sentencia se les niega permiso para salir de prisión por el riesgo de evasión y se valora negativamente el factor de foráneo para acceder a los beneficios penitenciarios. La imposición de semejantes desventajas es admisible únicamente en la medida que sean las consecuencias necesarias de una sentencia a prisión impuesta con justicia y sujeta a una ejecución justa (Principio Básico 11).

El recluso procedente de la inmigración, especialmente de la ilegal, es penitenciarariamente hablando quién sufre peores condiciones. Para ellos la condición de no nacional se traduce en una segunda marginación que se añade a la de condenado a pena de prisión. De forma sintética podemos resumir sus problemas en torno a los siguientes puntos:

- Problemas de carácter idiomáticos. Graves dificultades para comprender la organización del centro y las normas de régimen interior

y, como consecuencia de ello, se ve inmerso con frecuencia en conflictos.

- Problemas de carácter cultural. Se han detectado algunos conflictos interculturales, cuando por razones de espacio ha sido necesario compartir celdas. Conflictos tales como ordenación del mobiliario o distintos niveles de exigencia higiénica.
- Problemas de carácter religioso.
- Mayores dificultades para acceder a los beneficios penitenciarios.
- Escasos contactos con el exterior.
- Nula actividad resocializadora.

Las anteriores barreras dificultan su integración en programas resocializadores, que solo podrían ser atractivos para estas personas si tuvieran en cuenta sus características específicas. La actividad resocializadora tiene como meta la integración positiva en la sociedad. Pero no en cualquier sociedad, sino en la sociedad donde se encuentra cumpliendo condena, de la que muy probablemente van a terminar siendo expulsados. Esta falta de expectativas de cara a su futuro personal hace que los programas de este tipo no satisfacen sus expectativas.

- Desinterés de participar en las actividades del centro por falta de incentivación.
- Alto grado de indefensión. No suelen tener asistencia letrada exterior. En un mundo, como el penitenciario, en el que son frecuentes las carencias de este tipo, el bajo nivel de comprensión y la condición de extraño, favorece su absorción fácil por las mafias carcelarias que a cambio de una colaboración incondicional cubre parte de las carencias infraestructurales.
- Todas estas circunstancias convierten a estas personas en sujetos indefensos en un mundo particularmente difícil como es el mundo penitenciario. Suelen buscar la protección en las mafias carcelarias y engrosar sus filas y su fuerza en el establecimiento.

El traslado de personas condenadas entre países.

En el contexto europeo, el convenio de Estrasburgo para el traslado de personas condenadas del consejo de Europa (Estrasburgo, 1983) se refiere a la necesidad de cooperación internacional de los estados de la unión europea en materia penal. Como principio general se reconoce que una persona condenada en el territorio de una parte podrá ser trasladada al territorio de otra parte para cumplir la condena, adoptando una serie de condiciones. En primer lugar, en virtud del principio de reciprocidad, la acción u omisión que ha motivado la condena debe ser típica asimismo en el país de cumplimiento de la condena. En segundo lugar, el condenado debe ser nacional del estado de cumplimiento. En tercer lugar, la sentencia donde se impone la condena debe ser firme. En cuarto lugar, la duración de la condena que al condenado le quede por cumplir deberá revestir una duración mínima de seis meses al tiempo de la petición. En quinto lugar, se requiere el consentimiento del condenado o, en su caso, su representante legal (caso de no mediar el consentimiento, el traslado no es viable). Finalmente, debe existir un acuerdo entre los estados emisor y destinatario.

En este contexto es preciso tener en cuenta la decisión marco 2008/909/jai del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre del 2008, sobre reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal, a efectos de su ejecución, que, excepcionalmente, y en contraposición a lo manifestado con anterioridad, admite que el traslado pueda efectuarse sin el consentimiento del penado, dándole solo audiencia para conocer su opinión.

La expulsión del territorio nacional. Prisiones internacionales.

En primer lugar, es preciso realizar una aproximación al concepto de "expulsión", que es una medida de seguridad no privativa de libertad, cuyo fundamento político-criminal reside en discutibles criterios utilitaristas, y de política criminal que debe ser aplicada restrictivamente, analizando cada caso en forma individual.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en reiterada jurisprudencia ha considerado que para proceder a la expulsión es requisito sine qua non un examen individualizado, con alegaciones y, en su caso, prueba, para resolver fundadamente. Valga de cita la sentencia de 18 de febrero de 1991, caso Moustaquim vs. Bélgica, declarándose contraria al convenio de derechos humanos la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. En opinión del alto tribunal, la medida se presentaba desproporcionada, en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del convenio, primando el derecho a la vida familiar sobre las exigencias del orden público. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el art. 8 del convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada. Con mayor razón, habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones –tal vez la esencial– es “vivir juntos”- SSTEDH de 24 de marzo de 1988, Olssen vs. Suecia, 9 de junio de 1998, Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la asamblea general en su resolución 2200 (XXII), de 16 de diciembre de 1966) reconoce la expulsión como una medida excepcional, y de aplicación individualizada, al declarar que 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 tal expulsión, así como someter su caso a revisión ante autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar ante ellas con tal fin (art.13).

Las políticas migratorias suelen ser coincidentes en aplicar el criterio que los extranjeros con responsabilidad penal deben ser

expulsados. Los matices no están tanto en la expulsión, sino en el momento que se aplica, pero es inexorable. Así las cosas es conveniente que para esta población carcelaria extranjera se arbitren soluciones más racionales que permitan el cumplimiento en centros ubicados en el país de origen, que ocasionalmente, pueden estar bajo la supervisión de organismos internacionales y que promueva actividades de reinserción social en su propio país, a la vez que aseguren el cumplimiento de la condena.

Derechos específicos de los extranjeros en prisión.

Conforme con las reglas mínimas para el tratamiento del recluso, los internos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares. Asimismo, los internos 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 del estado encargado de sus intereses o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos (art.38.1)

Es muy importante que este colectivo esté permanentemente informado de las posibilidades de ser trasladado a su país para continuar el cumplimiento de la condena. También debe prestársele especial atención en sus necesidades de contar con una asistencia jurídica. Por otro lado, las legislaciones nacionales deben contemplar calendarios específicos de visitas y contactos con el exterior, teniendo en cuenta las posibilidades de desplazamiento de sus familiares.

Otros grupos vulnerables.

Personas con discapacidad.

Bajo este epígrafe se hacen mención a aquellas personas privadas de libertad que sufren algún tipo de discapacidad, singularmente internos alienados y enfermos mentales, pero también, por ejemplo, personas con problemas de psicomotricidad o de invidencia, grupos menos atendidos aún que aquellos.

En primer lugar, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos contienen una sección específica referida a los servicios médicos, donde se prescribe la necesidad de que todo establecimiento penitenciario disponga por lo menos de los servicios de un médico cualificado, con algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse estrechamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad de la nación, comprendiendo un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, en su caso fuere necesario, el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. En tales circunstancias, se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Finalmente, si el establecimiento penitenciario dispone de servicios internos de hospital, éstos deberán estar provistos del material, instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los internos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuado (Regla 22.1)

En la reglas aplicables a categorías especiales de condenados, los principios rectores que definen el espíritu conforme al cual deben administrarse los sistemas penitenciarios y los objetivos hacia los cuales deben tender, establecen que en el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los internos de la sociedad, sino, antes al contrario, el hecho de que continúan formando parte de aquella. Con esa pretensión, los servicios médicos del establecimiento se esforzarán por descubrir y deberán tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyen un obstáculo para la readaptación del interno, debiendo aplicarse cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesario (Regla 62).

Conforme a tales consideraciones, los alienados no deberán ser recluidos en prisiones, adoptando aquellas disposiciones especiales necesarias para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. En esta misma línea, los internos que sufran otras enfermedades o anomalías mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos. Durante la permanencia de aquellos en la prisión se deberá asegurar no solo su

tratamiento psiquiátrico, sino también el de todos los demás internos que precisen de ese tratamiento (Regla 82).

De otro lado, las reglas penitenciarias europeas de 11 de enero del 2006 se refieren a los internos con patologías psiquiátricas en la n°26, estableciendo que, para los internos con patología no graves internados en prisión, cada establecimiento penitenciario debe disponer de un servicio psiquiátrico para el diagnóstico, y, si ha lugar, el tratamiento de los enfermos mentales. La Regla n°47 determina que una institución o una sección especial (del establecimiento) debe funcionar bajo control médico y tiene que estar dotada para la observación y tratamiento de los internos que sufren afecciones o perturbaciones mentales que no resulten tan graves como las referidas en la regla 12, que regula los psiquiátricos penitenciarios. Igualmente, los servicios médicos en los ambientes penitenciarios deben asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los internos que requieran terapia y una atención especial para prevenir suicidios.

Al margen de las cuestiones señaladas, a nuestro juicio, la cuestión más controvertida que suscita el tratamiento de los internos con enfermedades mentales discurre sobre la conveniencia de aplicar una medida de seguridad en lugar de una pena, al tratarse de sujetos de la capacidad de culpabilidad siendo inimputables. Es más, en aquellos casos de internos que padezcan enfermedades mentales, resultará, más adecuado su ingreso en un centro para enfermos mentales, que su permanencia en un establecimiento penitenciario.

Los ancianos en prisión.

Las personas de avanzada edad encarceladas en centros penitenciarios van a un doble padecimiento durante la encarcelación, tanto por la separación de sus familiares, que, en ocasiones pueden, incluso llegar a perder el contacto definitivo con aquellos, como por su deterioro físico y mental,

Sobre todo en los casos de internos condenados a penas privativas de libertad de larga duración o cadena perpetua.

En estos casos particulares, en contradicción con el objetivo pretendido por el tratamiento penitenciario, la resocialización del anciano privado de libertad va a resultar una pretensión irrealizable, si tenemos en cuenta que una vez cumplida su condena y satisfecha la deuda contraída con la sociedad, las posibilidades de encontrar un trabajo son prácticamente nulas.

Las particulares condiciones que rodean a este grupo van a requerir de la selección de un personal especializado en los establecimientos penitenciarios (médicos, psicólogos, trabajadores sociales) preparados para atender las necesidades específicas de los ancianos, adoptando las medidas adecuadas para posibilitar la reinserción.

En el plano internacional, el principio 5 del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión considera que "las medidas que se apliquen con arreglo a la ley que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial (...) de las personas de edad (...) no se considerarán discriminatorias". Del mismo modo, la Regla 8 de la reglas mínimas para el tratamiento de los internos contempla una segregación de los internos que deberán ser alojados en diferentes establecimientos penitenciarios, atendiendo entre otros criterios a la edad de los mismos: "los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo, edad (...)".

Minorías sexuales. Transexuales.

Los pactos internacionales protectores de los derechos de las personas privadas de libertad y otros convenios multilaterales establecen la obligación por parte de los estados de tratar a los internos como personas, respetando todos los derechos que le son inherentes, y sin practicar ningún tipo de discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier

otra condición social (v.gr. art.2 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos).

No obstante esa proscripción general de discriminación por razón de sexo, las personas privadas de libertad que sean transexuales, esto es, su apariencia externa no coincida con el sexo que se indica en su documento de identidad, van a requerir un tratamiento especializado con respecto a su clasificación y, sobre todo, el módulo a que sean destinados.

Ante esta peculiar circunstancia, ¿debe destinarse al transexual a un módulo masculino o femenino?, ¿existen normas internacionales que hayan abordado esta cuestión?

En primer lugar, respondiendo al primer interrogante planteado, el criterio que se había adoptado para proceder a la clasificación del interno transexual era el de su "identidad sexual aparente", y no los datos de su documento de identidad/pasaporte, atendiendo, por tanto, a sus características externas y fisiológicas. En la actualidad, discrepando de ese criterio inicial, la clasificación penitenciaria de tales internos se practica atendiendo a la llamada "identidad psicosocial de género" determinada por informes médicos y psicológicos, resultando ser este criterio más correcto.

En segundo lugar, con relación a la existencia de normas internacionales que aborden esta cuestión, es desalentador contemplar la ausencia de instrumentos jurídicos que regulen este aspecto en el plano internacional.

Enfermos de sida y enfermedades contagiosas.

Como último grupo vulnerable de personas privadas de libertad, vamos a referirnos brevemente a los sujetos que padecen enfermedades contagiosas (hepatitis, tuberculosis) y aquellos otros infectados por el virus vih/sida. Las personas privadas de libertad que padecen algún tipo de enfermedad contagiosa, vih/sida sufren un doble estigma, tanto por la privación de libertad que supone la cárcel, pero sobre todo por el tipo de enfermedad.

SITUACION EN CHILE.

Extranjeros.

El derecho a ser tratado con igual consideración y respeto, es el principio que motiva la existencia de una defensa penal pertinente para extranjeros en Chile.

La corte interamericana de derechos humanos ha resuelto que el estado es soberano para determinar políticas migratorias, ya sea a través de leyes, decretos, resoluciones, directrices, etc., así como los mecanismos de control de ingreso y salida de extranjeros, sin embargo estas políticas y mecanismos deben ser compatibles con las normas de la CADH. Siempre se debe tener presente que "generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada estado, y es mantenida por situación de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en la leyes) y de facto (desigualdades estructurales)".

Esto significa que "los estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes", pues, "el deber general del art. 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que extrañen violación a las garantías previstas en la convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías". (Corte IDH, opinión consultiva (OC) 18/03, párrafo 119).

Por lo tanto, la defensa de inmigrantes obliga necesariamente a preocuparse de todas aquellas situaciones que se derivan de su condición de imputados y condenados, aun cuando éstas se refieran a aspectos regulados por la normativa de extranjería, para así incluir la

consideración de todas las variables de su condición actual y de las consecuencias jurídicas específicas que seguirán del proceso y la condena impuesta. En consecuencia, para la defensa de un condenado migrante deben considerarse las normas que rigen integralmente la situación de los extranjeros en el país, y que se establecen en diversos cuerpos legales. Entre ellos, los más relevantes para nuestra materia son: el Decreto Ley N°1094 de 1975, del Ministerio del Interior que establece normas sobre extranjeros en Chile (Ley de Extranjería); el Decreto N° 818 de 1983, del Ministerio del Interior que delega en autoridades de gobierno interior atribuciones relativas a extranjeros (medidas de expulsión). Obviamente, además, es necesario considerar la ya mencionada CADH, la Convención de Viena sobre relaciones consulares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su protocolo, sin perjuicio de los demás tratados de derechos humanos.

Expulsión.

Se entiende por expulsión "cualquier decisión, orden, acto o procedimiento ante el órgano administrativo o judicial competente, independiente 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 ésta efectivamente abandone el territorio de dicho estado o sea trasladada fuera de las fronteras del mismo" (Opinión Consultiva de la Corte Interamericana 21/14 de 19 de agosto del 2014 párrafo 269)

Existen dos formas de expulsión en nuestro ordenamiento jurídico: la expulsión administrativa contemplada en la ley de extranjería y la pena sustitutiva de expulsión de la Ley N° 18.216 (hoy modificada por la Ley N° 20.603 de 27 de junio del 2012) a la que pueden optar los extranjeros condenados en Chile si cumplen los requisitos legales.

Expulsión administrativa.

La expulsión administrativa es una sanción que puede decretarse respecto de extranjeros denominados irregulares; esto es, que hayan ingresado o permanezcan en el país sin cumplimiento de las normas

legales. Es, también, una facultad administrativa porque corresponde al ejercicio de una potestad que la ley de extranjería le ha entregado a la administración, particularmente al Presidente de la República o a los Intendentes Regionales, según los casos.

La expulsión decretada por el Presidente de la República se extiende formalmente como Decreto Supremo y debe ser firmado por el Ministro del interior. En el caso de los intendentes, la expulsión constituye un acto administrativo que debe suscribir la misma autoridad y no está sujeta al control de toma de razón.

Tratándose de un acto administrativo debe cumplir los requisitos mínimos de publicidad, transparencia y bilateralidad. La expulsión debe cumplir por cierto, con los requisitos previstos en la Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos. Esto implica que fuera de ser dictado por autoridad competente y previa investidura; debe ser motivado; el objeto debe guardar coherencia con los motivos y ser legal; y, debe estar orientado al fin previsto en la ley. Asimismo, el decreto de expulsión debe notificarse al afectado, entregándole copia del mismo donde se indique los recursos administrativos que proceden.

Las causales de expulsión pueden quedar comprendidas en la extensa hipótesis de "situación de irregularidad de un extranjero en Chile". Sin embargo, y de manera inorgánica, el Decreto Ley 1.094 describe una serie de situaciones que podríamos clasificar en irregularidad propiamente tal y la irregularidad por incurrir en determinadas conductas definidas por la ley, que da lugar a la expulsión como sanción.

En virtud de las primeras, la autoridad administrativa está facultada para expulsar a aquellos extranjeros que se encuentren residiendo en el país después de vencido el plazo de residencia legal. Se encuentra prevista en el art.71 de la ley de extranjería y hace directa mención al sistema de visas.

La ley prevé, además de la medida de expulsión, un sistema integral de control de flujos de extranjeros en el país, mediante el otorgamiento de visas lo que corresponde también a una facultad de la administración, ya sea a través del Ministerio del Interior (Departamento

de Extranjería y Migraciones) o del de Relaciones Exteriores. La ley establece un complejo sistema de procedencia progresiva y de requisitos de obtención de las autorizaciones o residencias, pero lo importante para la expulsión es que si vence el plazo de residencia, sin que se haya concedido otra, el extranjero se encuentra en situación irregular y será sancionado con una multa y eventualmente, la expulsión (el asilado o refugiado no puede ser expulsado al país de origen).

En este caso, la expulsión es facultativa, es decir, la autoridad competente puede discrecionalmente no aplicar la expulsión.

Además de la expulsión por encontrarse con la residencia vencida, la ley contempla la posibilidad de expulsar a un extranjero que haya ingresado o, durante su permanencia en Chile cometa ciertos actos o incurra en conductas que afecten el orden público en su sentido más amplio (15 y 17 Ley de Extranjería).

En este caso la expulsión se utiliza como una sanción, de modo que derechamente se trata del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración. Esto implica que en este caso la administración tiene aún más restringido el uso de esta facultad debiendo respetar los límites al ejercicio de la potestad punitiva del estado.

La ley contempla hipótesis extremadamente amplias, a modo de ejemplo, se contemplan causales tan amplias como: "los que ejecuten actos contrarios a la moral o las buenas costumbres" (art.15, N°2, Ley de Extranjería) o a "los que no tengan o no pueda ejercer profesión u oficio (art.15 N°4, Ley de Extranjería), por lo que permiten una actuación derechamente arbitraria de la autoridad, que se ha ido paulatinamente limitando mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así la corte ha establecido "el art.17 del Decreto Ley N° 1.094 consagra la facultad de la autoridad administrativa para disponer la expulsión del país de los ciudadanos extranjeros que incurran, entre otras, en las situaciones del art. 15 N°2 del mismo cuerpo normativo, importando para decisión del reclamo, aquella relativa a la ejecución de actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres. Tratándose de una facultad, y que se ejerce, en el caso concreto, basada en conceptos jurídicos indeterminados, se hace necesario que la autoridad al dotar de

contenido a tales preceptos efectúe una ponderación de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe sopesarse, además, con la actual situación personal, familiar, y el arraigo del ciudadano afectado. De no efectuarse tal evaluación, la actuación del ente administrativo deviene en ilegal y arbitraria", sentencia Corte Suprema, rol N° 9075-2012. En sentido similar, se pueden revisar: sentencia Corte Suprema, rol N° 1413-2013 y sentencia Corte Suprema rol N° 981-2011.

Se ha establecido por esta vía que las causales previstas en el art. 15 corresponden a conceptos jurídicamente indeterminados, y que es función de la autoridad administrativa darle sentido a ellos, considerando la situación concreta del afectado, particularmente la gravedad del delito por el que fue condenado, su situación migratoria y familiar. La corte ha sostenido que cuando el extranjero cuenta con familia (cónyuge e hijos), el acto administrativo de expulsión no afecta sólo la libertad personal del expulsado sino también constituye "una amenaza a la libertad ambulatoria del menor (...) como también de quien aparece como pareja del mencionado (...), porque aun cuando no han sido aquellos objeto de una medida de expulsión, la realidad indica que ambos no tendrían más alternativa que seguir al referido adonde sea despachado, puesto que tal es el sentido de la familia, permanecer juntos, y ello constituye la base fundamental sobre la cual se construye la sociedad" (sentencia Corte Suprema, rol N° 1530-2013), y se afecta lo dispuesto en el art. 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta" ((sentencia Corte Suprema, rol N° 66-2013; sentencia Corte Suprema, rol n° 9075-2012; (sentencia Corte Suprema, rol N° 66-2013; (sentencia Corte Suprema, rol N° 66-2013; (sentencia Corte Suprema, rol N° 400-2013; (sentencia Corte Suprema, rol N° 1530-2013).

La autoridad competente para decretar la expulsión es el Intendente Regional, si la visa que poseía era de turismo, o el Ministro del Interior, por orden del Presidente de la República, en los demás

casos. Esta distinción es importante a objeto de determinar los medios de impugnación que proceden respecto de la expulsión, pues solo procede reclamación en contra de la expulsión decretada por "orden del Presidente". Asimismo, se debe considerar que el Intendente Regional respectivo y el Ministro del Interior son la únicas autoridades que poseen aquella potestad, y a la policía, si bien le corresponde la función de controlar las fronteras, esto se refiere solamente al ingreso, mas no a una expulsión.

La ley de extranjería, en su art. 89, contempla un recurso de reclamación que procede contra la expulsión dispuesta por Decreto Supremo, es decir, la expulsión dictada por el Ministro del Interior. Contra la expulsión pronunciada por el intendente, para el caso de los turistas, no está previsto este recurso especial.

Este recurso se interpone ante la Corte Suprema dentro de las 24 horas siguientes a la notificación del decreto. La reclamación se puede interponer por el expulsado o su familia y se resuelve sumariamente por la Corte Suprema.

Dadas las limitaciones –tanto de procedencia como de plazo para su interposición– del recurso especial de reclamación, se ha utilizado, con progresivo éxito, la acción constitucional de amparo para impugnar la expulsión (sea por decreto supremo o simple acto de autoridad administrativa). La acción contemplada en el art.21 de la Constitución Política es procedente porque se encuentra amagada la libertad personal en su dimisión ambulatoria, que contempla el art. 19 N°7 letra a de ésta. Si bien existen fallos de la Corte Suprema de los años 2001 y 2003 que sostienen la tesis de la especialidad en cuanto a vías de impugnación, vale decir, que sólo es posible cuestionar judicialmente la expulsión por la vía de la reclamación contenida en el D.L. 1094, actualmente la posición de la Corte Suprema es que aquella no es óbice para la interposición de un habeas corpus.

Expulsión como pena sustitutiva.

El art.34 de la ley n° 20.603, de 27 de junio de 2012, en su letra e) establece la pena sustitutiva de expulsión del territorio nacional, la

que puede imponerse al condenado "extranjero que no residiere legalmente en el país". La sustitución se decretará por el juez de garantía, de oficio o a petición de parte, en audiencia en que debe ser citado el Ministerio del Interior a fin de ser oído. El extranjero condenado por esta vía, no puede regresar al país en un período de 10 años, de hacerlo, debe cumplir la pena originalmente impuesta.

Lo primero que se debe tener presente es que se trata de una pena sustitutiva de la pena privativa de libertad que corresponda, por lo que se establece en beneficio del condenado y nunca puede interponerse en su perjuicio, como sería el caso de aplicarla en contra de su voluntad.

Si bien el art 34 establece que el juez puede disponer de oficio (o a petición de parte) esta expulsión, esto se refiere exclusivamente a que el juez puede tomar la iniciativa en el inicio del procedimiento de sustitución, pero, en definitiva, el juez no está obligado a sustituir. En efecto, la misma norma describe la facultad del juez como "podrá" decretarla, lo que implica que no en todo los casos en que se den los requisitos del artículo mencionado el juez está obligado a decretarla. En este sentido, uno de los antecedentes que el juez debiera revisar es el hecho de que pudiera constituir una pena trascendente pues en algunos casos va a afectar a personas distintas, como es el caso de los hijos o familiares directos del condenado que se encuentren avecindados en Chile, quienes se verán afectados en su derecho a la libertad personal por cuanto se verán obligados o inducidos a abandonar el país en contra de su voluntad.

En el mismo sentido en el sistema interamericano se ha sostenido que: "tanto la Comisión Interamericana como la Corte Europea han reconocido que conforme al derecho internacional, en cualquier procedimiento de expulsión, se debe considerar el mejor interés de los hijos del deportado. La Corte Europea ha sostenido repetidamente que "el mejor interés y bienestar de los niños de un no ciudadano debe ser tomado en consideración en un procedimiento de expulsión".

Recientemente, la Corte Interamericana ha señalado que cuando esta medida afecta al progenitor de niña o niño, debe considerarse el

régimen de protección integral y la obligación de prevenir la separación familiar. Se trata entonces, de la colisión de dos principios igualmente válidos, la facultad del estado a implementar su política migratoria y el derecho del niño o niña a la protección de la familia. Para resolver dicha controversia, la Corte propone la ponderación de ambos, utilizando los criterios de idoneidad (fin legítimo), necesidad de la medida (que no exista otra forma menos gravosa para cumplir el mismo objetivo), y que sea proporcionada en sentido estricto (que afecte en menor grado el derecho y asegure en el mayor grado posible el fin perseguido).

Esta expulsión es procedente respecto de un extranjero que no residiera legalmente en el país, condenado a una pena igual o inferior a 5 años de presidio o reclusión menor en su grado máximo. Es necesario determinar, entonces, que debe entenderse por "extranjero que no residiera legalmente en el país".

La categoría de "residente legal" en el D.L. 1.094 incluye a residentes oficiales (arts.19 a 21); otros residentes (sujeto a contrato del art. 23 y siguientes; residente estudiante del art.27 y siguientes; residente temporario del art.29 y siguientes; asilados políticos y refugiados del art. 34 y siguientes; en consecuencia serían "residentes ilegales" todos aquellos que no contaran con algunas de las calidades administrativas que entrega la administración. Sin perjuicio de ello el propio D.L 1.094 regula la permanencia legal de otras personas que no tienen residencia, como es el caso de los turistas (art.44 y siguientes y los tripulantes arts. 50 y siguientes).

Esta interpretación excluye de la posibilidad de cumplir una condena en libertad (aunque fuera del país) a todos aquellos extranjeros, que siguiendo los mecanismos legales han obtenido una residencia.

No obstante lo anterior, se puede sostener que si la autoridad administrativa está facultada para revocar la residencia del extranjero que haya cometido un delito (art.64 y 65 D.L. 1.094) entonces todo extranjero condenado por crimen o simple delito es hipotéticamente un extranjero sin residencia legal, de lo que se sigue que en definitiva un

extranjero condenado siempre estaría en condiciones de solicitar la sustitución (siempre que cumpla con los demás requisitos).

Derechos a la asistencia consular.

Siguiendo la interpretación de la Convención de Viena que hace la Corte Interamericana Derecho Humanos su opinión consultiva 16/99, el extranjero privado de libertad posee dos derechos específicos, derecho a la información y derecho a la notificación consular, además de la asistencia consular propiamente tal. Este derecho "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" (opinión consultiva 16/99 de la Corte Interamericana Derecho Humanos, párrafo 121 y 122)

Evidentemente, no solo el juicio oral y la investigación que le precede deben cumplir con el inventario del debido proceso, sino también la ejecución de la sentencia, lo que no puede discutirse en nuestro país, ya que los derechos y garantías se reconocen al imputado "hasta la completa ejecución de la sentencia"

En el ámbito penitenciario, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos señalan que "los reclusos de nacionalidad extranjera gozarán de facilidades adecuadas para comunicarse con sus representantes diplomáticos y consulares" (Regla 38.1), añade la norma que "los reclusos que sean nacionales de estado 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 del estado encargado de sus intereses o cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos (Regla 38.2).

Derecho a acceder a un intérprete calificado y a la traducción.

El art. 14.3 lt. f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone que "durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes

garantías mínimas: f) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal”.

Asimismo, en el art. 67.1 lt f) del Estatuto de la Corte Penal Internacional también se garantiza el acceso a un intérprete gratuito, lo que es recogido por nuestro derecho nacional en el art.29 de la Ley N° 20.430 sobre protección de refugiados, que prescribe en su inc. 2° “al solicitante que así lo requiera o necesite, se la facilitarán los servicios de un intérprete calificado para asistirle en las entrevistas y en la presentación por escrito de los hechos en los que fundamenta su petición”.

Derecho a buscar y recibir refugio.

La normativa de extranjería considera la hipótesis del asilado y refugiado. Esta condición se otorga siempre por el Ministerio de Relaciones Exteriores en conjunto con el de Interior. Las misiones diplomáticas expiden un asilo provisional, que sirve como inicio del procedimiento administrativo que debe concluir en Chile, ante los ministerios mencionados. Lo relevante en el ámbito penal es que no pueden ser objeto de reproche penal en caso de ingreso ilegal desde el país donde sufren persecución; y que no es posible colocarlos en la frontera del mismo estado.

En Chile, el 15 de abril de 2010 se publicó la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, precisando los contenidos de la convención sobre el estatuto de los refugiados y las cláusulas de inclusión al respecto elaboradas por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): “art.2°. Concepto de refugiado. Tendrán derecho a que se les reconozca la condición de refugiado las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

1°. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél debido a dichos temores.

2°. Los que hayan huido del país de su nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país.

3°. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él.

4°. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida"

La principal consecuencia de la condición de refugiado, es el principio de non refoulement o no devolución: ningún estado parte de la convención puede expulsar o devolver a un refugiado a aquel estado donde se supone arriesga su vida o integridad. La Ley 20.430, en su art.4° consagra el principio de no devolución, de manera más precisa que el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, en los siguientes términos:

"No devolución. No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren. La protección en los términos enunciados precedentemente comprenderá, asimismo, cualquier forma de devolución hacia las fronteras de un país donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".

Quedan excluidos de la protección quienes hayan cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad; que hayan cometido un gran delito común antes de acogerse al refugio; y/o, actos contrarios a los principios de las Naciones Unidas (art. n°16 de la ley 20.430 y art. 1.f de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado).

Esta protección alcanza a quienes quieran hacer valer su derecho de buscar y recibir asilo. Sin embargo, en Chile esta protección opera sólo desde que se presenta la solicitud, lo que ha generado una serie de complicaciones y obstáculos a la hora de solicitar refugio.

La Corte Interamericana, mediante la interpretación de los arts. 22.7 y 22.8 de la CADH, ha extendido la aplicación del principio de no devolución, indicando que "es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país que se encuentre" (caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, parr. 135)

En Chile la expulsión no puede decretarse sino de manera excepcional. Esto incluye "cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera".

Traslado internacional de condenados.

Es un instituto por medio del cual se articula una solución jurídica que permite que un estado reciba y ejecute una determinada pena impuesta por otro estado.

El objetivo perseguido es que los extranjeros puedan cumplir sus condenas privativas de libertad más cerca de sus familiares y amigos, y con ello favorecer el objetivo de reinserción de la pena. Para ello, se han establecido diversos tratados internacionales que establecen la forma de ejecutar estos traslados.

Los principales tratados suscritos por Chile son el Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas de 1983 y la Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, suscrita por la O.E.A. el 9 de junio de 1993. Adicionalmente, Chile ha suscrito tratados bilaterales con este mismo objetivo con Brasil, Argentina, Bolivia y Perú.

Todos estos tratados establecen normas de traslado de condenados privados de libertad. Debe tratarse de extranjeros privados

de libertad como consecuencia de haber cometido un delito, que tengan la posibilidad de cumplir la condena impuesta en su medio social de origen.

Para que proceda el traslado, el condenado debe tener la nacionalidad del estado donde desea ser trasladado (estado de origen), la sentencia condenatoria debe encontrarse firme y ejecutoriada, deben restar al menos 6 meses de cumplimiento de la condena impuesta y el privado de libertad debe manifestar su intención de trasladarse a un estado que -evidentemente- haya suscrito alguno de los tratados señalados. Asimismo, que los hechos que motivaron la condena constituyan un ilícito penal en el país al que se solicita el traslado. Adicionalmente pueden considerarse otros factores, que puedan contribuir a su reinserción social, como la gravedad del delito, estado de salud, vínculos familiares y sociales.

La solicitud del traslado se dirige al Ministerio de Justicia, la cual debe contener la manifestación del condenado, informe de nacionalidad, ficha única de condenado, ficha de clasificación, copia de la sentencia, informes sociales y psicológicos, informe médico, etc. Estos antecedentes se remiten al estado de cumplimiento, directamente o a través de misión diplomática.

Cada estado es soberano para acceder o no a las solicitudes presentadas por los estados receptores, pero en caso de acceder no pueden agravar la naturaleza o duración de la condena y debe asumir los gastos del traslado.

En el mismo ámbito del traslado internacional, las Reglas de Bangkok indican que "cuando 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 cuando ellas lo soliciten o consientan informadamente en ello" (Regla 53.1). Complementando lo anterior indica que "en caso que se deba retirar de la prisión a un niño que viva con una reclusa extranjera no residente, se deberá considerar la posibilidad de reubicar a ese niño en sus país de origen, teniendo en cuenta su interés superior y en consulta con la madre" (Regla 53.2).

Personas pertenecientes a pueblos indígenas.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, llaman la atención sobre el acceso a la justicia de las personas integrantes de comunidades indígenas. Se propone la necesidad de asegurar su acceso igualitario a la justicia y respetuoso con su origen y tradiciones culturales. Asimismo, se promueve el respeto y coordinación de la justicia indígena con la estatal.

Durante las últimas décadas se ha construido un discurso de los derechos indígenas desde el derecho internacional de los derechos humanos. "Conceptualmente es preciso distinguir entre derechos humanos que fructifican en sociedad o que requieren de la sociedad para ejercerse (por ejemplo, derecho a voto) y los derechos cuyo titular es un colectivo (por ejemplo, la autodeterminación)" (Nash, 2009).

En cuanto a la primera categoría de derechos, su reconocimiento en el sistema interamericano es claro y se deriva de dos principios. Por una parte, la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la CADH y por otra, el principio de igualdad y no discriminación.

En cuanto a la obligación de garantizar, se refiere al sentido que la Corte Interamericana le ha dado desde sus primeras sentencias (caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988), en el sentido de que no es suficiente para el cumplimiento de las obligaciones de los estados en materia de derechos humanos la sola abstención. La Corte Interamericana ha establecido que, "de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre" (CIDH, caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; sentencia caso de la masacre del Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006; caso González y otros (campo algodonero) vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009).

En relación con el principio de igualdad, la corte ha resaltado la idea que al interpretar y aplicar su normativa interna, "los estados deben tomar en consideración sus características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural" (Nash,2009).

Las Reglas de Bangkok, en referencia a los pueblos indígenas indican que "las autoridades penitenciarias reconocerán que las reclusas de diversas tradiciones religiosas y culturales tiene distintas necesidades y pueden afrontar múltiples formas de discriminación que les impidan el acceso a programas y servicios que tengan en cuenta su género y cultura. Por ello, deberán prever programas y servicios amplios en que se atiendan sus necesidades, en consulta con las propias reclusas y con los grupos correspondientes" (Regla 54). La Regla 55 complementa lo anterior señalando que "se examinarán los servicios de atención anteriores y posteriores a la puesta en libertad, a fin de asegurar que resulten apropiados y accesibles para las reclusas indígenas y las pertenecientes a determinados grupos étnicos y raciales, en consulta con los grupos correspondientes".

En cuanto a la categoría de los derechos colectivos, algunos instrumentos internacionales entre los que destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas DNU DPI (Asamblea General de Naciones Unidas) de 2007, han venido a confirmar el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas. En efecto, "el Convenio 169 de la OIT constituye el primer instrumento de carácter internacional que reconoce la existencia de pueblos indígenas al interior de los estados. Lo anterior implica aceptar que los indígenas constituyen agrupaciones humanas previas al estado, que tienen -o tuvieron- un territorio común, una historia, cultura y conocimiento; pero además, que se identifican con sus pares y a la vez se sienten diferentes de otros grupos" (Lillo, 2009). La DNU DPI destaca que estos pueblos tienen también el derecho a la libre determinación (art.3: los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su

condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural).

La Corte Interamericana ha dado cuenta de la relevancia del ejercicio colectivo de ciertos derechos por parte de los indígenas, entre integrantes de su comunidad o pueblo. Uno de estos derechos colectivos, reconocidos en ambos instrumentos es el derecho al territorio, al que la corte le ha otorgado suma importancia para los pueblos indígenas, "el art.21 de la convención americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad" (caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 145).

Es necesario tener en cuenta la especial conformación de los derechos indígenas a la hora de su reconocimiento, ambas ideas (igualdad y no discriminación y reconocimiento de los derechos colectivos) forman parte del corpus de derechos indígenas que se ha ido configurando en el ámbito nacional e internacional.

Como no existe una regulación específica de los indígenas privados de libertad a nivel nacional, el abordaje de este punto se hará a través del tratamiento especial que se debe dar a situaciones hipotéticas características del encierro, así como el uso de principios generales que emanan de la aplicación de los derechos indígenas en el ámbito internacional.

Prácticas culturales al interior de los recintos penales.

A partir del caso Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte Interamericana desarrolló un concepto sobre la vida digna, que implica una serie de obligaciones adicionales para el estado, que van más allá de no privar de ella a las personas.

En efecto, en virtud de la obligaciones que emanan para el estado, en virtud del art. 2 de la CADH, la corte señaló que "este derecho

comprende no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna" (Corte Interamericana, caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, parr. 162). Ahora bien, esta obligación implica por cierto tomar medidas concretas, orientadas a esta vida digna y que sean adecuadas a la condición o situación de vulneración de las personas titulares de estos derechos. Para determinar el nivel de cumplimiento del estado, el examen debe incluir "un vínculo con la especial vulnerabilidad a la que fueron llevados (los miembros de la comunidad indígena), afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva" (comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay) considerando que las personas privadas de libertad conservan todos los demás derechos de los que no han sido privados por el fallo condenatorio, y que el estado, en virtud del particular contexto de subordinación, "se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos", debe proveer al indígena de todos los mecanismos que impidan su desarraigo cultural y que le permitan desarrollar su proyecto de vida, de acuerdo a sus propias particularidades. Esto comprende, desde la práctica de ciertas ceremonias al interior de un recinto penal, como el acceso a métodos de salud y educación tradicionales (art.12.1 DNU DPI "los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas ...").

En este caso, el jefe del establecimiento debe ponderar el resguardo de la seguridad y la disciplina con el respeto al derecho de una vida digna de quienes revisten el carácter de indígenas.

Traslados de recintos penales de personas indígenas privadas de libertad.

En el caso de las personas privadas de libertad, como ya ha quedado señalado, si bien la facultad para disponer su traslado de

recinto penal y/o lugar de reclusión corresponde a la autoridad penitenciaria ésta debe tener en consideración el respeto por sus derechos fundamentales.

En primer lugar, dichos derechos se identifican con el derecho a las visitas y a la protección de la familia. Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos disponen que los privados de libertad tengan la posibilidad para comunicarse periódicamente, "bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas" (Regla 37), y el principio de la unidad familiar (Regla 79 se debe "velar... particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia"). El párrafo 6 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios regula el régimen de visitas que constituye un elemento fundamental de la reinserción del condenado al que se dirige la pena. En efecto, esta herramienta permite al recluso mantener sus vínculos extramuros, que le permite posteriormente superar aquella "barrera que la instituciones estatales levantan entre el interno y el exterior" (Goffman,1970). Debido a la particular interacción que se produce entre el estado y una persona totalmente privada de libertad, es el primero quien debe hacerse cargo de satisfacer los derechos y necesidades no suspendidos de aquellas personas que están, precisamente bajo su custodia. Esto implica que "en resguardo de las visitas los condenados deberán ser recluidos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia" (art.53 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios).

En el caso de las personas pertenecientes a comunidades o pueblos indígenas, la facultad de disponer el lugar en que deba cumplir una condena privativa de libertad, debe verse doblemente limitada, por el derecho a la protección de la familia, y por el especial vínculo que tienen los indígenas con su territorio, entendido como su lugar de origen y soporte de su cultura. En efecto, "para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".

Esto significa que en el caso de los indígenas, los estados deben considerar especialmente al momento de determinar el lugar de reclusión de un indígena, el apego de estos con su territorio y su familia.

Así lo ha determinado también la Corte Interamericana. "los estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residen sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades". (Caso Norín Catriman vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014; párr.408).

Derechos a sanciones distintas de la privación de libertad o que considere sus características económicas, sociales y culturales (art.10 del Convenio 169 de la O.I.T.)

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece normas referidas al acceso a la justicia de los pueblos indígenas, entre ellas establece dos principios que deben tenerse en consideración a la hora de imponer sanciones privativas de libertad y durante su ejecución.

El art.10 del convenio dispone:

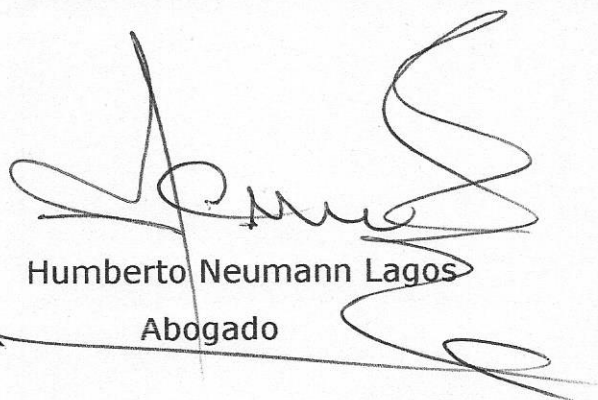
- a) cuando impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
- b) deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

En general, los pueblos indígenas no consideraban el encarcelamiento como una sanción penal. Existen otros tipos de sanciones (algunas aún vigentes), que tienen que ver más bien con la compensación económica, la humillación social, y otras vinculadas a situaciones propias de la naturaleza y la salud. El reconocimiento del derecho a la libre determinación y a la justicia propia que se encuentran reconocidos en el Convenio 169 de la O.I.T. (arts.8, 9 y 10) y en la DNUDPI (arts. 4 y 5), da pie al reconocimiento de sanciones penales.

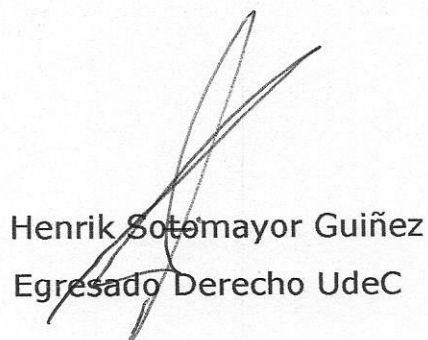
Sin embargo, actualmente las penas se encuentran previstas en la ley y, las privativas de libertad, sujetas a la administración de Gendarmería, sin perjuicio de que por esta vía se pudieran establecer sanciones propias o tradicionales que pudieran ser aplicadas en casos específicos. En efecto, tan cual ha sido resuelto por la Corte Constitucional de Colombia, si bien no cabe aplicar derechamente una sanción tradicional cuando el caso ha sido juzgado por la jurisdicción ordinaria, pues en este caso se afectan el principio de legalidad de la pena y de igualdad ante la ley, si resulta pertinente que se tomen en cuenta sus características sociales, económicas y culturales, en la ejecución de la pena por el órgano penitenciario (sentencia t-097 de 2012).

En este sentido, los aspectos económicos, sociales y culturales y la preferencia de penas no privativas de libertad, sí deben ser considerados a propósito de la concesión de un beneficio, como ocurre con, por ejemplo, con los permisos de salida, la postulación a un CET o la libertad condicional, todas cuestiones propias de la ejecución de la pena.

Este derecho debiera permitir adelantar la progresividad, cuando ello es permitido por las normas penitenciarias. Por ejemplo, en el caso de los permisos de salida, prefiriendo siempre aquellas que permitan desarrollar un vínculo con su familia y su comunidad, en su territorio.



Humberto Neumann Lagos
Abogado



Henrik Sotomayor Guíñez
Egresado Derecho UdeC

Referencias Bibliográficas

- "Los Nuevos Criterios de Clasificación Penitenciaria" (Vicenta Cervelló Donderis, Profesora Titular de Derecho Penal Universitat de València.)
- "Clasificación Criminológica". (Jesús Cureces Rios, México)
- "Sistema Carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción" Centro de Políticas Públicas UC, Marzo 2017.
- "Sistema Penitenciario Chileno: Aspectos Sociales y Psicológicos". (Carolina Quidel Gacitúa.)
- "Población penitenciaria según tipo de delitos". (Biblioteca Congreso Nacional)
- "Ejecución de la Pena Privativa de Libertad: Una Mirada comparada". Programa para la Cohesión Social en América Latina. Eurosociat, Madrid 2014.
- "Clasificación de los reclusos". Luis Alfredo Alarcón Flores. Perú.