

INFORMES EN DERECHO

DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA I

- ¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo?
Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad
- Adolescentes, violencia y subjetividad: fundamentos psicosociales de un enjuiciamiento penal diferenciado
- Perfil sociocultural mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en la región de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta
- Estado de necesidad exculpante en casos de mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta
- Supuesta incompatibilidad de la pena mixta establecida en la Ley N°18.216 y otros beneficios intrapenitenciarios
- Traslado de cárcel de personas adultas privadas de libertad
- Ley 20.931 en relación con la Ley N°20.084 sobre responsabilidad penal adolescente

N°20 • Agosto 2019

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN DERECHO

DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA I

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Agosto de 2019

© Defensoría Penal Pública
Libertador General Bernardo O'Higgins 1449, torre I, piso 8.
Santiago.

“Prohibida su reproducción, almacenamiento o transmisión,
de manera alguna y por cualquier medio sin autorización
previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N° 307456
Santiago, Chile.

I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-54-7 (Volumen 20, primera edición).

Producción y Edición:
Defensoría Nacional
Defensoría Penal Pública

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
¿INCIDE LA INIMPUTABILIDAD EN LA ATRIBUCIÓN DEL DOLO? REPERCUSIONES EVENTUALES EN LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	11
1. Presentación del problema y objeto del informe	11
2. Incapacidad de conocer el injusto del actuar: ¿problema propio de la culpabilidad o debe incidir en la conformación del injusto?	16
2.1. El dolo. Contenido del dolo y su exclusión	18
2.2. ¿Ausencia de dolo en casos de error psíquicamente condicionados?	22
3. La imposición de medidas de seguridad pese al reconocimiento de que en estos casos no se actúa con dolo	36
4. Conclusiones	39
5. Bibliografía	41
ADOLESCENTES, VIOLENCIA Y SUBJETIVIDAD: FUNDAMENTOS PSICOSOCIALES DE UN ENJUICIAMIENTO PENAL DIFERENCIADO	45
1. Introducción	45
2. La intuición normativa básica	47
3. La violencia en los adolescentes. Una explicación evolutiva y psicosocial	51
4. Reconstrucción del fundamento normativo de las calificantes y agravantes	79
PERFIL SOCIOCULTURAL MUJERES INDÍGENAS EXTRANJERAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LA REGIÓN DE ARICA-PARINACOTA, TARAPACÁ Y ANTOFAGASTA	91
1. Resumen	91
2. Introducción	92
3. Hacia un enfoque de género para la comprensión de la situación carcelaria	94
4. Lo indígena en marcos étnicos	96
5. Migración y género	97
6. El norte de Chile como espacio transfronterizo	100
7. Paso fronterizo y migración en Chile	103

8. La identificación de la calidad indígena	104
9. Lugar de origen de las mujeres indígenas extranjeras	106
10. Manejo de la lengua indígena	111
11. Contexto familiar de las entrevistadas	113
12. Acciones delictivas	115
13. Situación carcelaria	117
14. Recomendaciones y futuras líneas de investigación e intervención	118
15. Referencias bibliográficas	120
ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE EN CASOS DE MUJERES INDÍGENAS EXTRANJERAS PRIVADAS DE LIBERTAD	123
I. Introducción	123
II. Breve resumen de la situación de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en el Norte de Chile	125
III. Problema específico	128
IV. Análisis del art. 10 nro. 11	129
1. Evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero	130
2. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar	133
3. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo	134
4. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita	136
5. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso	138
V. Incumplimiento de uno o más requisitos: aplicación de arts. 73 CP y 10 nro. 1 CP	139
VI. Conclusión	142
Anexo	143
Resumen de tratados internacionales de utilidad	143
SUPUESTA INCOMPATIBILIDAD DE LA PENA MIXTA ESTABLECIDA EN LA LEY N°18.216	165
1. Descripción del Problema	166
2. Antecedentes Previos	167
2.1. Incompatibilidad entre pena mixta y reducción de condena por buen comportamiento	169
2.2. Incompatibilidad entre pena mixta y libertad condicional	173
3. Medios de Impugnación	176
4. Notas	177

TRASLADO DE CÁRCEL DE PERSONAS ADULTAS PRIVADAS DE LIBERTAD	179
1. Traslado Activo	180
1.1. Estándares Internacionales	180
2. Traslado Pasivo	181
3. Consideraciones Generales	182
4. Control jurisdiccional de la decisión de la autoridad penitenciaria sobre el traslado	183
4.1. Acta Administrativa N° 1303-2007 de 17 de Diciembre de 2007	184
5. Conclusiones	185
6. Notas	185
 LEY 20.931 EN RELACIÓN CON LA LEY 20.084 SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE	 187
1. El Marco Rígido del Artículo 449 del Código Penal	187
2. ¿Podría Influir el Artículo 449 del Código Penal en la Responsabilidad Penal Adolescente?	189
2.1. La Ley 20.084 Contiene Normas Especiales sobre Determinación de la Pena	190
2.2. Conforme al Criterio de Especialidad Prima la Aplicación de los Estándares de la Ley 20.084	192
2.3. El Artículo 449 N° 2 y la Reincidencia en Adolescentes	193
3. Conclusiones	194
4. Notas	195

Introducción

La Defensoría Penal Pública tiene el agrado de compartir esta publicación que contiene interesantes artículos y análisis en materias relativas a lo que, en nuestra institución, denominamos defensas penales especializadas.

La Unidad de Defensa Penal Especializada, del Departamento de Estudios y Proyectos, de la Defensoría Penal Pública, es la encargada de asesorar en la definición de criterios y directrices técnicas generales que orienten el trabajo institucional en los aspectos relacionados con la defensa penal de adolescentes, defensa penitenciaria, defensa penal de indígenas, defensa penal de migrantes y extranjeros y defensa penal de personas con problemas de salud mental.

El libro que presentamos, que tiene el objetivo de difundir una adecuada comprensión de las materias señaladas, contiene artículos y estudios de académicos expertos en los temas desarrollados, así como análisis efectuados por profesionales de la propia Unidad de Defensa Penal Especializada.

Agradecemos los aportes de los Doctores en Derecho Raúl Carnevali Rodríguez y Osvaldo Artaza Varela, profesores del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca; del Doctor en Derecho Jaime Couso, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y de Francisca Fernández Droguett, Antropóloga, Magíster en Psicología Social y Doctora en Estudios Americanos.

Esperamos que los informes y estudios contenidos en esta publicación contribuyan a la formación de quienes se interesen en la construcción de un adecuado sistema de justicia penal, especialmente cuando las personas destinatarias de sus normas e instituciones pertenecen a grupos especialmente vulnerables como lo son los adolescentes, las personas que cumplen condenas privativas de libertad, las personas indígenas, las personas migrantes y extranjeras y aquellas que padecen serios problemas de salud mental.

INFORMES EN DERECHO

¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad

Autores: Raúl Carnevali Rodríguez,
Oswaldo Artaza Varela

Centro de Estudios de Derecho Penal
Universidad de Talca

1. Presentación del problema y objeto del informe¹

Se nos ha pedido informar acerca de si determinadas circunstancias personales del autor, que usualmente son entendidas como casos de inimputabilidad, pudieran ser consideradas a la hora de precisar, por el juez, si el agente actúa o no con dolo y los efectos que tal decisión podrían tener en sede de otra clase de consecuencias de relevancia, como podría ser la imposición de medidas de seguridad. Eventualmente se podría plantear el siguiente dilema a la defensa de un imputado en el que se presenten ciertos trastornos mentales: si el sujeto no estaba en condiciones de conocer que su comportamiento realizaba los elementos de un tipo penal determinado, debido a su condición psíquica, podrían no satisfacerse los requisitos del tipo subjetivo —doloso—, en la medida que se entienda por dolo el conocer y querer la realización de los elementos de

¹ Se agradece la valiosa ayuda prestada por los ayudantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Talca Mario Orellana Zenteno y Ricardo Mendoza Tapia.

un tipo penal y el agente haya actuado en lo que se conoce como un error de tipo —psíquicamente condicionado—. Así las cosas, no se cumplirían los requisitos del tipo penal y, por tanto, en un sistema del delito compuesto por las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la ausencia de éstos impediría predicar el injusto de la conducta, por lo que tampoco tendría sentido la pregunta por la culpabilidad del autor.

Para abordar este problema se expondrá el siguiente supuesto²:

“El día 29 de abril del año 2015, a las 23:00 horas aproximadamente, el imputado de nombre J. L. A. M. C. se constituyó en el domicilio de la afectada J. P. B. A., antejardín del domicilio ubicado en Ignacio Cerda N° 2951, Barrancas, San Antonio. Agregando que llegó gritando insultos a la afectada, incumpliendo la medida cautelar dictada en resolución de causa RIT 2394-2015 de fecha 24 de abril del año 2015 por el Tribunal de Garantía de esta ciudad, imponiendo como medida la establecida en el Art. 9 letra b) de la Ley 20.066, esto es, la prohibición de acercarse a la víctima a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que concurra, la cual se encontraba vigente a la época de ocurrencia de los hechos y notificada en forma personal al imputado”. De acuerdo a lo esgrimido por el Ministerio Público, los hechos antes decritos constituyen el delito de desacato, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, encontrándose dicho ilícito en grado de consumado, correspondiéndole al acusado la calidad de autor. Lo relevante del caso es que se determina en juicio que el acusado padecía de una enfermedad crónica como espectro esquizofrénico con deterioro psico-orgánico moderado que no le permitiría tomar decisiones y que no sería capaz de autodeterminarse ni anticiparse a las consecuencias de su conducta. Su trastorno afectaría “la mayor parte de las funciones cognitivas y síquicas, entre las más puntuales, memoria, etc., impidiéndosele tomar decisiones...”. El tribunal concluye que en tales circunstancias el hecho no constituía un ilícito penal “por ausencia del elemento culpabilidad”, ya que el acusado, a la época de los hechos se encontraba en una situación de de enajenación mental (art. 10 N°1 Código Penal). Con todo, el tribunal reconoce que se cumplían los requisitos de la tipicidad y de la antijuridicidad, pero

2 Los hechos corresponden a la causa RIT 203-2016 y los razonamientos que se expondrán a continuación reflejan tanto la resolución del TOP de San Antonio, así como a la SCA Rol 2223-2016 (de 6 de enero de 2017), correspondiente a recurso de nulidad interpuesto por la defensa contra dicha sentencia por errónea aplicación del derecho.

“sin que pueda establecerse el elemento subjetivo o dolo específico de desacatar el mandato judicial por su condición de inimputable”³. Al tratarse de un sujeto del cual se pudo verificar su peligrosidad, el Tribunal Oral en lo Penal impone una medida de seguridad de custodia y tratamiento.

Frente a tal resolución se interpone por parte de la defensa del condenado recurso de nulidad —específicamente la contemplada en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal— basado, entre otras razones, en la imposibilidad de que el encartado pudiese incumplir una orden judicial por tratarse de un inimputable y, por tanto, “no existió conocimiento de la prohibición que le afectaba”. En suma, y lo que acá interesa, es que el acusado habría sido notificado verbalmente de la orden judicial que prohibía acercarse a determinada persona. Sin embargo, debido a la condición de enajenado mental que presentaba el sujeto, no habría estado en ningún caso en condiciones de conocer que se le estaba comunicando determinada resolución de un tribunal, por ende, de conocer la prohibición. Por lo mismo, al acercarse a esta persona, tampoco estaba en condiciones de saber que incumplía una orden de un juez.

Como sostiene la Corte de Apelaciones: “...puede afirmarse que los sentenciadores han tenido como hechos indubitados en la causa, además de aquellos referidos en el fundamento noveno, los siguientes:

- a) Que el requerido tiene una enfermedad crónica con espectro esquizofrénico con deterioro psicoorgánico moderado;
- b) Que su enfermedad y deterioro crónico no le permite tomar decisiones, no es capaz de autodeterminarse ni anticiparse a las consecuencias de su conducta;

3 En considerando décimo establece lo siguiente: “En lo puntual, la declaración pericial, versada en la esfera de los conocimientos científicamente afianzados, sirvió para esclarecer que el requerido tiene una enfermedad crónica con espectro esquizofrénico con deterioro psicoorgánico moderado, lo que estima “importante”; más la presencia de un problema desde los 18 años de consumo de altas cantidades de alcohol que pudieron haber producido un efecto tóxico y contribuyó a su deterioro, con un disfuncionamiento de personalidad severo y un entorno social que destaca por una importante disminución de sus redes sociales, las que son inexistentes pues vivía prácticamente en la calle, está en situación precaria, pese a tener una pensión asistencial y un deterioro muy importante en su desenvolvimiento de las actividades de la vida cotidiana, todo lo cual, repercute en una enfermedad y deterioro crónico que no le permite tomar decisiones, no es capaz de autodeterminarse ni anticiparse a las consecuencias de su conducta, constituyendo un problema global y permanente, pues afecta la mayor parte de las funciones cognitivas y síquicas, impidiéndosele tomar decisiones, evaluando situaciones concretas”.

c) Que lo dicho constituye un problema global y permanente, pues afecta la mayor parte de las funciones cognitivas y síquicas, impidiéndosele tomar decisiones, evaluando situaciones concretas;

d) Que no actuó con dolo, entendiéndose por tal, los jueces, la falta de conocimiento y comprensión de la prohibición de acercamiento que se le impuso⁴.

En definitiva, la Ilustrísima Corte de Apelaciones estimó que la resolución recurrida concluía sin mayores fundamentos, “que el hecho típico se encontraba plenamente establecido, aun cuando, al mismo tiempo, dieron por demostrado que el dolo (que llaman específico) no se encontraba presente por tratarse de un inimputable⁵. Este sería, a juicio de la Corte de Apelaciones respectiva, donde se advierte la errónea aplicación del derecho “puesto que, dando por establecida la “falta de conocimiento y comprensión que alega la defensa con respecto a la prohibición vulnerada” son mayores argumentaciones desplazan tales falencias, hacia la culpabilidad⁶, siendo que, en estricto rigor, debió haberlas considerado ya a la hora de determinar si se cumplían los requisitos del tipo penal —específicamente el tipo subjetivo— de la siguiente forma:

“Conforme a lo reseñado, no debía examinarse la falta de conocimiento de la prohibición en sede de culpabilidad, sino mucho antes, en el examen de la tipicidad puesto que, para estimar el hecho como típico, era menester demostrar que habiendo tomado conocimiento el agente de la resolución que lo compelió a una determinada conducta, ésta hubiese sido desatendida y, como en el casos de marras, tal conocimiento no puede ni siquiera presumirse, la conducta desplegada por aquel, deviene atípica”⁷.

4 SCA, rol 2223-2016, considerando noveno.

5 SCA, considerando sexto.

6 SCA, considerando séptimo.

7 SCA, considerando décimo segundo. Es importante considerar que el fallo en comento presenta voto disidente (Ministra Repetto), quien estuvo por rechazar el recurso, y que la situación de inimputabilidad referida solo podía ser considerada en sede de culpabilidad y no en sede de tipicidad y antijuridicidad como el voto mayoritario. Especialmente relevante es el siguiente razonamiento: Que a juicio de esta Ministro disidente, siempre un demente por ser un sujeto privado de razón no va a estar en condiciones de entender, que con su actuar realiza una conducta típica y antijurídica, por lo cual si incurre en ella será absuelto, por estar exento de responsabilidad ya que no puede atribuirsele culpa o dolo, pero no debe confundirse esa inimputabilidad intrínseca del demente con exigencias que el tipo penal no ha establecido”.

Por lo mismo, la consecuencia que extrae el tribunal es que, en definitiva, no procede aplicar una medida de seguridad al sujeto debido a que no se cumpliría con el requisito establecido en el artículo 455 del Código Procesal Penal, de constatar previamente, la presencia de un hecho típico y antijurídico”⁸.

Como se puede apreciar, nos enfrentamos al dilema de si ciertas circunstancias personales del sujeto, habitualmente examinadas a propósito de la culpabilidad, y específicamente a propósito de lo que se entiende por imputabilidad —o capacidad de culpabilidad⁹— debieran o no tener incidencia a la hora de configurar elementos previos del delito, específicamente en el caso concreto, el de la tipicidad subjetiva¹⁰. Como se podrá apreciar a continuación, los casos que parecen más problemáticos son aquellos en

-
- 8 Es importante considerar que tal conclusión no resulta pacífica en la práctica de nuestros tribunales. Así, por ejemplo, causa Rit: 676-2016. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique: “En audiencia verificada el día 25 de julio de 2015, ante el juzgado de garantía de Iquique, en causa Rit N° 8237-2015, se dispuso la medida cautelar del artículo 9 letra b) de la ley 20.066 en relación al artículo 155 del Código Procesal Penal, en cuya virtud se prohibía a Cristian Palape Michea, acercarse a su madre Lucy Michea Arqueros, en cualquier lugar en que estuviera, y en especial al domicilio de calle Thompson N° 1507 de Iquique, como también en su lugar de trabajo o estudios; medida que notificada en la misma oportunidad, cuya vigencia se extendió hasta el 16 de noviembre de 2015 y que el encausado incumplió el 23 de agosto de 2015 cuando, en diversas oportunidades, concurrió hasta el domicilio referido, en busca de su progenitora.” El imputado se encuentra aquejado por una patología denominada esquizofrenia paranoide, con daño cognitivo secundario al consumo abusivo y dependiente de la pasta base de cocaína; delirante y carente de juicio de realidad, con un déficit de control inhibitorio que le dificultan evitar su actuar respecto de conductas inadecuadas. El tribunal argumenta en el considerando 8° respecto a la concurrencia de los elementos del injusto en la presente causa que: “En el escenario descrito, nos enfrentamos a la ejecución de un hecho que objetiva y subjetivamente, cumple con los requisitos de tipicidad, en tanto su antijuridicidad emana de la circunstancia de no concurrir en la especie alguna causal de justificación, permitiendo así enmarcar la conducta en la figura de desacato del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, pretendida por el acusador.”
- 9 Como ha señalado Cillero (2011), p. 179, “para la doctrina nacional mayoritaria, la imputabilidad es la capacidad de conocer lo injusto y de determinarse según ese conocimiento o, dicho sintéticamente, imputabilidad es capacidad de culpabilidad” (cursivas en original). Por todos, Garrido Montt (2003), p. 208: “Analizada desde el ámbito semántico, la expresión imputabilidad significa “atribuibilidad” o sea las diversas condiciones que debe cumplir un sujeto para ser susceptible de reproche, pero si bien esa noción corresponde a la idea, presenta un aspecto formal de lo que es imputabilidad, cuando lo que interesa es su noción substancial. Con distintas expresiones, la mayor parte de los autores concuerdan en que este último sentido se traduce en el siguiente concepto: “capacidad de conocer que es injusto y de actuar conforme a tal comprensión”; De acuerdo a lo señalado por García Caveró (2012), p. 642, la “inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realiza el injusto penal no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal.
- 10 Así, por ejemplo, Molina Fernández (2008), p. 115: “Se trata de la calificación de ciertos hechos en los que sin duda falta algún elemento subjetivo de los que la teoría considera imprescindibles para la presencia de una acción típica –hay una causa de ausencia de acción, un error de tipo o falta un elemento subjetivo del injusto-, y en los que, sin embargo, intuitivamente percibimos que deberían aplicarse las consecuencias jurídicas ligadas al injusto penal, y muy especialmente una medida de seguridad”. Ver al respecto, también, Militello (1999), p. 401.

que la condición personal del sujeto está dada por aquellos problemas de salud asociados a la pérdida de las condiciones físicas y mentales para percibir la realidad, comprenderla y actuar conforme a ella¹¹.

2. Incapacidad de conocer el injusto del actuar: ¿problema propio de la culpabilidad o debe incidir en la conformación del injusto?

Ya hace un buen tiempo Joshi sostuvo, en España, que para ciertos casos en que los tribunales declararon inimputables a personas que cometieron un hecho típico, se debió haber considerado tales circunstancias personales —que sirvieron de base de la declaración de inimputabilidad— en forma previa, específicamente, en la configuración de injusto¹². Como indica Silva Sánchez, las “alteraciones psíquicas, en determinados casos, pueden no limitarse a afectar la culpabilidad del sujeto, excluyendo o atenuando su imputabilidad, sino que, además, pueden afectar a la acción, la tipicidad o la antijuridicidad de muy diversas formas, directas o indirectas”¹³. El autor distingue cuatro supuestos de casos:

a) Aquél en el que la alteración psíquica provoca un error acerca de la concurrencia de elementos fundamentales de la responsabilidad efectivamente existentes (ausencia de acción, error de tipo)¹⁴.

11 García Cavero (2012), p. 643. Se trata, de acuerdo al autor, de “enfermedades o situaciones de pérdida de las capacidades personales mínimas para poder recibir una imputación penal”. Fundamental, aunque para el ámbito angloamericano, Morse; Hoffman (2007), p. 1087, para quien ciertos desordenes mentales pueden impedir la capacidad de formación del requisito del mens rea.

12 Joshi Ubert (1989), p. 125; Molina Fernández (2008), p. 114; Silva Sánchez (2003), p. 99, sostiene que “en el marco general de la teoría del delito el fenómeno empírico de las anomalías o alteraciones psíquicas se ha examinado, por lo común, dentro del nivel sistemático de la culpabilidad -y, concretamente, de la imputabilidad-... Sin embargo, lo cierto es que no ha dejado de advertirse que todas las diversas formas de alteraciones y anomalías psíquicas, en su múltiple repercusión sobre la realidad de los hechos delictivos, pueden incidir ya en niveles sistemáticos anteriores a la culpabilidad”.

13 Silva Sánchez (2003), p. 100; el mismo (2014), p. 4.

14 Al respecto, resulta útil el siguiente caso propuesto por Molina Fernández (2008), p. 115, conocido como el “caso de los avestruces”: A mata a su mujer, su suegra y deja gravemente heridos a sus dos hijos. Se descubre que los mató mientras dormía, en un estado de “parasomnia”, y creyendo que sus familiares eran en realidad avestruces que le atacaban. De acuerdo al autor incluso “si se negase la calificación de ausencia de acción en supuestos de sonambulismo, por aceptar algún grado residual de conciencia, parece evidente que concurriría un error de tipo invencible acerca de la cualidad de humano de aquello sobre lo que se realizaba la acción”. También el siguiente caso propuesto por

b) Aquél en que la alteración psíquica produce la suposición errónea de la concurrencia de los elementos de una causa de justificación o exclusión de la culpabilidad (eximentes putativas)¹⁵.

c) Aquél en el que la alteración psíquica provoca la suposición errónea de la concurrencia de elementos fundamentadores de la responsabilidad (tentativa irreal o tentativa inidónea, según la concepción de la tentativa que se acoja).

d) Aquél en el que alteración psíquica da lugar a un error sobre la concurrencia de situaciones justificantes o exculpantes realmente existentes (casos de falta del elemento subjetivo de justificación o de exculpación)¹⁶.

Habría sido habitual, según el autor, que en tales supuestos se sostuviera por cierto sector de la doctrina la necesidad de aplicar medidas de seguridad en caso de verificar la peligrosidad del sujeto, pero que se adujeran, al mismo tiempo, dificultades dogmáticas, e incluso legales, para tal aplicación¹⁷.

Como se podrá apreciar a continuación, uno de los principales problemas de índole sistemático que se habrían planteado es el de determinar si la concurrencia de tales circunstancias puede incidir o no, en la respuesta a si es posible hablar de comportamiento doloso. Lo anterior se debe a una razón bastante sencilla: si bien es cierto la imputabilidad implica capacidad de conocer el injusto del actuar, en aquellos casos de alteración de la percepción de la realidad, o de mera incapacidad de comprensión, podría plantearse la legítima duda de si esa "incapacidad de conocer", podría afectar en primer lugar la posibilidad de que se satisfagan ciertas exigencias provenientes del tipo subjetivo. Por lo mismo, debemos ahondar brevemente en algunos conceptos previos, esto es el del dolo y su exclusión.

Silva Sánchez (2014), p. 10: "...un sujeto enajenado, víctima de una alucinación producida por su patología, cree golpear a un animal, cuando resulta que se trata de un hombre".

15 Al respecto, Molina Fernández (2008), p. 119, propone el siguiente caso: un sujeto "bajo los efectos de un medicamento contra el SIDA que estaba tomando, creyó ver a dos desconocidos escondidos en el salón de su casa, ante lo que pidió ayuda a la policía, que no pudo prestársela por no haber sido el imputado ni siquiera capaz de darles su dirección, tras lo cual, para poner una barrera entre los supuestos agresores y él, prendió fuego al sofá y luego bajó a la calle cubierto con una manta y portando un cuchillo y un desatornillador para defenderse". Es importante considerar como lo aclara el autor, que en tales casos faltaría el tipo subjetivo solo para quienes defienden la teoría de los elementos negativos del tipo o la teoría limitada de la culpabilidad.

16 Silva Sánchez (2003), p. 101.

17 Silva Sánchez (2003), p. 101.

2.1 El dolo. Contenido del dolo y su exclusión

Como ha señalado Hernández, nuestra doctrina ha entendido el dolo desde una perspectiva dual, esto es, como conocimiento y voluntad de realización del hecho típico¹⁸. Esto quiere decir, al menos, y siguiendo en esto a Kindhäuser, que un sujeto actúa dolosamente “si en atención a las circunstancias objetivas del hecho relevantes, obra con el grado de conocimiento, y dado el caso con la disposición volitiva, que requiere la definición objetiva de dolo que ha de ser aplicada¹⁹”. Tal punto de partida nos permite, además, clarificar la relación que se presenta entre lo que se conoce como tipo objetivo y tipo subjetivo, ya que, de acuerdo con este autor, tal relación no responde a elementos de un mismo orden lógico, sino que de otro orden: “los elementos del tipo subjetivo se encuentran referidos, precisamente, a los elementos del tipo objetivo”²⁰ o, en otras palabras, “al tipo objetivo pertenece el acontecer que se le reprocha al autor”, lo que corresponde, a su vez, al contenido de la imputación subjetiva compuesto, en definitiva, por los conocimientos del autor como fundamento y el límite de la imputación —dolo e imprudencia—²¹.

Como es bien sabido, nuestra doctrina suele diferenciar diversas formas de dolo, atendiendo a si junto a los elementos cognitivos priman elementos volitivos, como en el dolo directo de primer grado el que es conocido como “intención”, en contraposición a lo que se conoce como dolo eventual, construido principalmente sobre la base de puros elementos cognitivos²². Con todo, es importante considerar que se ha puesto en duda la posibilidad de equiparar el elemento volitivo al cognitivo. Así, por ejemplo, para Hruschka entre ambos existiría una relación de dependencia de acuerdo con la cual “siempre que un autor lleva

18 Hernández, 2011, p.53. De acuerdo a lo señalado por el autor, si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico-penal no define “dolo”, la exigencia de ambos elementos se desprendería de varios pasajes de la ley. Así, en primer lugar, el elemento cognitivo se refleja en la regla de la oración final del inciso tercero del Art. 1º, ya que para los casos conocidos como de error in personam (mal del delito recae sobre persona distinta de la que se pretendía ofender) “no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad. Al respecto, entre otros, Garrido Montt (2003), p. 75; Cury (2005), p. 303; Politoff/Matus/Ramírez (2004), p. 255; Cousiño (1975), p. 543 y ss.

19 Kindhäuser (2008), p. 5.

20 Kindhäuser (2008), p. 5.

21 Kindhäuser (2006), p. 65. Entre nosotros, Garrido Montt (2003), p. 74, señala que “la parte subjetiva del tipo coincide con la fase subjetiva de la acción, si bien sólo en cuanto interesa al tipo penal, a la descripción legal”.

22 Entre otros, Cury (2005), p. 316 y ss.; Garrido Montt (2003), p. 78 y ss.; Politoff/Matus/Ramírez (2004), p. 275 y ss.

a cabo una determinada conducta, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión”²³. Con independencia de lo anterior lo que no puede ser puesto en duda es que lo que es común a toda forma de dolo, es decir, aquello que constituye su contenido mínimo, es su componente cognitivo. Como indica recientemente Sánchez Málaga, “el dolo debe implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal, con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción”²⁴.

El análisis de este contenido mínimo del dolo resulta fundamental para el objeto del presente informe, en la medida que lo que interesa es determinar las condiciones bajo las cuales un sujeto habría actuado desconociendo que su comportamiento realiza los elementos de un tipo de delito. Por tal razón, debemos ahondar brevemente en el alcance del conocimiento propio del dolo.

Según una aproximación que ya resulta minoritaria en nuestro país, el dolo podría ser entendido como conocimiento de realización de un delito, lo que supondría también la consciencia de la antijuridicidad o carácter prohibido de ese hecho²⁵. Así, por ejemplo, entre nosotros, Etcheberry, para quien “dolo es el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo, acompañado de la conciencia de su antijuridicidad y la intención o aceptación de su posible resultado”²⁶.

Como indica Luzón Peña, el dolo se concebía como dolo subjetivamente malo (*dolus malus*) y, por ello, resultaba coherente su ubicación dentro de la culpabilidad “como grado superior o forma más grave, pues para la plena culpabilidad (individual) es preciso el conocimiento de la prohibición o antijuridicidad por parte del sujeto²⁷”. En este sentido, es importante considerar que el dolo era entendido, para la teoría clásica del delito, como una forma de culpabilidad, que se entendía como una reunión de todos

23 Hruschka (2005), p. 148.

24 Sánchez Málaga (2016), p. 63.

25 En relación a lo que entiende como “concepto tradicional” de dolo, o dolo malo, ver Luzón-Peña (2016), p. 386.

26 Etcheberry (1998), p. 292; para Novoa (2005), p. 465, el dolo es un elemento de la teoría del delito que debe examinarse en la esfera de la culpabilidad: “Esto es así porque el dolo, al igual que la culpa, es una de las especies de culpabilidad que permiten fundamentar el reproche jurídico subjetivo”

27 Luzón Peña (2016), p. 386.

los requisitos subjetivos del delito y se caracterizaba, de acuerdo a Luzón Peña, por constituir un concepto meramente descriptivo “concretamente como comprobación de un nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho. Lo característico del dolo sería que el nexo psíquico “que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado)”²⁸.

No obstante, en la actualidad se considera como mayoritaria, al menos en la doctrina, aquella concepción que ubica el dolo en el injusto, lo que se explica por diversas razones²⁹. Así, por motivos que conciernen a la propia categoría de la culpabilidad y que se explican por el proceso de normativización de la misma, ya que se ha ido abandonando la división objetivo-subjetiva del delito característica del concepto causalista del delito y que justificaba la consideración del dolo y la imprudencia como expresión de “puras relaciones psicológicas hacia un injusto definido en términos objetivos”³⁰. Por otra parte, con la primacía del concepto personal de injusto no parece correcta la consideración de este elemento del delito sin consideración a las posibilidades de evitación del menoscabo de bienes jurídicos. De acuerdo a Kindhäuser, “ya el juicio de antijuridicidad, el cual antecede a la imputación de culpabilidad, no podrá más que referirse a aquellas formas de comportamiento que pueden y deben ser evitadas (tratándose de prohibiciones) o ejecutadas (tratándose de mandatos) para evitar el menoscabo de un bien jurídico”³¹. Por lo tanto, se entiende que no pueda ser, a su vez, considerado como jurídico penalmente relevante aquellas afectaciones a bienes jurídicos, que “no son evitables a través del seguimiento de una norma”³².

Una de las principales consecuencias de tal diferenciación es el abandono de la concepción del dolo malo, y la reducción del conocimiento del dolo entendido como dolo natural. Por tanto, vinculado exclusivamente a los elementos objetivos del tipo penal, sin necesidad de ahondar en el problema

28 Luzón Peña (2016), p. 219.

29 Ver, en forma breve, Frister (2011), para quien la respuesta al problema de si “también el dolo y la imprudencia forman parte ya de los elementos que fundamentan el ilícito, y, entonces, integran el tipo, o si son relevantes recién para la reprochabilidad personal, va a depender de si “se define el ilícito penal sólo como un acontecer objetivo que contradice la ley penal respectiva o como, al menos también, una formación de voluntad, por parte del autor, no adecuada a esa ley”, p. 151

30 Sánchez Málaga (2016), p. 63.

31 Kindhäuser (2008), p. 7.

32 Kindhäuser (2008), p. 7.

del conocimiento de la antijuridicidad, el que se transforma en un asunto que atañe a la categoría de la culpabilidad.

Así las cosas, parece más fácil abordar el contenido cognitivo del dolo. Como indica Hernández, existiría acuerdo en cuanto a que el dolo “requiere que el sujeto advierta en su conducta y en las circunstancias en que ésta se desarrolla todas las notas que son relevantes desde el punto de vista del tipo penal”³³. Con todo, tal aseveración puede ser evidentemente problematizada en la medida que dependiendo del alcance que se le asigne a la categoría de la tipicidad también variará el contenido del tipo subjetivo. De acuerdo a Luzón Peña, no existiría acuerdo respecto al contenido de la categoría “elementos objetivos del tipo”, ya que, por una parte, se puede entender exclusivamente referida al tipo indiciario —o conocido como tipo positivo o estricto— o, por la otra, junto a lo anterior al conocimiento de la ausencia de los elementos objetivos de las causas de justificación³⁴. Este problema resulta relevante, sobre todo, para efectos de delimitar la exclusión del dolo por casos de error.

Una vez que se ha descrito algunos aspectos centrales relativos a lo que se ha entendido por dolo, se debe abordar el problema de las consecuencias asociadas a la constatación de que el sujeto ha obrado desconociendo que su comportamiento realizaba los elementos objetivos de un tipo penal³⁵. Este paso sería del todo relevante para la configuración del injusto en un sistema de injusto personal, ya que, la ausencia de tal conocimiento implica la ausencia del dolo y, por ende, que no se satisfagan las exigencias asociadas a la tipicidad subjetiva, salvo en ciertos casos en que subsistiría la opción de imputar subjetivamente a título de imprudencia. Así, nuestra doctrina y jurisprudencia reconoce que la ausencia de conocimiento, es decir, el error sobre cualquier elemento del tipo, excluye el dolo, sea evitable o no tal desconocimiento por parte del autor³⁶.

33 Hernández (2011), p. 54: “En síntesis, el dolo requiere que el sujeto advierta que está matando a su hijo, que se está apropiando de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, que está accediendo carnalmente a una persona menor de 14 años, que está destruyendo una cosa ajena, etc.”.

34 Luzón Peña (2016), pp. 386 y ss.

35 Como señala acertadamente Fakhouri Gómez (2009), p. 5: “Dolo y error constituyen las dos caras de una misma moneda. Por este motivo, la decisión acerca del error que excluye el dolo y del error que lo deja intacto se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de dolo que se maneje”.

36 Por todos, Cury (2005), p. 309 y ss.

La clase de desconocimiento que interesa para la configuración del tipo subjetivo es aquella que, en definitiva, versa sobre el objeto de la valoración, esto es, la conducta del sujeto en sus circunstancias concretas, y no el desconocimiento del carácter antijurídico de tal conducta, conocido como error de prohibición, que consiste en un error acerca de la valoración del objeto —la misma conducta— y que en la actualidad se suele abordar como un asunto propio de la culpabilidad. Así, si el agente desconoce que está manteniendo relaciones sexuales consentidas con menor de 14 años, por creer, en forma evitable o inevitable, que el otro tiene 18 años, no actúa con dolo en la medida en que yerra acerca del objeto que se valora como antijurídico, cree estar realizando una conducta diversa de aquella desvalorada. Desconoce que su conducta realiza los elementos del tipo penal del art. 362 del Código penal chileno. Por el contrario, si sabe que la menor aún no cumple 14 pero cree que tal conducta no se encuentra prohibida, desconocería la valoración del objeto, esto es, su carácter de antijurídico.

Este punto resulta fundamental para el objeto del presente informe, en la medida que, como se podrá apreciar a continuación, una de las alternativas que se ha planteado por alguna doctrina sería que en ciertos supuestos de sujetos que padecen determinados trastornos mentales —usualmente analizados a propósito de la culpabilidad— se tendría que asumir que el sujeto no estaba en condiciones —en razón del trastorno en particular— de conocer que su comportamiento realizaba los elementos de un tipo.

2.2 ¿Ausencia de dolo en casos de error psíquicamente condicionados?

Excluir el dolo en tales casos no es irrelevante desde el punto de vista de las consecuencias prácticas, ya que dependiendo el lugar que se le asigne y su rol en la configuración del injusto, incluso se podría llegar a la conclusión de que se está en presencia de un comportamiento que no contraviene al ordenamiento jurídico. Molina Fernández, entre otros, ha señalado que lo anterior es de suma importancia, en la medida que tal conclusión traería efectos asociados a las posibilidades de defensa —por parte del tercero afectado por el ataque del agente que actúa en tal situa-

ción de desconocimiento—³⁷, o incluso en la posibilidad de dictar medidas de seguridad si se entiende que las mismas solo pueden ser aplicadas en caso de que se constate en forma previa un hecho típico y antijurídico y se interprete tal exigencia en forma equivalente al “injusto personal” y, al mismo tiempo, como podremos apreciar, se considere que la configuración del tal injusto supone acreditar —en el sentido de demostrar— que el sujeto actuó efectivamente con dolo como un problema psíquicamente o psicológicamente constatable. Por ejemplo, a través, de indicios que permitan extraer de su comportamiento externo que conocía la realización de determinada conducta y no otra.

Piénsese en el siguiente caso: Un sujeto, que padece una esquizofrenia con alucinaciones acústicas ingresa a una multitienda y toma un bien mueble ajeno creyendo —producto de esta clase de alucinaciones— que era suya debido a que se la habían regalado los dueños de la tienda, quienes le habían informado de tal situación por los parlantes del establecimiento³⁸. En este sentido, Joshi cuestiona la práctica de los tribunales que aplican una medida de seguridad sin verificar, previamente, si concurren los elementos del injusto, ya que se remitirían exclusivamente, a centrarse en la eventual exclusión de responsabilidad por inimputabilidad. En el fondo, la autora cuestiona, para este grupo de supuestos, que no se ponga en duda la presencia de un comportamiento doloso debido

37 Molina Fernández (2008), p. 123: “Como en los casos examinados no concurre un hecho antijurídico, falta un presupuesto esencial de aplicación de las medidas de seguridad (podríamos añadir: ni cae defenderse legítimamente contra ese hecho, y es posible participar en él sin ser punido) y ello contrasta con la percepción intuitiva de que en estos casos las medidas deben imponerse (si hay peligrosidad) y con el hecho real de que los tribunales efectivamente las imponen...”

38 Así, por ejemplo, se podría distinguir de otro grupo de casos diversos, en donde el trastorno mental puede llevar a una persona, con alucinaciones, a matar a un sujeto viendo en él el rostro de su enemigo. O frente a los casos en que un sujeto mata a los hijos de su enemigo debido a que en un delirio cree que es la única forma de evitar la llegada del anticristo a vivir entre los hombres. Es evidente que en estos dos supuestos quien mata sabe que está matando a otro. Al respecto, ver ejemplos propuestos por Morse; Hoffman (2007), p. 1089-1090. En Chile, se puede considerar los siguientes casos: Causa RIT N° 261-2017, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua: El día 11 de abril de 2016 en horas de la noche, el imputado Oscar Felipe Díaz Sepúlveda se encontraba junto a su padre en el domicilio de este último, el agresor entro al dormitorio del padre, donde se encontraba durmiendo, procediendo a agredirlo con un arma blanca sin provocación alguna. La víctima intentó huir, saliendo por la ventana de su dormitorio en dirección al patio posterior del inmueble, pidiendo auxilio, sin embargo el imputado lo retuvo, continuando con las agresiones con el cuchillo, para luego tomar un serrucho, cortando la región cervical hasta lograr la decapitación completa de la víctima. Luego el imputado arrastró a la víctima hacia el patio posterior donde dejó su cuerpo junto a su cabeza. Al imputado lo afecta una esquizofrenia paranoide, que le producen delirios de persecución, creyendo que todo el mundo lo persigue y le quiere hacer daño, escucha voces y presenta alucinaciones, que en el momento del suceso estaban presentes indicándole “mátalo, mátalo”.

a la concurrencia de un error de tipo invencible por desconocimiento inevitable de la ajenidad de la cosa³⁹.

Tal cuestionamiento se basa en el hecho de que en el caso planteado se trata de un supuesto en los que el agente “como consecuencia de su enfermedad o trastorno psíquico... ve menguada su capacidad de percepción de la realidad, o desconoce leyes causales del actuar humano, o criterios de significación social, de modo que, en definitiva, ignora el contenido último de lo que hace...”⁴⁰. Por lo mismo, podría parecer razonable su actuación en error de tipo, debido a que no está en condiciones de conocer la ajenidad de la cosa⁴¹. Ahora, debido a que el objeto del informe dice relación con detectar exclusivamente la incidencia de la constatación de tales alteraciones en la configuración del tipo subjetivo, específicamente en lo que atañe a la atribución de dolo, nos remitiremos exclusivamente a los supuestos que sean relevantes desde esta perspectiva y sus consecuencias para la imposición de medidas de seguridad⁴².

Según lo señalado por Joshi, el problema que se podría presentar acá es que, frente al mismo caso, un sujeto que no padezca tal alteración quedaría impune (en caso de errar sobre tal circunstancia) mientras que al inimpunable, habiendo “incurrido en el mismo error”, se le aplicaría una medida de seguridad⁴³. Por tal razón, propone distinguir una serie de situaciones

39 Así, también en Latinoamérica, cierta doctrina habla derechamente de “error de tipo por incapacidad psíquica”. Zaffaroni; Alagia; Slokar (2002), p. 535: “el agente puede incurrir en errores de tipo por incapacidad psíquica permanente o transitoria: quien por alteración morbosa de las facultades o por insuficiencia de éstas... no tiene, en el momento de la acción, la capacidad de conocer o de actualizar los elementos conscientes necesarios para configurar la finalidad realizadora del tipo, no obra con dolo. No se trata aquí sólo de supuestos de autismo esquizofrénico y alteraciones de la sesopercepción (ilusiones y alucinaciones) que impidan reconocer los elementos objetivos del tipo (quien percibe animales y son personas) sino también: (a) los oligofrénicos que no pueden comprender ciertos conceptos abstractos, como la ajenidad de la cosa; (b) los niños pequeños, respecto de los cuales es difícil pretender que conceptúen como cosa algunos objetos; (c) las personas que obran bajo los efectos del miedo grave (pánico) que les perturba la sesopercepción o la actualización de algunos conocimientos; (d) las personas que por efecto del cansancio y la falta de sueño sufren alteraciones de la sesopercepción”. Señalan, a su vez, que esta forma de ausencia de dolo no habría sido suficientemente estudiada por la doctrina.

40 Silva Sánchez (2003), pp. 103-104.

41 Silva Sánchez (2014), p. 10, plantea este autor que el verdadero problema se plantea cuando “la anomalía psíquica excluye el dolo natural típico”.

42 Para Silva Sánchez (2014), p. 10, “parecen menos problemáticos los casos en los que el error del enfermo mental deja subsistente el injusto personal de la doctrina dominante... Así, por ejemplo, los errores sobre los presupuestos de las causas de justificación, los errores de prohibición directos o los errores sobre los presupuestos de las causas de exculpación”.

43 Joshi Jubert (1989), p. 127.

para evitar así arribar a resultados que califica como poco satisfactorios. En primer lugar, señala que se podría dar el caso de que un inimputable o un sujeto con imputabilidad disminuida termine llevando a cabo una conducta de la cual no se pueda predicar su antijuridicidad —sea por ausencia de acción, por concurrir un error de tipo invencible o por la “presencia de una causa de justificación”⁴⁴—, pero en donde, en los mismos casos, un “espectador objetivo” se hubiera comportado del mismo modo. —Así, por ejemplo, si A, que es un “enfermo mental”, confunde a B con un jabalí, dispara y lo mata, pero un “espectador objetivo” hubiera cometido el mismo error —utilizando un pronóstico ex ante—. En tales supuestos, como propone la autora, no se podría aplicar una medida de seguridad⁴⁵.

Un segundo grupo de casos, estaría dado por situaciones en que la inimputabilidad del autor sea precisamente la que condicione el desconocimiento de la situación y, por tanto, a diferencia del primer grupo de supuestos, un espectador objetivo, puesto en la posición del agente —solo en un sentido externo y sin considerar su individualidad, esto es, como señala la autora “lo conocimientos objetivables del autor”—, hubiera estado en condiciones de conocer que realizaba los elementos objetivos de un tipo penal⁴⁶. Para graficar esta situación coloca el siguiente ejemplo: “A, que debido a una enfermedad mental cree que todos los abrigos de piel que se encuentra son regalos de Dios, y que, por tanto, está legitimado a tomarlos”. Sostiene que en este caso no puede ponerse en duda la “presencia de un error de tipo, que pudiera ser incluso invencible —error sobre la ajenidad de las cosas—⁴⁷”.

44 Joshi Jubert (1989), p. 128, en estricto rigor se refiere a los casos en que el autor yerra acerca de la concurrencia de un presupuesto objetivo de una causa de justificación como queda en evidencia si se observa el ejemplo propuesto: A, sujeto inimputable, dispara contra B, porque cree erróneamente que B le iba a atacar”.

45 Joshi Jubert (1989), p. 129. Las razones que impedirían la imposición de la medida de seguridad, según esta postura, serían en primer lugar, que se transgrediría el principio de legalidad y luego, de que se confundirían plenamente las medidas pre delictuales de las post delictuales.

46 Joshi Jubert (1989), p. 131.

47 Como señala Silva Sánchez (2014), p. 10, sería justamente para estos supuestos (error psíquicamente condicionado) en donde la doctrina dominante defiende la imposición de medidas de seguridad si concurre, además, peligrosidad. Ver, también, Militello (1999), p. 404.

Sostiene, además, que, en tal grupo de casos, y a diferencia del anterior, un espectador objetivo habría estado en condiciones de conocer la ajenidad de la cosa, por lo que el error se trata de uno psíquicamente condicionado⁴⁸. Junto con lo anterior señala que en este caso es evidente que se trata de un sujeto peligroso, por lo que, desde una perspectiva político criminal, parece adecuado aplicar una medida terapéutica: “En efecto, un sujeto que, debido a su enfermedad mental, incurre sistemática y repetidamente en un error de tipo cuando se dan ciertas circunstancias (exteriores o interiores) puede ser un sujeto «peligroso»”⁴⁹.

Resulta evidente que este problema solo se presenta si se asume que la ausencia de dolo trae consecuencias para la configuración del injusto⁵⁰. Por ende, si se considera que la ausencia de dolo es una cuestión que a lo más excluye la culpabilidad del sujeto, debido a que no se ha constatado la respectiva relación psicológica-interna entre el autor y el hecho en particular, lo anterior no impediría aplicar, en su caso, una medida de seguridad⁵¹.

Por el contrario, y como lo señala Joshi, quien incluya el dolo y la imprudencia en el injusto “deberá exigir su presencia como presupuesto para la aplicación de una medida...”, por lo que, en estos casos, no “será posible

48 Como bien señala Silva Sánchez (2003), p. 112, esta aproximación asume que puede distinguirse entre errores condicionados por la anomalía frente a errores que no lo estarían. Señala que por regla general “parece que se asume el criterio de que no estaría condicionado por la enfermedad aquel error en el que habría incurrido también un sujeto sano (se entiende que un sujeto sano “medio”). Con todo, señala que esta aproximación podría no ser correcta, ay que “tal vez no debiera partirse de un indeterminado sujeto “medio”, sino de si el mismo sujeto, de no sufrir la alteración o anomalía en cuestión, habría incurrido o no, dados demás factores de su personalidad, en tal error”.

49 Joshi Jubert (1989), p. 131. En relación a este argumento relativo al error condicionado por la enfermedad y su vínculo con la peligrosidad, desde una perspectiva crítica, Silva Sánchez (2003), p. 110.

50 Silva Sánchez (2003), p. 126. Ver también, Silva Sánchez (2014), p. 3, de acuerdo con el autor: “el concepto dominante de injusto es... bastante personal; pues requiere la concurrencia, entre otros, de los elementos de consciencia, voluntad y dolo natural (esto es, de acción y tipicidad subjetiva). Sin embargo, no es completamente personal; pues queda fuera de él elementos que comúnmente se consideran presupuestos de la culpabilidad (o imputación plenamente personal)” (énfasis en original).

51 Así, en considerando décimo tercero: “...se tendrá en cuenta que a través del actual procedimiento especial seguido en su contra, regulado en los artículos 455 y siguientes del Código Procesal Penal, simplemente se ha establecido la existencia de un hecho típico y antijurídico y cabe analizar la procedencia y necesidad de una medida de seguridad, más no se discute la culpabilidad, en tanto fue acreditado que el requerido obró en estado de enajenación mental, de manera que la falta de conocimiento y comprensión que alega la defensa con respecto a la prohibición vulnerada queda desplazada al ámbito de la culpabilidad que, en este pronunciamiento, precisamente no es exigible para asentar la convicción adoptada sobre la acogida del requerimiento de medidas de seguridad, dado que éstas no tienen por fundamento la culpabilidad sino la peligrosidad del hechor inimputable”.

aplicar medida de seguridad alguna al imputable que actúe en error de tipo invencible⁵²". Esta postura parte del supuesto de que la invencibilidad es un criterio que se debe determinar de acuerdo a parámetros personales del autor y no bajo criterios normativos —es decir, bajo un estándar objetivo—, ya que, "el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una experiencia subjetiva, que por tanto difiere de cada sujeto"⁵³. Presumir el dolo en el sujeto que actúa en error psíquicamente condicionado transgrediría así, el principio de culpabilidad⁵⁴. Al respecto, Molina Fernández describe una serie de posturas que, en forma similar, adhieren a la ilegitimidad de la imposición de tales medidas, ya que "si falta el dolo típico u otros elementos subjetivos del injusto no hay ninguna razón para intervenir con medidas, con independencia de cuál sea la razón que ha provocado dicha ausencia"⁵⁵.

Si bien es cierto, esta posición podría reforzar la corrección del razonamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso colocado como ejemplo, es necesario considerar algunas debilidades a la hora de esgrimir tal alegación. Lo primero que se debe tener en cuenta es que este argumento supone, en

52 Joshi Jubert (1989), p. 133. Es importante considerar que la autora arriba a tal conclusión debido a que el art. 6 a) del Código penal vigente a la época consagraba que "para determinar la vencibilidad del error de tipo hay que tener en cuenta las «circunstancias del hecho y las personales del autor»" (p. 134). En la actualidad el art. 14 n° 1, del Código Penal español señala que: "Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuere vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente". Como se puede ver, la autora parte de la siguiente premisa: para el tipo subjetivo, la normalidad o anormalidad motivacional es, precisamente, una "circunstancia personal" relevante no solo en sede de culpabilidad. Por otra parte, también se debe tomar en cuenta que las circunstancias han cambiado en relación a las exigencias para la imposición de medidas de seguridad han variado desde el tiempo de esta publicación. En su tiempo, el problema interpretativo consistía en determinar que se entiende por "hecho que la ley sancionare como delito", en cambio, en la actualidad el art. 6.1 del CP español señala: "Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito". Tal diferenciación podría ser relevante, como se podrá ver más adelante, para explicar cierta tendencia de la doctrina española a reconocer que, pese a que el sujeto no actúa con dolo para estos casos y que, por tanto, no se satisfarían las exigencias del injusto personal, igualmente se podrían aplicar medidas de seguridad para el caso de verificarse la peligrosidad.

53 Joshi Jubert (1989), p. 134.

54 Joshi Jubert (1989), p. 135. Por tal razón la autora propone una modificación legislativa con el propósito de aplicar medidas en tales supuestos donde no se configura el injusto: "Cuando no sea posible imponer una medida de seguridad prevista en el Código penal a los sujetos para los cuales aquellas están previstas, por faltar algún presupuesto del hecho antijurídico a causa de su enfermedad mental, podrá sometérselos también a tratamiento siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que, hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que en el futuro cometan hechos similares" (p. 140).

55 Molina Fernández (2008), p. 124, así, refiriéndose a la posición de Horn, para quien, de acuerdo al autor, "quien cree que la cosa que toma le ha sido regalada no comete ningún hurto tanto si dicho error procede de una enfermedad psíquica como si no". En este sentido, también da cuenta de ciertas posiciones que, en razón de la coherencia del sistema, abogan por la no imposición de medidas de seguridad penales, sin perjuicio de que en tales casos se puedan aplicar medidas civiles (p. 126).

primer lugar, que una actuación mediada por una circunstancia personal que impide conocer que se realiza los elementos de un tipo penal —como es la enajenación mental—, es ya relevante en sede de tipicidad subjetiva. Lo segundo, que supone es que la consecuencia que se extrae de lo anterior es que no se cumplirían los requisitos para aplicar una medida de seguridad, ya que, para la misma, se exige la presencia de un hecho típico y antijurídico, entendiéndose acá tal requisito en forma equivalente a “injusto personal”.

Por lo mismo, una primera respuesta frente a la pretensión de no imponer medidas de seguridad luego de la verificación de tales circunstancias personales que impiden conocer la significación de la conducta, es la de negar su incidencia en sede de injusto, debido a que éstas serían un problema propio de la culpabilidad. Silva Sánchez describe claramente tal tendencia de la siguiente forma: quienes no están dispuestos a prescindir de elementos subjetivos para la afirmación de la antijuridicidad necesaria para la aplicación de medidas de seguridad, terminan defendiendo la legitimidad de su imposición a través de argumentos bastante evasivos. Así, por ejemplo, el sostener que en sede del injusto los errores psíquicamente condicionados no deben ser considerados, pero sin dar cuenta realmente de los motivos por los cuales tal exclusión resultaría correcta. En efecto, para negar la atipicidad de tal clase de comportamientos, como ya se ha descrito, se ha recurrido, sin más, a la distinción entre errores condicionados por la anomalía o alteración psíquica y los errores no condicionados por las mismas⁵⁶, ya que solo en el caso de los segundos, “aquellos en los que también una persona normal hubiera errado, el efecto eximente se produce por la vía del error, sin esperar a la inimputabilidad, mientras que en los primeros el error sería irrelevante”⁵⁷.

El problema es que no se transparentan los diversos e incompatibles puntos de partida que están detrás de tal diferenciación entre el sujeto normal —o espectador objetivo— y el sujeto que padece de un trastorno mental que condiciona su error. Por un lado, parecen recurrir a una perspectiva psicológica para la determinación del dolo, donde lo que se requiere para tales efectos es de la acreditación de un hecho psicológico del autor y, por otra parte, acuden a un criterio atributivo de índole normativo —que es lo que

56 Molina Fernández (2008), p. 128.

57 Molina Fernández (2008), p. 128.

conocería, ex ante, un sujeto normal⁵⁸. Y, en definitiva, no se configuraría el injusto debido a que no se considera la individualidad psíquica del sujeto, más bien se excluye debido a que se recurre a un parámetro normativo, como es el de las posibilidades de conocimiento del espectador objetivo puesto en el lugar del agente y, obviamente, sin considerar su trastorno mental.

Por lo tanto, para excluir el comportamiento doloso en estos casos, bastaría, simplemente, con constatar que este espectador objetivo, puesto en la situación del agente —esto es, sus circunstancias personales externas— no estaba en condiciones de conocer y, por ende, no podría atribuírsele al mismo haber actuado con dolo. Como indica Silva Sánchez, recurrirían a criterios normativos para la satisfacción del tipo subjetivo, a pesar de “su evidente ausencia empírica”⁵⁹. Pero lo que no llegan a explicar realmente es por qué razón para la conformación del tipo subjetivo y, por ello, del injusto, se podría prescindir de consideraciones personales —de la individualidad— del sujeto y bastaría la referencia a criterios normativos como el del “sujeto normal”⁶⁰.

Por lo mismo, la respuesta al problema planteado supone dar cuenta, en forma previa, de qué se quiere decir cuando se sostiene que el autor ha obrado con dolo. Es decir, si lo que está detrás para tal aseveración es un proceso de acreditación de un hecho interno —psicológico— o más bien, un

58 De acuerdo a lo señalado por Sánchez Málaga (2016), pp. 64 y ss., se pueden adoptar diversas perspectivas para determinar el dolo. El primer lugar, la psicológica, la concibe el dolo como una realidad natural “de carácter psicológico que debe ser descubierta”, donde lo relevante es determinar qué es lo que pensaba efectivamente el agente. La otra tendencia es la perspectiva normativa, “en la que lo definitivo sea determinar cuándo imputar –atribuir– el dolo a una determinada conducta...”. Así, las cosas, para resolver cuándo el agente actúa con dolo (y no en forma imprudente, aunque esta sea consciente”, se puede recurrir a un enfoque psicológico volitivo (propio de las teorías de la voluntad, según las cuales concurriría una conducta dolosa cuando “el autor se propone ocasionar el resultado típico”. Fundamental al respecto, Ragués i Vallés (2002), p. 213, de acuerdo con el cual se debe distinguir entre una concepción psicológica, para la cual en el proceso de determinación del dolo se debe averiguar una realidad que se encuentra en la cabeza del autor, basándose para esto en vivencias subjetivas del autor al momento del hecho, fenómenos a los que se puede y debe acceder en el momento posterior del proceso.

59 Silva Sánchez (2003), p. 127.

60 Como acertadamente señala Molina Fernández (2008), p. 129, si no se dan mayores razones para defender esta postura parecería que el dolo “o los elementos subjetivos del injusto ya no serían siempre elementos necesarios de la tipicidad, sino contingentes. Podría prescindirse de ellos precisamente en aquellos casos en los que no están presentes debido a la inimputabilidad del autor”. Por lo mismo otra alternativa, criticada por el autor (p. 130), es cambiar la definición de dolo “por ejemplo aceptando que sería doloso también el comportamiento de quien desconoce los elementos objetivos del tipo, pero en una situación en la que un hombre normal, en el que no concurren circunstancias de inimputabilidad, no hubiera incurrido en dicho desconocimiento”. Para el autor tal paso significaría “destruir el núcleo básico de la imputación subjetiva”.

proceso atributivo o de imputación de conocimiento⁶¹. El punto es del todo relevante, ya que, si se parte de la base que para la afirmación del dolo se debe acreditar o constatar tal relación subjetiva efectivamente dada entre el sujeto y el suceso, resulta evidente la consecuencia para el problema planteado. Frente a la acreditación de una enajenación mental del sujeto a partir de la cual sea evidente que no estuvo en condiciones de conocer el significado de su comportamiento —por ejemplo, que la cosa que tomaba era ajena, o que a quien mataba era “otro”—, no tendría mucho sentido prescindir de tal información para luego considerarla recién en sede de culpabilidad.

En esfera procesal, lo anteriormente dicho tendría como correlato, principalmente, el problema de la “acreditación del dolo”, es decir, el de la prueba del mismo. Como de lo que se trata es de averiguar qué pasaba en la mente del autor al momento de la comisión del hecho en particular, el desafío que se ha tratado de resolver es el de los “datos externos” o del contexto que permitirían concluir que el agente ha actuado con dolo⁶². Al respecto, Ragués i Vallés ha señalado que esta tendencia ha recurrido, principalmente, a la prueba indiciaria para la determinación de la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asentaría el dolo⁶³.

Así, por ejemplo, en forma bastante expresa se ha pronunciado la Excelentísima Corte Suprema:

61 Ver, al respecto, Sotomayor Acosta (2016), pp. 694 y ss.

62 Ver, especialmente, Paredes Castañón (2001), pp. 72 y ss., quien críticamente concluye que “en el estado actual de las ciencias de la conducta, no es posible cumplir con todos los requisitos en materia probatoria” mínimos para respetar el nivel de garantías que resalta deseable.

63 Ragués i Vallés (2002), p. 257. El autor, señala eso sí, que tal proceder requiere del cumplimiento de ciertas condiciones: “sólo puede garantizarse que la conclusión obtenida mediante la práctica de la prueba de indicio vaya a coincidir con la realidad efectivamente acaecida si se respetan dos condiciones irrenunciables: en primer lugar, debe contarse con una regla de experiencia de vigencia incontrovertida que explicita bajo qué condiciones es segura la existencia de un determinado grado de conocimiento en una persona; en segundo lugar, los hechos previamente probados que, a modo de premisa menor, se vinculen a dicha regla de experiencia, no pueden suscitar ningún género de dudas en cuanto a su plena coincidencia con la realidad. En los dos últimos subapartados se ha puesto en evidencia que tales condiciones sólo pueden cumplirse en muy escaso número de supuestos.” Ver, desde una perspectiva crítica, Hruschka (2005), p. 150, de acuerdo con el cual este método para probar el dolo es conocido como “*dolus ex re*”, entendido como “aquel dolo delictivo que, sin que el delincuente mismo lo reconozca y sin que sea necesaria una confesión, ya puede deducirse de forma segura a partir de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta”. A partir de lo anterior se entiende, entonces que el dolo sea “conocimiento que se atribuye”, así, Mañalich Raffo, J.P. (2004), p. 405. Ver, desde la perspectiva de la imputación de conocimiento, también, Van Weezel (2008), p. 22.

“...que si bien la prueba del dolo es una de las cuestiones más problemáticas en la sede procesal penal, la determinación acerca de su concurrencia ha de basarse en precisas circunstancias – anteriores, coetáneas y posteriores al hecho, de todo orden- que demuestren al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del agente, toda vez que, como todo lo que se guarda en lo más profundo de la psiquis del individuo, sólo puede probarse por una serie de datos que manifiesten la intención requerida. Por consiguiente, el dolo, elemento subjetivo necesario para imponer una sanción penal, solamente puede conocerse y fijarse por un proceso de inducción. Estos juicios de inferencia -como actualmente se prefiere denominarlos- permiten al tribunal, mediante una operación lógica, deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que en un principio permanece reservado en vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho, de modo que para su averiguación, se requiere de una inferencia a partir de los datos exteriores. La falta de prueba directa acerca de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, lleva a la denominada prueba de indicios, para, a través de ciertos datos exteriores completamente acreditados, inferir la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate. En definitiva, salvo espontáneo reconocimiento, el dolo ha de inducirse, lícita y racionalmente, de cuantas circunstancias giran alrededor -antes, durante y después de la conducta enjuiciada”⁶⁴.

Así las cosas, no cabría más que concluir que en tales casos parece indiscutible que ciertos estados mentales debieran ser considerados por el tribunal a la hora de determinar si el sujeto actúa o no en forma dolosa, en la medida que corresponde a datos del contexto que, si bien pertenecen a la individualidad del autor, no se ve por qué razón —al menos si se sigue esta tendencia— debieran omitirse a la hora de determinar si el sujeto actúa o no con conocimiento del significado de su conducta y no, por el contrario, en

64 SCS, 22 de abril de 2013, Rol: 1179 – 2013, Considerando 21, contra Nahuelqueo Nahuelqueo, Héctor y otro. MicroJuris Online, Cita: MJJ34930. Así, también SCS, 12 de agosto de 2008, Rol: 1933-2007, considerando 39, SCS de 13 de abril de 2009, Rol: 6257 – 2007, considerando 15°; SCS, 26 de enero de 2009, Rol: 5898-2008, considerando 46°.

error de tipo. Que acá el error se presente condicionado por una anomalía psíquica en nada influye para arribar a la conclusión que debiera interesar: la constatación de actuación bajo la ausencia de conocimiento típicamente relevante.

Con todo, esto no supone necesariamente asumir que de lo que se trata en el tipo subjetivo es de acreditar tal conocimiento por parte del autor como si fuera un proceso de verificación de una relación psicológica del autor con el hecho. Actualmente, tal punto de partida ha sido fuertemente criticado por parte un sector de la doctrina, ya que supondría que la proposición “por la que se califica una conducta como dolosa” sería más bien descriptiva⁶⁵, es decir, y de acuerdo con Hruschka, supone que el “dolo” es un hecho⁶⁶. Por el contrario, señala que el dolo no puede ser tratado como un hecho, ni siquiera como un hecho interno, y que lo que “realmente subyace a la afirmación de que un sujeto ha actuado dolosamente...” no es una constatación o acreditación, sino que más bien surge de un proceso de imputación⁶⁷. Esto quiere decir que se debiera negar que el proceso de conformación del tipo subjetivo suponga la constatación efectiva, al menos como lo propone la perspectiva psicológica ya descrita, de una relación psicológica entre el autor y el hecho⁶⁸. Más bien, tal sector de la doctrina —que ya cuenta con exponentes en nuestro país— considera que para tales efectos se recurre más bien de un proceso de imputación⁶⁹, es decir, se trataría de un “juicio adscriptivo⁷⁰”.

65 Paredes Castañón; Díaz y García Conlledo; De Vicente Remesal (2001), p. 339.

66 Hruschka, (2005), p. 154, de acuerdo al autor se debe “abandonar el presupuesto según el cual el dolo o sus «componentes» son hechos relevantes para la decisión o, incluso, hechos en los que concurre un elemento legal del hecho punible”.

67 Hruschka, (2005), p. 155,

68 García Cavero (2012), p. 493, sostiene que “tampoco se trata de deducir de los datos externos la interioridad de la persona. Esta comprensión disfraza la realidad del procedimiento de determinación del conocimiento del que el autor dispone, pues no se verifica ningún conocimiento psicológico, sino que el conocimiento necesario para el dolo se imputa al autor con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho penal”.

69 Expone tal realidad Hernández (2011), p. 79: “Desde otra perspectiva y más allá del aspecto estrictamente probatorio (La aceptación de que el dolo solo se puede inferir de las circunstancias objetivas del hecho), se va aceptando de modo creciente que el dolo, más que un fenómeno psíquico a comprobar empíricamente es una atribución, un conocimiento y una voluntad que se atribuyen, es decir, un concepto adscriptivo y no descriptivo”.

70 Hruschka, (2005), p. 155. En Chile, ver Mañalich Raffo, J.P. (2004), p. 405.

De acuerdo a Ragués i Vallés, la denominación genérica de “concepción normativa del dolo” se encontraría integrada por los autores que niegan la posibilidad de entender que la afirmación del dolo dependa de la averiguación de una determinada realidad psicológica y agregan que cuando el juez afirma que “alguien ha conocido algo” lo que hace es atribuir ese conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de la subjetividad en el momento de la realización del hecho típico⁷¹. Como resulta evidente, esta aproximación supone necesariamente dar cuenta de los parámetros normativos —es decir, los criterios— a los cuales se recurre para atribuir el dolo y que lo anterior no resulte en un juicio arbitrario⁷².

Al respecto, lo primero que llama la atención es que parece no existir acuerdo en lo que se refiere a si para efectos de llevar a cabo tal proceso de atribución se deben tomar o no en cuenta las circunstancias personales objeto de este informe y en qué medida⁷³. Así, por ejemplo, para Ragués i Vallés, en el ámbito de la atribución del dolo no se operaría ni con un modelo puramente objetivo —como el del hombre medio propio de la imputación objetiva— ni con uno que tuviera en cuenta al acusado “individualmente considerado, con “todas sus anomalías y limitaciones personales” —como en la culpabilidad—, sino que se recurriría a un tercer modelo resultante de contextualizar al hombre medio en el escenario del concreto acusado, añadiéndole buena parte de sus características personales, pero sin tener en cuenta todavía determinados factores de su individualidad, como, por ejemplo, las enfermedades psíquicas

71 Ragués i Vallés (2002), p. 191.

72 Así, Hruschka (2005), p. 155. Como señala Ragués i Vallés (2002), p. 191, la dificultad de esta postura radica en la legitimidad: debe legitimar la utilización de criterios de imputación subjetiva que de modo paradójico renuncian explícitamente a la auténtica subjetividad del autor y además deben aportar una caracterización plausible de esos criterios. Señala García Caveró (2012), p. 494 que el conocimiento del dolo “pasa a convertirse en una imputación con base en criterios normativos”.

73 Es importante considerar que este problema se debe, a nuestro entender, a que por lo general la discusión relativa a si el dolo se acredita o se atribuye, en los términos ya descritos, se lleva a cabo a propósito de la importante distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente y no necesariamente con el propósito de resolver el problema que se analiza en el presente informe. Es este sentido se debe reconocer que no todas las reflexiones efectuadas relativas a la distinción entre dolo eventual y culpa consciente en el marco de las teorías normativas dan cuenta del problema del lugar que le podría caber a la individualidad del sujeto (incluyendo ciertas enajenaciones mentales) para la conformación del tipo subjetivo. Esto queda claro si se tiene en cuenta lo señalado por García Caveró (2012), p. 486: “para poder dar contenido dogmático al dolo y a la culpa de manera que puedan diferenciarse adecuadamente, es necesario poner la mirada previamente en el criterio normativo que informa la imputación subjetiva”.

que pueda padecer...”⁷⁴. De acuerdo al autor, entonces, en el ámbito de la prueba de los elementos subjetivos —o más bien, de su atribución—, no se pretendería una “plena subjetivización del acusado”, sino que se tomarían en cuenta aquellas circunstancias personales externas que permitirían acudir a lo que uno —quien efectúa el juicio adscriptivo— “habría pensado, visto, sentido o creído en esta situación concreta”⁷⁵.

En cambio, y solo a modo de ejemplo, para Paredes Castañón, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, el dolo también debiera ser entendido como atribución sentido y, para tales efectos, no sería necesario “verificar empíricamente la existencia de dichos conocimientos, sino que bastaría con comprobar que el sujeto se encontraba de hecho en una situación, tanto personal como circunstancial, en la que, conforme a las «leyes de la experiencia», había de tenerlos”⁷⁶. Parecería entenderse, de esta forma, que en el juicio adscriptivo se debiera tener en cuenta la realidad individual del autor, si es que se constata que debido a ésta no parece adecuado atribuirle una situación de anormalidad relativa a su capacidad cognoscitiva.

Por su parte, García Cavero, que también asume una perspectiva normativa de la determinación del dolo, sostiene que los criterios de atribución del conocimiento se asientan en la idea del rol y la persona del autor. Esto es, “para determinar el conocimiento del autor debe partirse de las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular”. Con todo, reconoce que para afirmar el dolo no bastaría constatar la “existencia de tales competencias de conocimiento”, ya que también es necesario “que el autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales, pues de otra manera la imputación personal no estará personalizada”⁷⁷.

74 Ragués i Vallés (2004), p. 21.

75 Ragués i Vallés (2002), p. 22, n. 29, refiriéndose a la posición manifestada por Volk.

76 Paredes Castañón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal (2001), p. 340.

77 García Cavero (2012), p. 494. Sostiene, además, que para fundar la imputación de conocimiento no basta recurrir a las competencias de conocimientos derivadas de un rol atribuido a la persona (así, por ejemplo, para el caso del rol general de ciudadano, la determinación de lo que autor conoció sensorialmente tiene como base la figura de una persona responsable con las capacidades normales de percepción), ya que se requiere, en todo caso, constatar que el autor en sus concretas condiciones personales debía conocer esos aspectos (p. 495).

Como se puede observar, las consecuencias de adherir a una u otra alternativa serían sumamente diversas debido a lo disímiles que resultan los criterios atributivos o parámetros desde los cuales se debiera imputar a un sujeto que ha actuado con conocimiento. La diferencia se torna evidente si, por ejemplo, se recurre a un parámetro generalizador —como el de un hombre medio empírico— y, por tanto, no se consideran las circunstancias personales del agente, o a criterios individualizadores pero que, en definitiva, indican que tal imputación supone tomar en cuenta las circunstancias personales del sujeto. A su vez, también se podrían distinguir, dentro de esta última tendencia, diversas consecuencias si se considera que no se debe tomar en consideración la individualidad o constitución psíquica del autor, ya que tales cuestiones corresponden a la categoría de la culpabilidad a si se admite que las mismas ya debieran ser relevantes en sede de tipicidad subjetiva.

Lo anterior permitiría encontrar fuertes puntos de apoyo a la decisión de los tribunales a la hora de no atribuir un comportamiento doloso a ciertos autores que incurran en un error de tipo psíquicamente condicionado, especialmente si se defiende un concepto de injusto personal que no pueda constituirse en caso de situaciones en que no se cumplan las exigencias emanadas de la evitabilidad individual como categoría central de la imputación subjetiva⁷⁸. Obviamente, el desafío que se presenta es identificar aquellos casos en que efectivamente se pueda sostener sin dudas que el autor no estaba en condiciones personales de alcanzar los conocimientos exigidos por el respectivo tipo subjetivo⁷⁹.

No obstante y como ya se advirtió, un problema distinto es asumir que, en tales casos, en que no se satisfagan los requisitos del injusto personal y que, por ende, no se pueda aplicar una pena debido a que el comportamiento en particular no contraviene el ordenamiento jurídico, se desprenda, además, que no puede aplicarse una medida de seguridad.

78 García Cavero (2012), p. 486.

79 En el fondo, la respuesta al primero de los problemas planteados (el de la atribución del dolo) se relaciona derechamente con el papel que se le asigne a éste en la conformación del injusto. Por lo mismo, es imposible de abordar a cabalidad en este informe. Basta con señalar que en la medida que se esté dispuesto a abogar por un injusto personal resulta complejo, al mismo tiempo, obviar o desconocer los casos en que el agente no está en condiciones (personales) de alcanzar el conocimiento exigido por el tipo penal. Sin embargo, y como se verá después, tal punto de partida presenta otros problemas relativos a las consecuencias a las que se esté dispuesto a arribar debido a la constatación de que al autor no puede atribuirse un comportamiento doloso. Especialmente relevante resulta el caso de la imposición de medidas de seguridad.

3. La imposición de medidas de seguridad pese al reconocimiento de que en estos casos no se actúa con dolo. La medida de seguridad no requeriría, como presupuesto, de un injusto personal

Por otra parte, aun entendiendo que la ausencia de dolo impide satisfacer los requisitos de la tipicidad y, por tanto, del injusto, esto no supone necesariamente que se deba negar, sin más, la procedencia de medidas de seguridad, ya que tal posibilidad también dependerá de la respuesta al problema de las condiciones que permiten dictar una medida de seguridad y, específicamente, al del significado que se le deba otorgar a la exigencia previa de un comportamiento típico y antijurídico. Es decir, aun asumiendo que en estos casos no se puede afirmar que el sujeto actúa con dolo, se podría negar que de lo anterior se derive necesariamente la conclusión a la que arriba cierto sector de la doctrina, es decir, la improcedencia de las medidas de seguridad.

Así, por ejemplo, Silva Sánchez sostiene que la anterior conclusión supone, en primer lugar, asumir que la imposición de una medida de seguridad a un inimputable requiere que “éste hubiera realizado, en el caso de un delito doloso, tanto el tipo objetivo como subjetivo”⁸⁰, lo que no se cumpliría por faltarle el aspecto subjetivo del hecho respectivo. Con todo, tal punto de partida presupondría que “la concurrencia de un hecho objetiva y subjetivamente típico y no justificado constituye el presupuesto dogmático ineludible” tanto de la imposición de la pena como de la medida de seguridad⁸¹. Pero, por lo mismo, la respuesta podría cambiar si no se parte de la premisa indicada y se pone en duda la corrección de los presupuestos de la imposición de medidas de seguridad de la que parte⁸².

80 Silva Sánchez (2003), p. 123.

81 Silva Sánchez (2003), p. 124.

82 Para Molina Fernández (2208), p. 127, esta postura “trataría de ofrecer una solución específica en la propia teoría de las medidas de seguridad, de manera que se solucionaría el problema, pero a costa de renunciar a un sistema unitario para penas y medidas”.

De lo que sí existe acuerdo es que las medidas de seguridad solo pueden imponerse con posterioridad a la comisión de un hecho antijurídico para los casos en que se verifique peligrosidad, en sentido de probabilidad de comisión de un nuevo hecho antijurídico⁸³. Lo que no parece obvio, según el mismo autor, es que el “significado de la exigencia de antijuridicidad” sea el mismo ya sea para la aplicación de la pena y para la medida de seguridad⁸⁴. Esto quiere decir que, inclusive reconociendo que en los supuestos abordados se deba negar el comportamiento doloso, se podrían aplicar medidas de seguridad si se considera que la antijuridicidad a la que se refiere el legislador, para tales efectos, presenta un “carácter puramente objetivo, en el sentido de determinarse por la lesión objetivamente típica y no justificada de un jurídico-penal, sin que concurra elemento subjetivo alguno...”⁸⁵.

Para reforzar tal postura recurre a una serie de argumentos de índole teleológicos relativos a la distinción entre la finalidad asignada a las penas y a las medidas de seguridad⁸⁶. Por tanto, para la aplicación de las medidas de seguridad debiera bastar, exclusivamente “el juicio de pasado en virtud del que se fija la conexión causal entre la enfermedad y la producción de una lesión típica y no justificada del bien jurídico-penal y el juicio de futuro (de pronóstico), según el cual cabe prever que eso pueda repetirse”⁸⁷.

Tal postura pone de relieve un primer grupo de dificultades asociadas a la alegación de que frente a ciertas situaciones de alteración mental que imposibiliten que un sujeto conozca que realiza los elementos de un tipo penal, se extraiga como consecuencia la ausencia de dolo y, luego, la imposibilidad de aplicar medidas de seguridad por no cumplirse la exigencia de configuración de un hecho típico y antijurídico. Este planteamiento parece

83 Silva Sánchez (2003), p. 126.

84 Así, por ejemplo, Silva Sánchez (2014), p. 8, sostiene que “...cada vez resulta más difícil sostener que dicho concepto dominante de injusto, esto es, el de la doctrina del injusto personal, además de constituir –una vez que se le añade el juicio de culpabilidad– el presupuesto de la imposición de la pena al autor, constituya el denominador común de la accesoriidad de la participación, la agresión que puede dar lugar a la legítima defensa, el injusto al que se refiere el conocimiento de la antijuridicidad y el que es propio del hecho desencadenante de la imposición de medidas de seguridad”.

85 Silva Sánchez (2003), pp. 126-127.

86 Silva Sánchez (2003), pp. 128, a diferencia de la pena, en el caso de las medidas de seguridad se pretende “conseguir efectos de prevención especial (de estabilización cognitiva de la norma) que, a diferencia de los propios de las penas, tienen lugar exclusivamente por la vía causal (y no expresiva) del tratamiento terapéutico o del mecanismo asegurativo”.

87 Silva Sánchez (2003), pp. 128.

razonable en la medida que parte de un presupuesto del todo correcto. La razón por la cual parece adecuada la noción de injusto personal que dice relación a la convicción de que solo puede ser considerado como un hecho injusto aquello que podría ser evitado a través del seguimiento de normas, por ende, la remisión a cierta capacidad del agente es imprescindible.

Con todo, tal exigencia que tiene todo el sentido desde la perspectiva de la imposición de una pena, no necesariamente lo tiene para la imposición de una medida de seguridad. Por otra parte, y según la postura analizada, se debiera tener en cuenta que la exigencia de la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico, desde la lógica de la imposición de las medidas de seguridad, está más bien dirigida, por una parte, a evitar la imposición de medidas pre delictuales y, por otra, a evitar aplicar medidas de seguridad para casos en que inimputables lleven a cabo una lesión típica, pero justificada del bien jurídico-penal. Como ha quedado de manifiesto, la solución de Silva Sánchez pasa por examinar profundamente la corrección de la pretensión de equivalencia del concepto de “hecho típico y antijurídico” tanto para la aplicación de una pena a la de una medida de seguridad⁸⁸.

88 Otra alternativa para resolver este eventual problema y que no puede ser abordado acá debido a que excede con creces el objeto de este informe, es la propuesta de Molina Fernández (2008), pp.140-144. Para este autor, y a diferencia de lo planteado por Silva Sánchez, no parece correcto partir de dos conceptos diversos de antijuridicidad dependiendo de si se trata de la aplicación de medidas o de penas. Para el mismo, el problema se soluciona adoptado una estructura del delito que no presente los problemas de base estructural que presentaría la postura dominante y que se compondría de dos niveles diversos. Estos son los de la “lesividad penal” y el de la “infracción culpable de una norma penal (antijuridicidad culpable) por otro” (p. 140). El primer nivel, el de la lesividad penal, sería relevante a “efectos de la actuación de terceros: justifica la imposición de medidas de seguridad; permite la defensa; impide la participación; y, normalmente, en ausencia de un sujeto culpable, obliga a reparar. El segundo, la antijuridicidad penal (culpable), es presupuesto de la pena, y entraña la infracción de una norma de conducta cuya finalidad es precisamente evitar hechos lesivos, y en la que se tienen en cuenta, no sólo la capacidad lesiva de la acción, sino todas las circunstancias de la imputación personal que condicionan la capacidad para cumplir deberes jurídicos”.

4. Conclusiones

Frente al problema planteado al comienzo de este informe, se debe concluir que, en nuestro medio, resulta razonable sostener que en determinadas situaciones en que un sujeto presenta ciertos trastornos mentales que no le permitan alcanzar el conocimiento requerido por el tipo penal, no podría atribuirse un comportamiento doloso al mismo. Como se pudo apreciar, parte de nuestra práctica judicial reconoce que el juicio de adscripción del dolo, como atribución de conocimiento, se hace tomando en cuenta las circunstancias personales del agente incluyendo en éstas, la individualidad del sujeto. Así, las cosas, pareciera que en el proceso conocido como de “imputación subjetiva” no bastaría el ponerse en lugar del autor sin considerar su capacidad para conocer el significado de su comportamiento y que éste, realiza los elementos de un tipo penal en particular.

Por lo mismo, existe respaldo para afirmar que en tal circunstancia el sujeto actuaría en error de tipo —la mayoría de las veces invencible, debido a su condición psíquica— y que, por ello, se debe excluir el dolo, por ausencia de conocimiento. La respuesta al problema planteado, en definitiva, dependerá de los criterios o parámetros normativos a los que se adhiera para el juicio de adscripción del conocimiento y, por tanto, será muy distinta si se aboga por la inclusión de criterios individualizadores a criterios que no tomen en cuenta la individualidad del autor debido a que éste sería un problema exclusivo de la categoría de la culpabilidad.

Como se señaló, este problema se presenta solo para el caso de que se adhiera a un concepto personal de injusto y no se entienda al dolo como una forma de culpabilidad. Al respecto, se señaló que la tendencia mayoritaria en nuestra doctrina es asumir este punto de partida como correcto y, por tanto, a incluir el dolo o la imprudencia en el tipo penal —como tipo subjetivo— y, por tanto, la ausencia de dolo excluye a su vez el comportamiento doloso, impidiendo que se satisfagan todos los requisitos del tipo penal. Es importante indicar que el problema del tratamiento del “error psíquicamente condicionado” no ha sido, aún, abordado por nuestra doctrina en forma acabada y que, incluso, tampoco se ha tratado en detalle el problema vinculado a la consideración de circunstancias personales —como puede ser la presencia de determinados trastornos mentales— para la imputación del dolo. Además, nuestros tribunales tienden a asumir que tales problemas son parte de la

culpabilidad, sin indicar las razones por las cuales puede prescindirse de su análisis para la conformación del injusto personal.

Por otra parte, se pudo constatar que, debido a lo anteriormente expuesto, los tribunales, frente a la acreditación de enajenación mental por parte de un sujeto, y la verificación de su peligrosidad, tienden a dictar medidas de seguridad sin cuestionarse, en forma previa, si se cumplen los requisitos impuestos por el artículo 455 del Código Procesal Penal, específicamente en lo que respecta a la tipicidad de la conducta. Más bien tienden a repetir fórmulas mecánicas de reconocimiento de que se está frente a un hecho típico y antijurídico. Sin embargo, se pudo analizar un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el cual se rechaza la imposición de una medida de seguridad asumiendo que el error en el que actúa el acusado —condicionado absolutamente por su trastorno mental— excluía el dolo y, con ello, el injusto.

Por último, se debe advertir que, frente a tal conclusión, esto es, la imposibilidad de atribuir conocimiento al autor del delito en los casos en que el trastorno mental impida al sujeto formarse el conocimiento exigido por el tipo subjetivo y, por tanto, no pueda conformarse el injusto personal, se podría optar por dos vías diversas en lo que respecta a las consecuencias de tal declaración frente a la imposición de medidas de seguridad. Por una parte, el asumir que la exigencia de constatación de un hecho típico y antijurídico del art. 455 del Código Procesal Penal debe ser interpretada en términos equivalentes para el de la imposición de una pena —por tanto, como injusto personal—, lo que impediría que los tribunales aplicaran una medida de seguridad a quien actúa bajo tales circunstancias, o la de sostener que, en realidad, se trata de un concepto de injusto diverso, meramente objetivo, como ha indicado cierta doctrina. El fundamento de tal distinción vendría dado por la diversa finalidad que se le asigna a la pena frente a la finalidad propia de las medidas de seguridad, para las cuales no tendría sentido la exigencia de constatar en forma previa el acaecimiento de un hecho entendido como un “injusto personal”, sino que bastaría, más bien, de un hecho lesivo para bienes jurídico-penalmente relevantes. Todo esto, con el propósito de evitar la imposición de medidas de seguridad predelictuales.

5. Bibliografía

Cillero, M. (2011). "Art. 10", en Hernández Basualto, H; Couso Salas, J. (Directores), Código Penal Comentado. Parte General, Santiago: Legal Publishing Chile.

Cousiño, L. (1975). Derecho penal chileno. Parte general. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cury, E. (2005). Derecho penal. Parte general. Séptima edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Etcheberry, A. (1998). Derecho penal. Parte general. Tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fakhouri Gómez, Y. (2009). "Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad -Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal", en InDret, n° 4, pp. 1- 29.

Frister, H., (2011). Derecho penal. Parte general (trad. Sancinetti, M.), Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

García Caveró, P. (2012). Derecho Penal. Parte General, Segunda edición, Lima: Jurista Editores.

Garrido Montt, M. (2003). Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Tercera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Hernández Basualto, H. (2011), "Artículo 1º", en Hernández Basualto, H; Couso Salas, J. (Directores), Código Penal Comentado. Parte General, Santiago: Legal Publishing Chile.

Hruschka, J. (2005). Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, Navarra: Thomson Aranzadi.

Joshi Ubert, U. (1989). "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, n° 1, pp. 125-140.

Kindhäuser, U. (2008). "El tipo subjetivo en la construcción del delito" (trad. Mañalich Raffo, J.P.), en InDret, n° 4, pp. 1-35.

Kindhäuser, U. (2006). "Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso" (trad. Pastor Muñoz, N.), en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LIX, pp. 63-81.

Luzón Peña, D.M. (2016). Derecho Penal. Parte general, Tercera edición, Buenos Aires: Editorial B de F.

Mañalich Raffo, J.P. (2004). "Condiciones generales de la punibilidad", en Rev. D. UAI, pp. 387-481.

Militello, V. (1999). "El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. N° 3, pp. 397-416.

Molina Fernández, F. (2008). "Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito", Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N°74 Mayo-Agosto., 113-144.

Morse, S.J.; Hoffman, M.B. (2007). "The Uneasy Entente between Legal Insanity and Mens Rea: Beyond Clark v. Arizona", en Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 97, Issue 4, pp. 1071-1150.

Novoa Monreal, E. (2005). Curso de derecho penal chileno. Parte general, Tomo I. Tercera edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Paredes Castañón, J. M. (2001). "Problemas metodológicos en la prueba del dolo". Anuario de filosofía del derecho, n° 18, pp. 67-93.

Paredes Castañón, J.M.; Díaz y García Conlledo, M.; De Vecente Remesal, J. (2001). "Argumentación y prueba en la determinación dle dolo (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos)", en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, n°8, pp. 329-353.

Politoff, S./Matus J.P./Ramírez M.C. (2004). Lecciones de Derecho penal chileno. Segunda edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ragués I Vallés, R. (2002). El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: José María Bosch Editor.

Ragués I Vallés, R. (2004). "Consideraciones sobre la prueba del dolo". Revista de Estudios de la Justicia – N° 4, 13-26.

Sánchez Málaga, A. (2016). "El dolo: ¿Fenomeno espiritual o atribución normativa?", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, 61-75.

Sánchez Málaga, A. (2017). "Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento", Tesis doctoral, Barcelona: Universitat de Barcelona.

Silva Sánchez, J. M. (2003). Normas y acciones en Derecho penal, Buenos Aires: Hammurabi.

Silva Sánchez, J.M. (2014). "¿Adios a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad", en InDret, n° 3, pp. 1-20.

Sotomayor Acosta, J. O. (2016), "Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano", en Política Criminal, Vol. 11, N° 22, pp. 675-702.

Van Weezel, A. (2008), Error y mero desconocimiento en Derecho penal, Santiago: Editorial Legal Publishing.

Zaffaroni, E.; Alagia, A.; Slokar, A. (2002), Derecho Penal Parte General, Segunda edición, Buenos Aires: Editorial Ediar.

Adolescentes, violencia y subjetividad: fundamentos psicosociales de un enjuiciamiento penal diferenciado¹

Autor: Jaime Couso²

1. Introducción

Los crímenes violentos representan un paradigma de injusto penal grave, que justifica una respuesta severa del sistema penal. Incluso los instrumentos internacionales de derechos humanos de niños y adolescentes, que demandan relegar el uso de la privación de libertad como un último recurso, admiten que ante hechos de gravedad cometidos con violencia esa medida puede estar justificada (Reglas de Beijing, Regla 17.1).

Sin embargo, los ordenamientos penales conocen diversas especies de violencia, de muy distinta gravedad, distinción que se ve paradigmáticamente reflejada en la regulación de las diversas figuras típicas del homicidio: característicamente,

¹ Este trabajo lo he podido elaborar gracias al apoyo de la Unidad de Defensa Penal Especializada de la Defensoría Penal Pública de Chile. También recoge y desarrolla una investigación iniciada hace unos años, en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1080644, "El Principio de Especialidad en el Derecho Penal y Procesal Penal de Adolescentes. Análisis Dogmático y Jurisprudencial", del que fui Investigador responsable, y que ejecuté en conjunto con Mauricio Duce. Agradezco especialmente la colaboración de Alejandro Gómez en la identificación de casos y problemas, así como el apoyo de Pablo Aranda para emprender esta investigación. Por último, también agradezco los debates, reflexiones y referencias aportadas por las y los defensores penales públicos participantes del Taller Avanzado de Defensa Penal Juvenil, celebrado en octubre de 2017.

² Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales (República 112, Santiago; jaime.couso@mail.udp.cl).

una figura básica de homicidio voluntario (o doloso) y una figura calificada de asesinato u homicidio calificado. Las penas más severas se reservan para el segundo, de modo que, tratándose de adolescentes, casi con seguridad se les sancionará con privación de libertad, normalmente por períodos cercanos al máximo permitido por la ley para condenados menores de edad.³

Al examinar en un primera mirada las diversas modalidades calificantes del homicidio, una parte importante de ellas consiste en la presencia, en el agente, de una dimensión subjetiva (móvil, finalidad o actitud) que se considera especialmente reprobable. Por su parte, en aquellas otras calificantes que consisten más bien en características objetivas del medio o modo de ejecución, la exigencia de que el agente haya conocido y querido esa circunstancia – o, incluso, de que la haya procurado o aprovechado deliberadamente – también refleja una peculiaridad en la disposición subjetiva que contribuye a calificar la específica reprobabilidad del hecho.

Esta especial dimensión subjetiva de la violencia homicida más reprobable para el ordenamiento penal también suele verse reflejada en el tratamiento penal de la violencia no homicida. Así ocurre, por ejemplo, con los preceptos que extienden las calificantes del homicidio al delito de lesiones corporales, construyendo una especie de lesiones especialmente reprobables.

Ahora bien, tratándose de adolescentes, alguna doctrina y jurisprudencia de los principales ordenamientos jurídicos ha expresado la intuición – aun no suficientemente teorizada – de que sus acciones violentas con mayor dificultad y con menor frecuencia que en el caso de los adultos vienen acompañadas de aquellos móviles, finalidades, actitudes o disposiciones subjetivas hacia la violencia que las hacen merecedoras de una especial reprobabilidad. Esa mayor dificultad se intenta comprender, en general, a partir de las explicaciones

3 En la legislación chilena, salvo en el caso improbable de que el tribunal, ante la presencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes, sin agravantes, decida rebajar la pena no sólo en uno, sino en dos grados, la sanción necesariamente incluirá un período mínimo obligatorio de 2 años de internación en régimen cerrado; pero muy probablemente alcanzará una extensión mayor, cercana a los 5 años (para menores de 16 años de edad) o a los 10 años (para los mayores de 16 años de edad). V., recientemente, por ejemplo, la sentencia dictada por la Sala 3ª del TOP de Rancagua, el 4 de enero de 2017, en causa RUC 1500970204-B, RIC 481-2016, que por un homicidio calificado impuso a un adolescente de 15 años, a quien beneficiaba una atenuante y no afectaba ninguna agravante, una sanción de 4 años de internación en régimen cerrado. Respecto de un adolescente mayor de 16 años, v. la V., también la sentencia del TOP de Valdivia, RIT 145-2015, de 7/10/15, que condena a un adolescente de 16 años a 8 años de internación en régimen cerrado, homicidio calificado.

aportadas por la psicología del desarrollo acerca de las características de la fase en que los adolescentes se encuentran. Tales explicaciones adquieren nuevo peso a partir de las evidencias aportadas por las neurociencias.

Adicionalmente, sobre todo en relación con ciertos contextos sociales en los que con mayor frecuencia se presentan hechos de extrema violencia, como la cárcel, o los barrios especialmente peligrosos (o la inner city), la perspectiva psicosocial ofrece elementos de juicio sobre el contexto social y las interacciones en que se suele producir la violencia, que arrojan nuevas dudas sobre la presencia de las notas subjetivas fundantes de una especial reprobabilidad.

Este trabajo, se propone dar cuenta de las explicaciones evolutivas y psicosociales de la violencia de los adolescentes, esbozando a partir de ellas una reconstrucción teórica del fundamento normativo de la especial reprobabilidad de la violencia subjetivamente calificada, que a su vez ofrece un renovado fundamento a aquella intuición normativa acerca de la mayor dificultad para afirmarla en el caso de los hechos más típicos de violencia cometidos por adolescentes.

2. La intuición normativa básica

Andrew Ashworth, uno de los juristas más influyentes en el campo del derecho penal angloamericano, al ocuparse –ya bien avanzada su carrera– de la aplicación del derecho penal a los menores de edad abogó por que

*“the criminal law should recognise the developmental immaturity of children [...] fairness therefore demands the amendment of the doctrines of the criminal law so as to expect less of younger defendants”.*⁴
[“el derecho penal debería reconocer la inmadurez de desarrollo de los niños [...] la justicia demanda por ello que las doctrinas de derecho penal sean modificadas de tal manera que a los imputados menores se les exija menos”]

4 Ashworth, Andrew, “Child Defendants and the Doctrines of the Criminal Law”, en él mismo, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart, Oxford – Portland, Oregon, 2013, pp. 173–194, 194.

En ese mismo trabajo, en relación con la regulación inglesa del homicidio (manslaughter) y el asesinato (murder), Ashworth aprobó las propuestas de la Law Commission for England and Wales, de incorporar una defensa de “inmadurez evolutiva” que permitiese imputar a los menores de edad sólo homicidio, y no asesinato, cuando su capacidad de comprender su comportamiento, de formarse un juicio racional o de ejercer control sobre su conducta estuviese seriamente disminuida.⁵

La propuesta de la Law Commission se formuló sobre la base de las opiniones recogidas a partir de una amplia consulta a especialistas, que también dio cuenta de una propuesta alternativa, algo más radical, consistente en derechamente abolir la diferencia entre homicidio y asesinato, tratándose de agentes menores de edad,⁶ pues

“it may be hard to tell whether very young offenders had a proper appreciation of the moral significance of their actions in a way that engages the fine distinctions between murder and manslaughter [...] there is likely to be a mismatch between the sophistication of the laws of homicide (both in terms of offence and defense), and the lack of sophistication of the defendant”⁷

[Puede ser difícil discernir si acaso infractores muy jóvenes lograron apreciar adecuadamente la significación moral de sus acciones de un modo que alcance a las finas distinciones entre el homicidio y el asesinato [...] es probable que exista una discordancia entre la sofisticación del derecho aplicable al homicidio (tanto respecto de su tipicidad como de sus eximentes) y la falta de sofisticación del imputado”]

Si bien la Law Commission y Ashworth prefirieron suscribir la propuesta menos radical, a ambas subyace la intuición de que los menores de edad con mayor dificultad expresan en sus comportamientos homicidas aquella especial reprobabilidad que justifica la calificación del hecho como asesinato (en su caso, “de primer grado”).

5 Ashworth, A., cit. n. 2, p. 185.

6 Si bien, el argumento parece referirse especialmente a niños y adolescentes muy jóvenes.

7 The Law Commission of England and Wales, “A New Homicide Act for England and Wales? A Consultation Paper”, Consultation Paper No 177, 2005, p. 164, disponible en: <https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/cfinkels/workingpapers/Report%20for%20British%20Law%20Commission%20cp177.pdf> (consultada el 10 de octubre de 2017).

Una intuición similar parece haber inspirado a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, al decidir la inconstitucionalidad de la aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años. En su razonamiento, la Corte revisó la literatura sobre psicología evolutiva de los adolescentes, precisamente preguntándose si sus características psicológicas eran compatibles con la disposición subjetiva requerida por el delito de asesinato en primer grado – que ese tribunal asocia con rasgos de personalidad psicópata o sociópata – para justificar la imposición de aquélla sanción, concluyendo que

[i]t is difficult even for expert psychologists to differentiate between the juvenile offender whose crime reflects unfortunate yet transient immaturity, and the rare juvenile offender whose crime reflects irreparable corruption [...] As we understand it, this difficulty underlies the rule forbidding psychiatrists from diagnosing any patient under 18 as having antisocial personality disorder, a disorder also referred to as psychopathy or sociopathy, and which is characterized by callousness, cynicism, and contempt for the feelings, rights, and suffering of others.⁸

Así, la dificultad para discernir en el comportamiento violento (homicida) de un adolescente si acaso viene presidido por esos rasgos característicos del asesinato en primer grado o si, más bien, es reflejo de su inmadurez, que tenderá a superarse con el tiempo, impide, según opinó la Corte Suprema, atribuir al hecho el grado de reprobabilidad (blameworthiness) que permite aplicar la pena máxima. Es cierto que lo que estaba en juego en esta decisión era el reconocimiento, a favor de los acusados menores de edad, de algo tan básico como una menor culpabilidad penal, algo que en los ordenamientos que aplican de forma universal a esas personas un sistema penal diferenciado – como es el caso de Chile – está ya garantizado. Y, en cambio, no se trataba ahí de resolver si acaso, asegurada esa diferencia de trato a favor de los adolescentes, en general, había razones para además excluir a su respecto un cargo por asesinato.⁹ Con todo, las razones invocadas por la Corte Suprema

8 Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/03-633P.ZO> (visitada el 17 de octubre de 2017), p. 19.

9 Podría sospecharse que en las reflexiones de Ashworth y de la Law Commission en el Reino Unido (v. supra n. 2 y n. 5) la situación es similar, es decir, que se trata de algo tan básico como asegurar que los adolescentes homicidas (o asesinos) no reciban penas tan severas como los adultos; sin embargo, las reglas sobre determinación de penas para el asesinato, en Reino Unido, aseguran la determinación de mínimos obligatorios considerablemente más bajos para menores de 18 años (v. Schedule 21 de la Criminal Justice Act 2003, disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/schedule/21>, visitada el 28 de noviembre de 2017), de modo que en aquellas reflexiones

de Estados Unidos siguen la intuición de que las características evolutivas de los adolescentes en buen medida dificultan afirmar en ellos la presencia de los rasgos más típicos de aquella forma de violencia homicida “psicópata” o “sociópata”, que de forma paradigmática distingue al asesinato en primer grado de los homicidios presididos por una violencia homicida “ordinaria”.

Por su parte, en la dogmática penal alemana, aun partiendo de la base de que los adolescentes tienen menor culpabilidad y que, ya por esa razón, merecen penas menos severas, se ha tematizado específicamente la mayor dificultad de encuadrar los homicidios perpetrados por adolescentes en las circunstancias calificantes del asesinato (Mord). Estas circunstancias son objeto, ya incluso en el derecho penal general, de una interpretación restrictiva. El fundamento normativo se encuentra en el hecho de que el asesinato tiene asignada como pena única – para condenados mayores de edad – la de prisión perpetua, de modo que la interpretación restrictiva busca asegurar el respeto del principio constitucional de proporcionalidad, considerando que sólo resulta proporcionado recurrir a una pena tan severa cuando el hecho realmente sea “portador del sello de una especial reprochabilidad”.¹⁰ Y ese sello falta cuando el autor es presa de emociones difíciles de controlar, de modo que no es capaz de comprender o dominar el tipo de motivaciones que la ley considera especialmente reprobables en el homicidio, o bien su comportamiento está co-determinado (mitbestimmt) por otros móviles¹¹ que en cierto sentido opacan la importancia del móvil especialmente reprobable, que pasa a segundo plano.¹² Ello lleva a la doctrina a afirmar que en los homicidios cometidos por los adolescentes, con mucho mayor frecuencia que en los de los adultos, faltará la dimensión subjetiva que califica del hecho como asesinato;¹³ o, derechamente, a considerar a algunas de esas calificantes casi

justamente está en juego la cuestión de si, aun teniendo en cuenta que los menores de 18 años deben, en general, recibir una pena menos severa, hay razones para además evitar, con más frecuencia que con los adultos, la calificación de su acción homicida como un asesinato.

10 Rengier, R., *Strafrecht, Besonderer Teil. Delikten gegen die Person und die Allgemeinheit*, 18ª edición, München, C.H. Beck, 2017, § 4 nm 3-4.

11 Eisenberg, U., *Jugendgerichtsgesetz*, 19ª edición, Beck, München, 2017, § 1 nm 24 g, con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán.

12 V. infra, el texto principal previo a la n. 97.

13 Eisenberg, U., “Zum Unvermögen mordmerkmalsspezifischer Motivationsbeherrschung bei (normalpsychologisch) nicht erklärbarem exzeptionellen Anerkennungsbedürfnis. Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 19. 10. 2011 (1 StR 273/11) = HRRS 2011 Nr. 1166 auf die Revisionen gegen das Urteil des LG Tübingen vom 16. 12. 2010 (3 KLs 46 Js 3954/10 Jug.)”, en HRRS Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht, Nr. 1-2012, pp. 23-27, 23

por principio ausentes en los comportamientos homicidas de los adolescentes, dominados por estructuras motivacionales propias de esa fase vital.¹⁴

3. La violencia en los adolescentes. Una explicación evolutiva y psicosocial

Enfoque evolutivo sobre la violencia Nuevas evidencias desde las neurociencias

El caso del bate de béisbol¹⁵

Una noche, mientras Alberto de 17 años, caminaba acompañado de tres amigos hacia una fiesta, interceptó a Raúl, un joven de 19 años que transitaba en su bicicleta en la misma dirección, exigiéndole fuego para encender un cigarrillo. Ante la negativa de Raúl, Alberto, quien se encontraba bajo los efectos del alcohol, se irritó, pateando la rueda trasera de la bicicleta. Los amigos de Alberto lo calmaron, dejando ir al ciclista.

Pero Raúl, quien minutos antes se había despedido de dos amigos en una plaza cercana, volvió para contarles el incidente y ellos decidieron acompañarlo en dirección del grupo de Alberto. Al encontrarse con éste y sus amigos, Álvaro –amigo de Raúl– quien se encontraba en estado de ebriedad, increpó con dureza a Alberto, y entre algunos de los miembros de ambos grupos hubo intercambio de insultos y algunos empujones amenazantes.

Aunque el incidente parecía concluir ahí, con la retirada de Raúl, Álvaro y un tercer amigo de regreso a la plaza, Alberto se comunicó por su teléfono móvil con tres amigos y luego, con su hermano mayor, Byron, contándoles del incidente y diciéndole que lo querían matar. Todos ellos se dirigieron en autor en busca de Alberto, para apoyarlo.

14 Así, Albrecht, P-A, *Jugendstrafrecht*, 3ª edición, C. H. Beck, München, 2000, p. 94, refiriéndose por vía ejemplar a la calificante de móviles viles (niedrige Beweggründe), pero abarcando implícitamente a todas las que supongan exigencias subjetivas disonantes con las estructuras motivacionales propias de los adolescentes.

15 Los hechos están basados en la causa que dio origen a la primera condena de un adolescente por homicidio calificado tras la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Penal chilena, en 2007. Los nombres de los involucrados fueron cambiados para preservar su identidad.

Ya en la plaza, 4 de los amigos de Alberto, a quienes luego se sumó Byron, se dirigieron en contra de Raúl, Álvaro y el tercer miembro de este grupo, amenazándolos con una pistola de gas comprimido, y comenzando una riña. Alberto, entretanto, fue a buscar un bate de béisbol que se encontraba en el maletero del auto en que llegó Byron. Con el bate se dirigió contra Álvaro, que forcejeaba con su hermano Byron, y comenzó a pegarle con el bate. Los amigos de Álvaro no podían asistirlo, pues eran superados en número por los de Alberto. Tras propinar varios golpes con el bate a Álvaro, en las costillas, el abdomen y antebrazos (mientras éste trataba de protegerse), le dio un fuerte golpe en la cabeza, que lo hizo caer desplomado. Esto alarmó a Byron y los amigos de Alberto, quienes decidieron huir. Alberto, antes de irse, se devolvió blandiendo el bate y gritando “¿creían que me iban a humillar?”, dando un golpe a la bicicleta de uno de ellos, para luego retirarse con sus amigos.

Álvaro quedó en un coma profundo producto de la fractura y un severo traumatismo encefalo craneano provocado por el golpe en su cabeza con el bate, y murió a los 7 días.

El tribunal acogió la tesis de la acusación, que calificó la agresión mortal de Alberto en contra de Álvaro como alevosa, y lo condenó por homicidio calificado pues Alberto, aprovechando que los amigos de Álvaro fueron alejados a golpes por los suyos – que los superaban en número – y que el propio Álvaro en esos momentos se enfrentaba con Byron, de modo que no podía oponerle resistencia alguna, “se aseguró” de esa manera para conseguir golpear a Álvaro en repetidas ocasiones con el bate, hasta darle muerte.

Aportes de la psicología del desarrollo para la comprensión y valoración jurídica de la violencia de los adolescentes

Como ya se señaló, la célebre decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Roper versus Simmons* se apoyó en las evidencias aportadas por la psicología del desarrollo, que impedían calificar a los crímenes de los adolescentes dentro de los “peores”, como para merecer la pena capital, pues ellos carecen de suficiente madurez y sentido de responsabilidad – lo que los hace más impetuosos y propensos a comportamientos riesgosos – son más susceptibles a las influencias negativas y presiones externas, especialmente de sus pares, y aún no tienen un carácter formado, de modo que varios rasgos de su comportamiento son transitorios. Todo ello los vuelve

más susceptibles a incurrir en comportamientos inmaduros e irresponsables, que son por ello menos reprochables moralmente que los de un adulto.¹⁶ De ahí que la Corte, citando un influyente trabajo de Steinberg y Scott,¹⁷ afirmase aquello de que ni siquiera psicólogos expertos pueden distinguir, antes de los 18 años, “entre un adolescente cuyo crimen refleja una inmadurez desafortunada, pero transitoria, y el raro caso de un criminal adolescente cuyo crimen refleja una corrupción irremediable”.¹⁸

En aquel trabajo, Steinberg y Scott habían examinado los condicionamientos impuestos por la inmadurez a los adolescentes en relación con tres factores que típicamente son considerados por la ley para disminuir la culpabilidad de una persona: su incapacidad o menor capacidad para tomar decisiones (juiciosas), su mayor susceptibilidad o exposición a presiones externas, y la circunstancia de que el crimen cometido no refleje el carácter (antisocial o perverso) del autor, sino que sea ajeno a su carácter, en cierto sentido, un accidente en su historia de vida.¹⁹

Capacidad de juicio de los adolescentes

En relación con el primero de esos factores, los autores sugieren que, aun con similar capacidad cognitiva que los adultos, reflejada en la calidad de su respuesta a experimentos de laboratorio sobre toma de decisiones considerando diversas variables, los adolescentes pueden tener mucho menor competencia para tomar decisiones en escenarios de la vida real, donde está en juego algo importante para sus vidas o donde el contexto de la decisión – como ocurre cuando la decisión consiste en si acaso ejecutar o no una conducta que pue-

16 Roper versus Simmons, cit. n. 6, pp. 15-16.

17 Uno de sus autores, Laurence Steinberg, fue a su vez uno de los principales redactores del *amicus brief* (infra, n. 25) presentado por la Asociación Psicológica Americana (en conjunto con la Asociación Psicológica de Missouri) ante la Corte Suprema en apoyo del condenado (cuya condena a muerte había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema del estado de Missouri, en una decisión que fue recurrida por el Estado de Missouri), en el cual se defendió la tesis de que la aplicación de la pena de muerte constituía un castigo cruel e inhumano, pues no era acorde ni con las necesidades de retribución –pues la inmadurez de los adolescentes disminuye la reprobabilidad de su comportamiento – ni con las de intimidación general – pues la menor capacidad de los adolescentes de controlar sus impulsos y anticipar consecuencias pone en duda la eficacia disuasiva de sanciones más severas.

18 Roper versus Simmons, cit. n. 6, p. 19.

19 Steinberg, L. y Scott, E., “Less Guilty by Reason of Adolescence. Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty”, en *American Psychologist*, Vol. 58, No. 12 (Dec. 2003), pp. 1009–1018, 1011.

de ser criminal – es estresante, emocionalmente cargado, desestructurado y exige recurrir a la propia experiencia, conocimiento e intuición personales.²⁰ Pero incluso si se sostuviese la tesis de que la capacidad cognitiva de los adolescentes necesaria para tomar decisiones se asemeja a la de los adultos, Steinberg y Scott explican que su capacidad de juicio está condicionada por su inmadurez psicosocial, debido a cuatro factores muy determinantes: (i) su susceptibilidad a la influencia de pares, tanto directa (presión o demandas de los pares sobre el adolescente), como indirecta (necesidad emocional del adolescente de producir una impresión positiva en ellos); (ii) su actitud en relación con el futuro, pues su horizonte de tiempo es mucho más reducido y tienden a despreocuparse por qué habrá de suceder en el futuro que (a su edad) parece más remoto, tendencia condicionada por limitaciones cognitivas a su capacidad de pensar en términos hipotéticos y por su menor experiencia de vida; (iii) su actitud hacia el riesgo y su percepción del riesgo, pues los adolescentes tienden a realizar cálculos de riesgo-recompensa que se focalizan de forma desproporcionada en la segunda, desatendiendo el primero, y además tienen menor aversión al riesgo, valoran experiencias riesgosas emocionantes, y toman con más frecuencia decisiones en grupo (un factor de por sí proclive a la asunción de riesgos mayores); y (iv) su menor capacidad de auto-administrarse, pues los adolescentes experimentan con mayor frecuencia, y de modo más intenso, cambios en su estado de ánimo, lo que se traduce en una mayor impulsividad y en mayor dificultad de regular tales estados de ánimo, y sus impulsos y comportamientos.²¹

Exposición de los adolescentes a las presiones externas

Por su parte, en relación con el segundo factor que determina en la ley una menor culpabilidad, la exposición a presiones externas, la misma inmadurez de los adolescentes los hace más susceptibles a la presión externa, especialmente de sus pares, de modo que tenderán a sucumbir a ella en situaciones en que un adulto no lo haría, careciendo de la misma capacidad que los adultos de sustraerse de contextos criminógenos, abandonando a tiempo la escena.²² Además, su impulsividad puede hacerles responder agresiva-

20 *Ibíd.*, pp. 1011-1012.

21 *Ibíd.*, 1012-1013.

22 *Ibíd.*, 1014, citando a Fagan, 2000 (v. *infra*, n. 40).

mente ante una situación que no alcanza a ser claramente amenazante, o a responder ante las amenazas de forma mucho más visceral y emocional, mientras que su tendencia a no considerar las consecuencias futuras puede llevarlos a tomar peores decisiones en esas situaciones.²³

Indefinición de los rasgos del carácter del adolescente

Por último, concluyen Steinberg y Scott, el hecho de que los adolescentes estén en una fase de desarrollo, en la que su personalidad está todavía en formación, sirve de base para poner en duda la asunción de que su crimen refleja rasgos permanentes de su carácter, sus valores y actitudes ante los demás y la sociedad. Es cierto que el derecho penal parte, como regla general, de la asunción de que el carácter del autor se ve reflejado en su conducta criminal, pero varias circunstancias atenuantes –en casos límite, eximentes- de responsabilidad penal se basan en evidencias de que en el caso concreto tal asunción no resulta acertada, que el crimen cometido pues no reflejaba el carácter del sujeto, sino circunstancias concomitantes extraordinarias.²⁴ Y una característica de la adolescencia es que la identidad entra en una fase de crisis y confusión, cuya resolución recién se produce en la temprana adultez, y cuyo tránsito pasa por períodos y episodios de experimentación con conductas de riesgo, ilegales o peligrosas, como el consumo de alcohol o drogas, sexo no seguro y comportamientos antisociales. Y si bien, junto a la inmensa mayoría de adolescentes que al madurar abandonará esos comportamientos y consolidará una identidad socialmente benigna, basada en el respeto a los demás, también existe un pequeño grupo que consolidará una identidad antisocial o violenta.

No es posible discernir de la simple observación de las acciones en las que se vieron envueltos durante esos episodios identitarios críticos o de experimentación quiénes estarán en este segundo grupo, de modo que

23 Ibid., 1014, citando a Baird, Gruber, & Fein, 1999.

24 Duff, R. A., "Choice, character, and criminal liability", en *Law and Philosophy*, 12 (1993), pp. 345–383, 361: "[...] excuses as duress and mental disorder [...] show that liability depends on the relationship between the agent's action and her attitudes, concerns, and values: on whether or not her action displayed an improper indifference or lack of commitment to others' rights and interests, or to the law and its values. [...] But to talk of an agent's attitudes or concerns, of her (lack of) commitment to certain values, is precisely to talk of aspects of her character". En todo caso, según Duff, la responsabilidad penal sólo se interesa en el carácter de una persona, en la medida que se vea reflejado en sus acciones, pero no cualquier acción refleja el carácter, sino "a wrongful action which, as the action of a responsible moral agent, manifests in and by itself some inappropriate attitude towards the law and the values it protects". (Ibid., 380)

*“the criminal choices of typical young offenders differ from those of adults not only because the choice, qua choice, is deficient as the product of immature judgment, but also because the adolescent’s criminal act does not express the actor’s bad character”*²⁵ [“las decisiones criminales de un infractor juvenil típico son distintas de las de un adulto no sólo porque la decisión, en sí misma, es deficiente como consecuencia de una inmadurez de juicio, sino también porque la acción criminal del adolescente no es expresiva de un carácter negativo del agente”]

Capacidad cognitiva versus inmadurez psicosocial

Algo más recientemente, una red de investigadores liderados por Steinberg, en el marco de un proyecto de la Mac Arthur Foundation, desarrolló un inédito proyecto de investigación que comparó las capacidades cognitivas de los adolescentes con las competencias que determinan su madurez psicosocial, efectuando mediciones de unas y otras respecto de una misma muestra de individuos.²⁶ El trasfondo de la investigación está dado por la polémica surgida de la aparente contradicción en que la Asociación Americana de Psicología (APA) – y el propio Steinberg – habría incurrido al afirmar, por una parte, que las adolescentes tienen competencia para tomar decisiones autónomas sobre interrupción del embarazo,²⁷ y por la otra, que los y las adolescentes no tienen la madurez para adoptar decisiones autónomas acerca de si involucrarse en actividades criminales, al punto de que sus crímenes puedan considerarse tan reprochables como los de un adulto.²⁸ Los resultados dan cuenta de que

“whereas adolescents and adults perform comparably on cognitive tests measuring the sorts of cognitive abilities that were referred to in the Hodgson brief—abilities that permit logical reasoning about moral, social, and interpersonal matters—adolescents and adults are not of

25 Steinberg, L. y Scott, E., cit. n. 17, pp. 1015, 1014.

26 Steinberg, L., et al, “Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors’ Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA “Flip-Flop”, en *American Psychologist*, Vol. 64, No. 7, 583–594 (Oct. 2009), pp. 583-594, 585 y ss.

27 Posición sostenida en el amicus brief presentado por la APA en el caso *Hodgson versus State of Minnessota*, decidido por una corte de apelaciones federal y, luego, por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1990 (497 U.S. 502) (al que se alude sintéticamente como *Hodgson brief* en la cita recogida a continuación, en el texto principal).

28 Posición sostenida en el amicus brief presentado por la APA en el caso *Roper versus Simmons*, cit. n. 6.

equal maturity with respect to the psychosocial capacities listed by Justice Kennedy in the majority opinion in Roper—capacities such as impulse control and resistance to peer influence. Not only were the legal issues different in the two cases, but so are the circumstances surrounding abortion decisions and criminal behavior, and therefore, the relevant dimensions along which adolescents and adults should be compared differ as well. Unlike adolescents' decisions to commit crimes, which are usually rash and made in the presence of peers, adolescents' decisions about terminating a pregnancy can be made in an unhurried fashion and in consultation with adults".²⁹

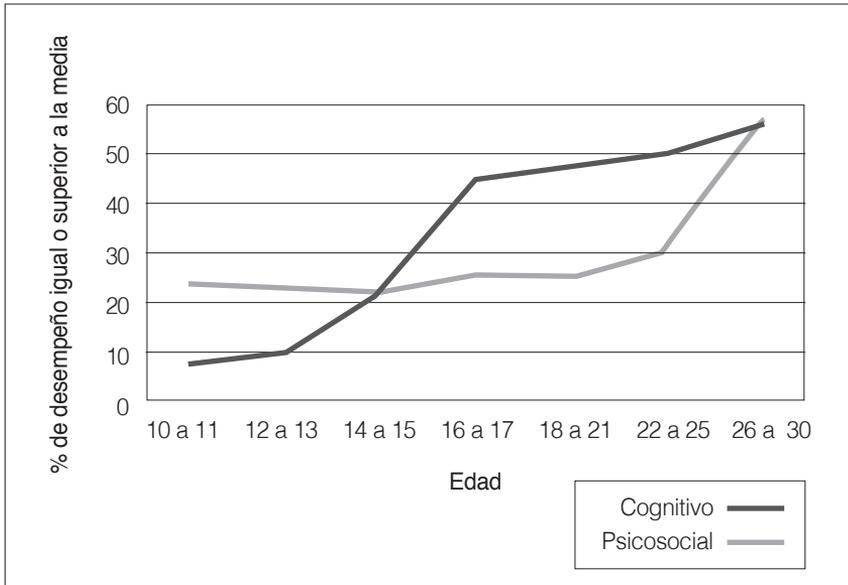
[“mientras los adolescentes y los adultos tienen un desempeño comparable en pruebas cognitivas que miden el tipo de habilidades cognitivas a las que se refería el Hodgson brief—habilidades que permiten un razonamiento lógico sobre asuntos morales, sociales e interpersonales—los adolescentes y los adultos no tienen madurez equivalente con respecto a las capacidades psicosociales listadas por el Juez Kennedy en el fallo de mayoría en Roper—capacidades tales como control de impulso y resistencia a la influencia de los pares. No sólo los asuntos jurídicos en cada caso eran diferentes, sino que también lo son las circunstancias que rodean las decisiones de aborto y el comportamiento criminal, y por ello, las dimensiones relevantes con arreglo a las cuales los adolescentes deberían ser comparados con los adultos también difieren. A diferencia de las decisiones de los adolescentes de cometer delitos, que usualmente son repentinas y adoptadas en presencia de pares, las decisiones de las adolescentes de poner término al embarazo pueden ser adoptadas de un modo más pausado y consultándolas con adultos”]

La comparación, reflejada en el siguiente cuadro, da cuenta en efecto, de una impactante diferencia en los niveles de competencia cognitiva de los adolescentes, que aumentan de manera sostenida desde los 10 años, para alcanzar niveles cercanos a los de un adulto a los 16-17 años, mientras que la madurez psicosocial de los adolescentes es similar a la de un niño de 10 años – incluso disminuyendo ligeramente de los 10 a los 14 años³⁰ – para recién incrementarse significativamente a partir de los 19 o 20 años.

29 Steinberg, L., et al, cit. n. 24, p. 586.

30 V. Oliva, A. y Antolín, L., “Cambios en el cerebro adolescente y conductas agresivas y de asunción de riesgos”, en Estudios de Psicología, 2010, 31 (1), pp. 53-66, 59, dando cuenta de una cierta regresión conductual en los primeros años de la adolescencia.

Proporción de individuos de cada grupo etáreo con desempeño igual o superior a la media de los adultos de 26-30 años en índices de desarrollo cognitivo y madurez psicossocial.



Fuente: Steinberg, L., et al, 2009, p. 591.

El resultado es que los adolescentes, aun cuando sean capaces de reflexionar y decidir casi como un adulto respecto de determinados asuntos y en ciertos contextos o situaciones que favorezcan un abordaje racional de la decisión y una deliberación relativamente libre de fuertes influencias emocionales o sociales que afecten la capacidad de juicio (como en el caso de decisiones sobre tratamientos médicos o sobre cursos de acción legal, si cuentan con algo de tiempo para ponderar las circunstancias y un adulto con quien discutir las – médico, asesor legal, padres), tendrán sin embargo dificultad para decidir reflexivamente en relación con otro tipo de asuntos y en otras situaciones que suscitan reacciones impulsivas, que están típicamente caracterizadas por altos niveles de excitación emocional o coerción social, o que no favorecen la discusión previa de la decisión con un experto o alguien con mayor experiencia (como involucrarse en un delito – respondiendo a una ofensa o agresión – o aprovechar una invitación o

una oportunidad espontánea que promete satisfacción inmediata – adquirir alcohol o drogas, conducir, tener sexo sin protección, etc.).³¹

Y el asunto es, como se verá más adelante, que la violencia homicida considerada más reprochable tiene precisamente una nota subjetiva que da cuenta de una decisión mínimamente meditada, que revela rasgos chocantes de la actitud del autor, algo difícil de apreciar en hechos de violencia presididos por reacciones descontroladas frente a fuertes estímulos emocionales, o que revelan más que la actitud individual de un agente frente a la vida o el dolor ajenos, una intensa dinámica grupal de interacciones de presiones, amenazas, expectativas y desafíos recíprocos.

Aporte de las neurociencias a la comprensión de la violencia de adolescentes

Pero, ¿hasta qué punto esos contextos o situaciones característicos de la violencia adolescente reducen significativamente el espacio de decisión autónoma, es decir, la presencia de una elección consciente, en la que se reflejan las propias actitudes y opciones?

En años recientes, las explicaciones de la psicología del desarrollo sobre las diferencias entre adolescentes y adultos de cara a su capacidad para tomar decisiones razonables y controlar su comportamiento en contextos complejos o emocionalmente cargados, se han visto respaldadas por el sorprendente desarrollo de la imagenología de la actividad del cerebro humano, en el marco de las investigaciones desarrolladas en el campo de las neurociencias.³²

Ellas revelan un cuadro que es difícil ignorar a la hora de evaluar jurídicamente la violencia de los adolescentes.

Ese cuadro resulta de una comparación entre los niveles de actividad que, en los diversos contextos de decisión señalados más arriba (sin grave ex-

31 Steinberg, L., et al, cit. n. 24, pp. 592-593.

32 Steinberg, L., "Risk Taking in Adolescence. New Perspectives From Brain and Behavioral Science", en *Current Directions in Psychological Science*, Vol. 16, Nr. 2 (2007), pp. 55-59; Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 54.

citación emocional o coerción grupal-social, o con ella), se registran en las dos redes cerebrales de cuya interacción depende la disposición de una persona al riesgo: la red socioemocional y la red de control cognitivo.³³ La red socioemocional, ubicada sobre todo en las zonas interiores del cerebro (sistema límbico y paralímbico, donde se encuentran la amígdala y el estriado ventral), es especialmente sensible a estímulos emocionales y sociales y está asociada al sistema de recompensas del cerebro, que en la adolescencia sufre una remodelación debida a los cambios hormonales de la pubertad.³⁴ La activación de esta red produce, en la adolescencia, una liberación de dopamina provocando intensa sensación de placer, e induciendo a repetir dicha actividad.³⁵ Por su parte, la red de control cognitivo se ubica en la corteza cerebral lateral-prefrontal y parietal, y sirve a las “funciones ejecutivas” – planificar acciones, anticiparse a consecuencias futuras, autorregular las propias emociones y reacciones – que maduran muy paulatinamente.

Pues bien, las conductas de riesgo (incluidas las que suponen entrar en interacciones violentas³⁶) son el producto de una competencia entre ambas redes; una competencia que en la adolescencia sufre un desequilibrio pues la red socioemocional, de forma abrupta, se vuelve más activa, mientras que la red de control cognitivo sólo gana fuerza gradualmente a lo largo de un largo período.³⁷ En todo caso, las imágenes neurológicas demuestran que esa sobre-activación de la red socioemocional no se produce de forma constante durante la adolescencia, de modo que cuando los individuos no están emocionalmente excitados, o cuando están solos, la red de control neurológico demuestra actividad suficiente y logra imponer controles regulatorios sobre comportamientos impulsivos o arriesgados. Pero bajo condiciones de excitación emocional, y especialmente en grupos de pares,³⁸ la activación

33 Steinberg, L. cit n. 30., p. 56.

34 Ibídem.

35 Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 57.

36 Oliva, A. y Antolín L., cit. n. 28, p. 59, destacan que, aunque las conductas agresivas presentan una especificidad respecto de las conductas de riesgo, “pueden tener la misma base neurobiológica [pues ambas] están relacionadas con la impulsividad y el autocontrol y dependen de circuitos cerebrales similares y que experimentan importantes cambios durante la adolescencia”.

37 Steinberg, L. y Scott, E., cit. n. 17, pp. 1014; Steinberg, L., cit. n. 30, p. 56.

38 En grupos, los adolescentes experimentan muy intensamente la necesidad de experiencias emocionantes y se sienten muy excitados y gratificados por experimentarlas juntos (piénsese, primero, en la excitación del triunfo en los minutos finales de un complicado enfrentamiento deportivo, ante rivales temidos; pues bien, la imagen no será muy distinta, desde el punto de vista de la actividad cerebral, si el enfrentamiento no es deportivo, sino en un combate o riña peligrosa ante enemigos temidos y

de la red socioemocional disminuye la eficacia regulatorio de la de control cognitivo. La maduración que poco a poco se produce en esta red, durante la adolescencia, permite que incluso en situaciones de alta excitación se modulen las inclinaciones hacia conductas arriesgadas.³⁹

Una explicación similar ofrece el así llamado “modelo triádico”, que explica las conductas de riesgo y agresivas como resultado de un desequilibrio entre tres sistemas cerebrales: el “aproximativo de recompensa”, en “evitativo” y el “regulatorio”. En la adolescencia se encuentra sobre-activado el primero, que lleva al adolescente a buscar satisfacciones inmediatas, refuerzos de su identidad y autoconcepto, etc. En cambio, se encontrarían debilitados o inmaduros aún el sistema evitativo – que impulsa al sujeto a apartarse de situaciones amenazantes o que le provocan emociones negativas o dolorosas – y el regulatorio – que arbitra entre los dos primeros sistemas.⁴⁰

Volvamos al caso del bate de béisbol. En una entrevista que ofreció a un periódico local, Alberto explicó atribulado los hechos como consecuencia de ingesta alcohólica y por el temor que le provocó la imagen de Álvaro enfrentándose a su hermano en condiciones que ponían a este en serio peligro (Álvaro medía 1,96 mts.): “El gran factor es el alcohol [...] Nadie imaginó nunca lo que iba a pasar, ni ellos, ni nosotros. Y la verdad yo hice lo mismo que hizo [Raúl, el amigo de Álvaro]. Llamé a mis amigos, tal como él recurrió a los suyos [...] El bate de béisbol estaba en el auto y yo lo utilicé para asustar. Nadie se imaginó que yo lo iba a ocupar. Pero no sé, fue un momento en el que vi a mi hermano peleando con una persona muy alta, más alta que él [...] Entonces me asusté. Siempre recuerdo que fue chocante ver eso, ver a mi hermano en peligro”.

Con independencia de si se da crédito a los dichos de Alberto acerca de que decidió usar el bate sólo cuando vio a su hermano en peligro, o si se piensa más bien que ya había decidido usarlo cuando lo retiró el auto, de

odiados). Ello explica que, en grupos, los adolescentes se involucren con mucho mayor frecuencia que solos, en comportamientos riesgosos (incluidos, los violentos), que van más allá de los límites que ellos mismos considerarían aceptables si tuviesen ocasión de reflexionar; v. Steinberg, L., cit. n. 30, p. 56

39 Ibídem.

40 Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 58, si bien advirtiendo que los datos sobre la debilidad del sistema evitativo no son concluyentes, como sí lo son en cambio los relativos a la sobre-activación del sistema aproximativo de recompensa y sobre la debilidad del sistema regulatorio. De hecho, los mismos autores advierten sobre otros estudios que dan cuenta de una mayor activación del sistema evitativo – a nivel de la amígdala – en la adolescencia, algo que servirá para explicar en parte la mayor ocurrencia de episodios de violencia reactiva en la adolescencia.

todos modos, si hubiese forma de acceder a las imágenes de la actividad cerebral de Alberto en esos instantes, las imágenes de la zona interior de su cerebro seguramente darían cuenta de una hiperactivación de las regiones asociadas a la red socioemocional (la amígdala, el estriado ventral, etc.) que opacarían por completo cualquier actividad presente en la corteza lateral-prefrontal y parietal, donde podría tener lugar una decisión reflexiva acerca de terminar con la vida de Álvaro, o bien, de tan sólo agredirlo para dejarlo fuera de combate. Ello no necesariamente niega el carácter voluntario (doloso) del homicidio que Alberto cometió –en su mezcla de excitación odio y temor bien es posible que, en el instante decisivo, lo haya golpeado queriendo su muerte o aceptándola – pero da cuenta de la naturaleza y circunstancias de su decisión, de un modo que puede ser relevante a la hora de decidir si corresponde o no a la especie de los homicidios calificados (o asesinatos), es decir, a la de los casos más reprobables de homicidio imaginables; algo sobre lo que habrá que volver más adelante al examinar el fundamento normativo de la agravación de los homicidios que califican como especies de asesinato.

Identidad, estatus y violencia en la adolescencia. Perspectiva psicoanalítica y psicosocial

Conflicto identitario y violencia en la adolescencia

Fuera de los condicionamientos que la adolescencia impone a la capacidad de tomar decisiones reflexivas y resistir la influencia de los pares, la indefinición de la identidad de los adolescentes puede explicar algunos de sus comportamientos violentos, no como expresión genuina de una actitud – ya adquirida y “fija” en su carácter – de desconsideración hacia la vida e indiferencia frente al sufrimiento de los demás, sino como reflejo de los conflictos identitarios propios de la adolescencia. Ello puede llevar al adolescente a ejecutar hechos que, en una medida importante para la calibración de la culpabilidad o reprobabilidad del hecho, se explican por ese conflicto condicionado por la fase vital de la adolescencia, y que por ello no son una expresión inequívoca de su actitud y carácter, como la Corte Suprema de los Estados Unidos advirtió en *Roper versus Simmons*.

Erikson, tempranamente, y recordando la experiencia de adolescentes y jóvenes fascistas durante el nazismo en Alemania, su país de origen, explicó

este inquietante vínculo entre el conflicto identitario de la adolescencia y los despliegues de violencia – e incluso, de crueldad – con que los adolescentes a veces ensayan identidades provisorias, buscando compensar su propia debilidad, advirtiendo al mismo tiempo sobre su naturaleza esencialmente temporal y reversible de ese fenómeno:

“El peligro de esta etapa es la confusión de rol. Cuando ésta se basa en una marcada duda previa en cuanto a la propia identidad sexual, los episodios delincuentes y abiertamente psicóticos no son raros. Si se los diagnostica y trata correctamente, tales incidentes no tienen la misma significación fatal que encierran a otras edades. En la mayoría de los casos, sin embargo, lo que perturba a la gente joven es la incapacidad para decidirse por una identidad ocupacional. Para evitar la confusión, se sobreidentifican temporariamente, hasta el punto de una aparente pérdida completa de identidad, con los héroes de las camarillas y las multitudes. [...] La gente joven también puede ser notablemente exclusivista y cruel con los que son “distintos”, en el color de la piel o en la formación cultural, en los gustos y las dotes, y a menudo en detalles insignificantes de la vestimenta y los gestos que han sido tempranamente seleccionados como los signos que caracterizan al que pertenece al grupo y al que es ajeno a él. Resulta importante comprender (lo cual no significa perdonar o compartir) tal intolerancia como una defensa contra una confusión en el sentimiento de identidad. Los adolescentes no sólo se ayudan temporariamente unos a otros a soportar muchas dificultades formando pandillas, convirtiéndose en estereotipos, y haciendo lo mismo con sus ideales y sus enemigos, sino que también ponen a prueba perversamente la mutua capacidad para la fidelidad. La facilidad con que se aceptan tales pruebas explica, asimismo, la atracción de las doctrinas totalitarias simples y crueles ejercen sobre la mente de los jóvenes en los países y las clases que han perdido o están perdiendo sus identidades grupales.”⁴¹

Volvamos el caso del bate de béisbol. La imagen final de Alberto exclamando “¿creían que me iban a humillar?” da cuenta de cómo, desde su perspectiva, el enfrentamiento violento y la derrota del grupo adversario era un acto de

41 Erikson, E., Infancia y sociedad, traducción de la 2ª edición norteamericana por Noemí Rosenblatt, Lumen – Hormé, Buenos Aires, 1993, pp. 235-236.

dignidad frente a la amenaza a su identidad y estatus que había experimentado durante el incidente previo. Es imaginable que precisamente frente a Álvaro, el atlético joven de 1.96 mts. de estatura que con dureza increpó a Alberto durante el incidente previo, éste experimentó –con el narcicismo propio de la edad, exacerbado por el alcohol – la humillante sensación de impotencia y fracaso, por no haberse atrevido a enfrentársele. La reparación en su sentimiento de dignidad y de valor ciertamente no se alcanzó con la asistencia obtenida de su hermano mayor y amigos – que fueron los primeros en enfrentar al grupo de Álvaro y Raúl – sino que sólo fue posible cuando él mismo protagonizó la victoria y se sobrepuso al rival que lo había humillado.

La perspectiva psicoanalítica de Erikson abona la intuición, recogida en Roper versus Simmons, de que en este tipo de violencia se ve reflejado en mayor medida un conflicto identitario transitorio – que a veces hace crisis bajo la forma de una violencia difícil de dominar por el adolescente – que una actitud o rasgo antisocial persistente o fijo en el carácter de una persona.

Contexto psicosocial de la violencia. La identidad violenta como cuestión de estatus o de supervivencia

Caso de la denuncia⁴²

Richard es un joven de 17 años y 11 meses que en su entorno se jactaba de tener contacto con los bajos fondos, y se hacía rodear por adolescentes menores que él, quienes lo apreciaban, mientras que los jóvenes de su edad lo tenían por un fanfarrón.

En cierta oportunidad, Richard le regaló a uno de aquellos adolescentes jóvenes con los que se relacionaba, Johan, de 14 años, una estrella arroja-

42 Los hechos están basados en una causa seguida ante un tribunal alemán, y que fue objeto de revisión por el Tribunal Supremo Federal de ese país. Los nombres usados aquí son ficticios (los verdaderos, por lo demás, no se dan a conocer en las sentencias de los tribunales alemanes que conocen causas penales de adolescentes). Otra diferencia entre el relato y los hechos reales se refiere a la edad del ejecutor activo del homicidio, quien ya había cumplido los 18 años de edad, pero fue enjuiciado bajo las reglas del derecho penal de adolescentes, conforme a la facultad que el § 105 de la Ley de Tribunales Juveniles alemana concede al tribunal, en casos en que un "adulto joven" – de entre 18 y 21 años de edad – conforme a su desarrollo moral y mental todavía sea como un adolescente, o bien, cuando delito cometido sea una infracción (típicamente) adolescente.

diza metálica afilada. Johan, descubierto por su madre, debió denunciar el hecho a la policía, que citó a Richard y Johan.

Después de este incidente, Richard declaró varias veces a sus conocidos que iba a matar a Johan por haberlo denunciado, pero ellos se reían de él. Uno incluso le apostó 10 euros a que no hacía nada. Sus más cercanos tomaron el anuncio más en serio, pero luego el asunto cayó en el olvido, pues Richard volvió a encontrarse varias veces con Johan y se relacionó con él normalmente.

Dos meses y medio después de la denuncia, Richard y Johan fueron juntos a comprar una caja de té helado y una botella de vodka para preparar un combinado. Entretanto, Richard convenció a un joven adolescente de 14 años, Simeon, a que los acompañase. Su plan era provocar un enfrentamiento entre Johan y Simeon, para predisponer a éste contra Johan y así obtener su ayuda para matar a Johan. Para ello, Richard se había procurado una soga y unos guantes de goma (además, andaba con una navaja).

Cuando los tres se encontraban juntos bebiendo, junto a otros adolescentes, Richard convence a Johan que inicie una pelea contra Simeon. Johan accede y da un fuerte golpe de puño en la cara a Simeon, quien cae al suelo y se retira, entre risas de todos los demás jóvenes. Entonces, Richard va a buscar a Simeon y le confidencia que iba a atacar a Johan y le muestra la cuerda. Simeon accede a volver con el grupo, sigue bebiendo con ellas, hasta que los demás jóvenes se retiran y quedan solos Richard, Johan y Simeon. Entonces, repentinamente, Richard propinó a Johan un fuerte golpe de puño en la cara, que lo derribó. Luego, se puso los guantes y le rodeó a Johan el cuello con la soga, de la que tiró con todas sus fuerzas por 2 a 3 minutos. Simeon puede haber colaborado, sujetando a Johan. Pero luego, cuando vio que Johan ya agonizaba, Simeon le dijo a Richard que ya era suficiente, que se detuviera, pero éste siguió y le dijo que podía irse, que ya no lo necesitaba. Simeon se alejó del lugar. Cansado por el esfuerzo y aun sin conseguir matar a Johan, Richard sacó la navaja y le propinó 30 puñaladas en la nuca y en el costado derecho del cuello, causándole la muerte por desangramiento.

Tras el hecho, Richard buscó, eufórico, a uno de los adolescentes que se habían burlado de él para demostrarle que efectivamente había matado a Johan, llevándolo incluso a ver el cuerpo. Simeon, por su parte, al llegar a su casa posteó en Internet “hoy estuvo brígida [geil] la ciudad”.

Un caso particular en relación con los condicionantes identitarios de la violencia adolescente, como Fagan ha puesto de relieve, se refiere a las interacciones entre adolescentes en contextos sociales y culturales apartados del derecho, donde “proyectar la imagen correcta puede tener consecuencias para la seguridad personal, la aceptación social y la autoestima de los individuos”, y ser “duro” es fuente de considerable estatus.⁴³ El caso más extremo de este tipo de contextos es la vida al interior de la cultura de la cárcel; pero también se da en las bandas organizadas y, con alguna frecuencia, simplemente en las interacciones entre adolescentes que viven en barrios especialmente peligrosos, donde los “códigos de la calle” vuelven extremadamente difícil la formación de una identidad adolescente basada en el respeto de la ley y de normas morales propias de una cultura de clase media (mainstream culture).⁴⁴

En el caso de las bandas, se trata de contextos en que se valora un estilo de vida asociado al despliegue exagerado de masculinidad, los comportamientos riesgosos y la autonomía, donde el potencial para interacciones violentas resulta de luchas por poder dentro de la banda, batallas territoriales con otras bandas, ritos de iniciación y de alejamiento, existencia de ganancias materiales, expresiones de agravio/reclamo, venganza, autodefensa, defensa de la banda y reforzamiento de la identidad colectiva. El contexto social que favorece la violencia en las bandas está dado por una serie de factores: una interacción entre pares repetida y frecuente, la valoración y – al mismo tiempo – la escasez del estatus, la escasez de controles externos (legales y de otro tipo), y la utilidad de la violencia para los objetivos recién señalados. Además la normatividad del grupo apoya la expresión violenta de agravios y sostiene aquellos valores culturales sobre la masculinidad.⁴⁵

Aun fuera del contexto de las bandas, en los barrios peligrosos, en general, el espacio que les queda a los adolescentes para tomar decisiones autónomas acerca de si involucrarse o no en actos violentos está limitado, ya en primer lugar, por la circunstancia de que la violencia es socialmente permitida y constituye un comportamiento “normal” y esperado. A fuerza de

43 Fagan, J., “Contexts of Choice by Adolescents in Criminal Events”, en Griss, T. y Schwartz, R. (Eds.), *Youth on Trial. A Developmental Perspective on Juvenile Justice*, The University of Chicago Press, Chicago – London, 2000, pp. 371-401, 384 y ss.

44 *Ibíd.*, 388.

45 *Ibíd.*, p. 377.

haber observado desde la infancia interacciones violentas y, luego de haber participado en ellas, ese tipo de interacción se convierte en conocimiento y pauta aprendida, que se integra dentro de los (pocos) “guiones” (scripts) pre-establecidos que integran el repertorio conductual de que disponen los adolescentes para enfrentar situaciones problemáticas o riesgosas, en las que debe decidirse un curso de acción, calculando los riesgos y actuando estratégicamente.⁴⁶ Wilkinson, por su parte, ha relevado de qué modo la “teoría de los guiones” puede explicar el crimen y la violencia ejercida por adolescentes: los “guiones” organizan el conocimiento y las opciones presentes; enseñan a los individuos repertorios disponibles para diferentes situaciones; y estos repertorios se almacenan en la memoria como guiones y son recuperados cuando se perciben ciertas claves en el ambiente. Ahora bien, la oferta de “guiones” varía entre unos y otros individuos, de modo que algunos dispondrán de un repertorio reducido de ellos; y los individuos más probablemente repetirán un “guion” cuando la experiencia previa fue considerada exitosa. Por último, como consecuencia del aprendizaje e internalización, el comportamiento en base a “guiones” puede devenir automático, sin mucha reflexión o ponderación de las consecuencias.⁴⁷

Especialmente reveladora, respecto del contexto psicosocial de las decisiones de involucrase en actos violentos, es la formulación – por parte de Fagan – de tres tipos de identidades sociales que pueden ser asignadas a los adolescentes en el contexto de los barrios más peligrosos, en la interacción entre pares.

La primera es la identidad loca (crazy), salvaje (wild) u homicida (killer), referida a individuos que ejercen actos de extraordinaria violencia, son temidos y disfrutan de gran nivel de respeto; sus actos de violencia son chocantes, más allá de lo necesario para manejar la situación. Una vez que un individuo la ejerce, los demás (y el mismo) comienzan a verlo distinto. La repetición de ese tipo de actos puede servir para conservar el estatus, que va acompañado de poder y privilegios, incluso del deseo de otros de asociarse a él. Pero el ejercicio de extrema violencia por otros puede amenazar su posición.⁴⁸

46 *Ibíd.*, p. 380 y ss.

47 Wilkinson, D. *The social and symbolic construction of violent events among inner city adolescents*, tesis doctoral, Rutgers University, 1998, citada por Fagan, cit. n. 41, p. 381.

48 Fagan, J., cit. n. 41, p. 385.

Una segunda identidad es la *hold your own* (“aguanta”): es la identidad de la mayoría de jóvenes que se involucra en delitos y en violencia. Usan sólo el nivel de violencia o de criminalidad necesario para tener una identidad funcional en un medio con identidades inclinadas al delito. Se orienta a conseguir una identidad social “segura”, no una “altamente valorada”. Estos individuos sólo buscan “hacer lo que tienes que hacer” en situaciones violentas: son identidades en general bien vistas en la calle, pero estos individuos experimentan muchos desafíos en su camino de ascenso a esa identidad. Es, por ello, un estatus inestable y puede requerir actos de violencia cuando públicamente se ataca su identidad.⁴⁹

Por último, la identidad social punk o nerd es altamente estigmatizada. En ella caen quienes no pueden pelear o ser duros. Se considera lícito atacarlos, por no cumplir con las normas grupales. Los líderes en la jerarquía social de la adolescencia a menudo los degradan, dominan o victimizan, y cuestionan su masculinidad. Ello puede tener un enorme impacto en la auto-identidad de estos individuos.⁵⁰

Ahora bien, las interacciones entre individuos con esas diversas identidades explican buena parte de las dinámicas, códigos y utilización de guiones violentos. Adquirir una identidad social altamente valorada pasa por despliegues extremos de violencia; y adquirir una (tan sólo) “segura” (safe) también puede exigirlos.⁵¹ Gran parte de los comportamientos violentos se realizan para evitar se estigmatizado como punk o nerd, pues de la respuesta que se dé frente a un ataque a la propia identidad o estatus – que debe ser agresiva, según los “códigos de la calle”—depende su mantención o pérdida.⁵²

Así, el uso de violencia para inhibir ataques por otros, en el contexto de barrios peligrosos y violentos, responde al fin estratégico de conservar estatus y respeto, que a su vez protegen de ataques; esa decisión es expresión de autoprotección y control social, incluso en el caso de ataques preventivos. Ahí, entonces, la ausencia de control social formal, induce a adaptarse a los códigos de la calle.

49 *Ibíd.*, pp. 385-386.

50 *Ibíd.*, p. 386.

51 *Ibíd.*, pp. 386-387.

52 *Ibíd.*, p. 387. Y el uso de armas puede servir en ese contexto para igualar las opciones para adolescentes más pequeños.

La pregunta que en tales contextos surge para el enjuiciamiento criminal es:

*“How does law, informed by normative moral values from a distal but dominant society, influence decision making within the inner-city context? This questions are beyond the norms of compliance based on fairness and legitimacy of a legal code; the resolution of these issues requires an understanding of the localized but prevailing code that ensures safety and social standing within the inner-city context”.*⁵³
 [“¿De qué forma el derecho, basado en valores morales prevalentes en una sociedad dominante pero lejana, influye en la toma de decisiones dentro del contexto de los barrios marginales? Estas preguntas están más allá de las normas de respeto a la ley basadas en la justicia y legitimidad de un determinado código legal; la solución a estas cuestiones exige comprender del código local, si bien dominante, que proporciona seguridad y estatus social dentro del contexto de los barrios marginales”.]

En ese contexto, los códigos de la calle, combinados con el aislamiento social y cultural de los barrios marginales, sustituyen normas morales que sólo operan como externalidades débiles en relación con los específicos contextos de violencia, que validan la violencia y definen su valor estratégico. Cuando para un adolescente hay tanto en juego,

*“the choice to be violent in specific situations may not be a morally good decision, but is a rational decision based on a calculus of the consequences of other behavioral choices. For adolescents in dangerous, potentially lethal contexts, threat trumps morality in a context where there is a reasonable expectation of lethal attack”.*⁵⁴
 [“elegir ser violento en determinadas situaciones puede no ser una decisión moralmente correcta, pero es una decisión basada en un cálculo de las consecuencias de otras alternativas de comportamiento. Para adolescentes que se encuentran en contextos peligrosos, potencialmente letales, el miedo triunfa sobre a la moralidad”].]

Es síntesis, la perspectiva de las necesidades evolutivas de los adolescentes en el contexto de los barrios marginales, ofrece un marco interpretativo de sus

53 Ibid., p. 388.

54 Ibid., p. 389.

decisiones en el que ellas aparecen explicadas por la necesidad de atender antes a su interés superior e inmediato que a un código abstracto de normas, que resulta ajeno a ese contexto. De este modo, el concepto de “decisiones condicionadas por el contexto” (contextualized choices) debe tener influencia en la valoración del grado de reprobabilidad de sus conductas, a los menos para la determinación de la pena.⁵⁵ Ello será más comprensible respecto los comportamientos violentos de adolescentes que sólo están intentado “aguantar” (hold your on), quienes luchan por conservar una identidad segura, evitando descender a un lugar donde pueden ser estigmatizados y abusados, con grave riesgo para su auto-estima y seguridad. Pero el marco heurístico ofrecido por la perspectiva de las “decisiones condicionadas por el contexto” en barrios especialmente peligrosos, incluso respecto de la violencia de adolescentes de identidad “salvaje” exigirá hacer un análisis más detenido de las estructuras motivacionales antes de ceder a la tentación de hacer una rápida calificación de la violencia como expresión de aquella disposición subjetiva que es acreedora del más severo reproche penal.

En el “caso de la denuncia”, la intervención de Simeon en el homicidio de Johan puede interpretarse de modo fructífero a partir de los rasgos de la identidad social de los adolescentes que deben “aguantar”, es decir, reaccionando a tiempo frente a comportamientos que degradan su estatus y amenazan con dejarlos en una posición estigmatizada, como candidatos fáciles para futuras agresiones y abusos. De hecho, al enjuiciar el comportamiento de Simeon – de coautoría activa en unas lesiones corporales peligrosas, y homicidio o asesinato por omisión – el tribunal de instancia negó el cargo de un asesinato presidido por supuestos “móviles viles” (niedrige Beweggründe) hacia la persona de Johan (como rabia u odio), considerando que el peritaje psiquiátrico practicado a Simeon dio más bien cuenta de cierta indiferencia frente a Johan, y puso además en duda que el uso de la expresión “brígida” (geil)⁵⁶, cuya semántica en el mundo de los adolescentes requeriría mayor examen, revelase inequívocamente la presencia en Simeon de la calificante del asesinato cometido “por el placer de matar” (aus Mordlust).⁵⁷ De hecho, el uso de ese adjetivo bien podría servir para expresar, de modo casi catártico, su elevado nivel de excitación nerviosa tras la impresionante experiencia vivida.

55 Ibidem.

56 Aquí, el chilenuismo juvenil brígido significa (como geil entre los jóvenes alemanes) quiere decir fantástico (equivalente al uso que en España podría darse a cojonudo).

57 Estas referencias al fallo del tribunal de instancia se encuentran en Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 26.

Además, el tribunal consideró que Simeon no acusaba especiales “tendencias nocivas”, que justificasen la imposición de una pena privativa de libertad⁵⁸ considerando que Simeon no había planeado su intervención de forma anticipada, sino que fue inducido por Richard, una persona claramente mayor que él, y de que su motivación al hecho sólo surgió por la humillación de que fue objeto por Johan y los demás jóvenes que se burlaron de él. En ese contexto, concluyó el tribunal, aunque la medida de su retribución (en contra de Johan) excedió ampliamente la medida que entre adolescentes es asumida como razonable, no se advierten en él rasgos abiertamente agresivos o antisociales.⁵⁹

El comportamiento de Richard, en cambio, en el marco de análisis de las “decisiones condicionadas por el contexto”, revela más bien un esfuerzo por adquirir el estatus de una identidad “salvaje”. En retrospectiva, atendiendo a su ansiosa búsqueda de un testigo que diese crédito al cumplimiento de su advertencia, Richard aparece como un joven obsesionado por recuperar (o ganarse) un estatus social temible y respetable, que sus pares se niegan a reconocerle y que se ve puesto en cuestión por la denuncia de que fue objeto, que le dejó en ridículo ante quienes ya lo veían como un fanfarrón, sobre todo a medida que el tiempo transcurría sin que cumpliera con la amenaza que dirigió a Johan. Su crimen parece especialmente deleznable, y puede resultar más difícil encontrar en él aspectos que disminuyan la culpabilidad. Sin embargo, apoyado en el peritaje psiquiátrico presentado durante el juicio, el tribunal de instancia consideró que a causa de su personalidad narcisista, Richard se puso a sí mismo ante una presión psicológica cada vez mayor por cumplir con su amenaza, para desmentir la imagen de un fanfarrón al que no se debe tomar en serio, que se había instalado cada vez más claramente entre los pares de su edad; y que esa presión con el paso del tiempo fue creciendo en tal medida que, al momento del hecho, la necesidad de venganza, como motivo, pasó a un segundo plano. De ese

58 Las “tendencias nocivas” (schädliche Neigungen) de un adolescente son una de las dos circunstancias (la otra es la especial gravedad de la culpabilidad) que conforme a la Ley de Tribunales Juveniles alemana permiten la imposición de una pena juvenil (privativa de libertad). La afirmación de “tendencias nocivas” en el contexto de una imputación de asesinato puede equivaler a constatar en un joven lo que la Corte Suprema de Estados Unidos llamó – en *Roper versus Simmons* – un carácter antisocial o sociópata. En todo caso, la ausencia de estas “tendencias nocivas” no impidió al tribunal imponer a Simeon una pena privativa de libertad (por gravedad de la culpabilidad), pero incidió en la determinación de una extensión bastante menor a la que sería posible si ambos factores hubiesen estado presentes.

59 Así, la síntesis ofrecida por Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 27.

modo, la dimensión subjetiva de la calificante del asesinato cometido “por móviles viles” – que exige tener suficiente conciencia de que se actúa impulsado por ellos – no se presentaba en los hechos⁶⁰. Estas consideraciones, en todo caso, no le impidieron al tribunal apreciar una culpabilidad mucho mayor en el comportamiento de Richard que en el de Simeon, y reflejarlo así en la sentencia, que condenó a ambos a penas privativas de libertad (de 8 y 3 años) por homicidio (no por asesinato).

Con todo, este esfuerzo del tribunal de instancia, especializado en causas de adolescentes – y apoyado en el peritaje psiquiátrico – por realizar un enjuiciamiento que se hiciese cargo de lo que Fagan llamaría “decisiones condicionadas por el contexto”, de parte de Richard y Simeon, en un juicio que se extendió por seis días, fue en buen medida desconocido por la decisión de una sala (no especializada en adolescentes) del Tribunal Supremo Federal, que anuló el fallo e instruyó al tribunal competente para el nuevo juicio volver a examinar, respecto de ambos adolescentes, la presencia de las calificantes del asesinato, así como la plausibilidad de afirmar “tendencias nocivas” en el segundo.⁶¹

Violencia reactiva y violencia instrumental

El caso del asaltante en peligro⁶²

Jonas, de 16 años y 10 meses, tras haber espiado durante días una tienda de un barrio acomodado decidió asaltarla, esperando obtener la recaudación de toda la mañana (cercana a los 3.000 dólares). En un momento de baja afluencia de público en las calles se cubrió la cabeza con un gorro y la cara con una bufanda e ingresó a la tienda, portando un cuchillo afilado con una hoja de 15 a 20 cm. Cuando se acercaba a la caja, salió el dueño de la tienda. Jonas le exigió que se detuviese, amenazándolo con el cuchillo,

60 Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 25. Sobre ello, se volverá más adelante (v. infra, el texto principal asociado a n. 98), al hacer referencia a la dimensión subjetiva de las calificantes del asesinato, en el derecho penal alemán, y en el derecho chileno.

61 BGH, 1 StR 273/11, 19/10/2011. Cfr. la crítica de Eisenberg, U., cit. n. 11, pp. 23 y ss.

62 Los hechos están basados en una causa seguida ante un tribunal alemán, en Berlín, y que fue objeto de revisión por el Tribunal Supremo Federal de ese país. Los nombres usados aquí son ficticios (los verdaderos, por lo demás, no se dan a conocer en las sentencias de los tribunales alemanes que conocen causas penales de adolescentes).

pero el dueño opuso una tenaz resistencia, produciéndose un forcejeo que amagaba seriamente los planes de Jonas. Durante el enfrentamiento, Jonás temía ser apresado por el dueño, de modo que, a esas alturas, más que el botín, le importaba salir ileso y libre de ese asalto que se había complicado. Tras haber logrado propinar a la víctima algunos cortes no mortales en el costado derecho, y en el abdomen, Jonas atacó al dueño con una estocada en el pecho, que penetró 10 a 11 cm, alcanzándole el corazón y dejándolo fuera de combate en el suelo, donde moriría minutos después. Entonces, Jonas se acercó a la caja, llevándose 800 euros, y dándose a la fuga.

El caso del homicidio por experimentación⁶³

A los 17 años de edad, Christian, estudiante de penúltimo año de enseñanza media, cometió un asesinato. Antes de hacerlo había dicho a sus amigos Carlos y Juan, de 15 y 16 años de edad, que quería matar a alguien. De una forma escalofriantemente insensible les explicó su plan: que entrasen a una casa a robar, amordazasen a la víctima y la arrojasen por el puente al río, asegurando a sus amigos que no les harían nada, pues eran menores. A las 2 am del día del asesinato los tres se reunieron, pero Carlos desistió. Entonces, Christian y Juan entraron en la casa de la víctima, tras haber abierto la cerradura de la puerta trasera, que alcanzaron desde una ventana abierta. Christian encendió la luz del pasillo, lo que despertó a la víctima, que resultó ser una mujer de 46 años de edad. Cuando ella preguntó quién se encontraba allí, Christian entró a su dormitorio y la reconoció, pues ambos habían estado involucrados en un accidente de auto. Entonces Christian confirmó su resolución de matarla. En seguida, usando cinta adhesiva ambos jóvenes taparon los ojos y boca de la víctima y le ataron las manos, para luego conducirla en el auto de la propia víctima a un parque estatal. En ese lugar cubrieron su cabeza con una toalla, ataron sus manos y piernas juntas con un cable, envolvieron toda su cara con más cinta adhesiva y la arrojaron desde un puente al río, donde murió ahogada. Al día siguiente, Christian alardeaba ante sus amigos con el asesinato, afirmando que lo había hecho “porque la puta vio mi cara”. Horas después, una vez ya descubierto el asesinato, y tras haber recibido información sobre la intervención de Christian, la policía lo arrestó en su colegio.

63 Los hechos están basados en una causa seguida ante un tribunal del estado de Missouri, en Estados Unidos de América, y que fue examinada on certiorari por la Corte Suprema Federal de ese país. Los nombres de los involucrados fueron cambiados para preservar su identidad.

En el contexto de la explicación evolutiva del aumento de las conductas de riesgo, agresivas y delictuales en niños y adolescentes, este tipo de comportamientos surgen, como se señaló, a partir del desbalance entre una sobre-activación de la red socioemocional –o, específicamente, del sistema aproximativo de recompensa – que los induce a buscar experiencias excitantes, de satisfacción inmediata de impulsos y deseos, y la red de control cognitivo – o, en el modelo triádico, de los sistemas evitativo y regulatorio – que podrían incidir ya sea en la evitación de las consecuencias negativas asociadas a la conducta en cuestión, ya en una mayor reflexión sobre cuáles pueden ser esas consecuencias negativas y de las razones (morales o pragmáticas) a favor de desistir de la conducta. Con todo, algunos estudios han diferenciado dos tipos de trayectoria vital en relación con este desbalance: la más común es la de quienes con el paso de los años logran madurar y aprenden a anticiparse, sopesar los pros y contras, tener en cuenta los costos para sí o para los demás, y controlar así sus impulsos agresivos o de satisfacción inmediata de deseos. Otra trayectoria vital, con todo, si bien mucho menos habitual, es la de quienes no experimentan esa evolución y prolongan sus conductas antisociales por todo su ciclo vital.⁶⁴

Ahora bien, los estudios específicos sobre agresividad también dan cuenta de una segunda distinción, entre dos especies de agresividad: por una parte, la agresividad reactiva o impulsiva; y por otra parte, la agresividad instrumental.

La agresividad reactiva, normalmente provocada por un episodio frustrante o amenazante, suele ir acompañada de una gran carga emocional, y puede verse como “agresión caliente”, mientras que la agresividad instrumental, que responde más bien al propósito de conseguir objetivos personales sin consideración al sufrimiento provocado a otros, es una especie de “agresividad fría”, que suele apreciarse en individuos con psicopatías.⁶⁵

Según Oliva y Antolín, la agresividad reactiva es relativamente más común en la adolescencia, y en gran medida coincidente con la de quienes luego experimentan una trayectoria de disminución de los episodios agresivos gracias a la maduración, mientras que la agresividad instrumental, de

64 Oliva, A. y Antolín, L, cit. n. 28, p. 59, citando los trabajos de Farrington y a Moffitt.

65 Oliva, A. y Antolín, L, cit. n. 28, p. 60.

más rara ocurrencia, tiende a proyectarse más allá de las primeras dos décadas de vida.⁶⁶

La agresividad reactiva se deja explicar más fácilmente por el desbalance entre los diversos sistemas cerebrales que surge en la adolescencia, al que se hizo referencia más arriba.⁶⁷ Es típicamente explosiva y descontrolada, y a menudo viene acompañada de desinhibición e inestabilidad emocional, pero no necesariamente por tendencias antisociales.⁶⁸ El episodio que la gatilla normalmente será una situación de estrés o amenaza, que provoca ira o temor, y la explicación de la reacción se encuentra, en general, en dos fenómenos que justamente se ven acentuados durante la adolescencia: bien en una hiperexcitación a nivel del circuito cerebral evitativo o de amenaza (una fuerte sensación de alerta, cargada emocionalmente),⁶⁹ bien en un déficit de funcionamiento de la regulación prefrontal (red de control cognitivo).⁷⁰ Este último caso abre la posibilidad de reacciones agresivas aun en situaciones que no representan amenaza.⁷¹ Es típicamente explosiva, descontrolada, acompañada y caracterizada por altos niveles de excitación.⁷²

Ahora bien, como ya se señaló, los adolescentes pueden experimentar con una gran intensidad emocional, no sólo las amenazas a su integridad física (o su vida), como las que niegan su identidad o estatus social, ante el ridículo, la burla o la humillación.

En el “caso del asaltante en peligro”, según el tribunal de instancia, el intenso temor a ser capturado – o batido – en el enfrentamiento que se produjo con el dueño de la tienda, explican en gran medida la intensidad del ataque (mortal) protagonizado por Jonas, al punto de que, cuando éste propinó a la

66 Ibid., p. 59. Sin embargo, si la agresividad reactiva o impulsiva se debe a problemas específicos del individuo en su capacidad de autocontrol, se cree que puede conducir a un comportamiento antisocial de más larga duración; así, Vitiello, B. y Stoff, D. M., “Subtypes of Aggression and Their Relevance to Child Psychiatry”, en *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, Volume 36, Issue 3, Marzo de 1997, pp. 307-315, 309

67 Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 60.

68 Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 309.

69 V. supra, n. 37.

70 Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 59. Cfr., con todo, Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 309, advirtiendo sobre la posible influencia de “specific neurological insults involving the temporal or frontal lobes, substance abuse, or temperamental and personality traits”.

71 Ibidem.

72 Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 309.

víctima la estocada homicida, el móvil de “codicia” (Habgier) había perdido peso y centralidad, y ya no era el motivo dominante en su conciencia. Ello descartaría la presencia de un asesinato, dejando sólo subsistentes los cargos (menos graves que el asesinato, en el derecho alemán) de un homicidio simple y un robo. El Tribunal Supremo Federal, si bien reprochó la falta de fundamentación de la sentencia, confirmó que si llegase a probarse que para el adolescente en ese momento lo decisivo era salir libre (e ileso) ello podría descartar la calificante de codicia respecto del homicidio.⁷³ Una estructura motivacional similar, relativamente habitual en muchos hechos de violencia protagonizados por adolescentes, y que hace dudar de la presencia de los aspectos subjetivos de una calificante especialmente reprochable, se presenta en el caso de la así llamada “fuga hacia adelante” (Flucht nach vorn): un adolescente se involucra en un delito, pero inmediatamente después del hecho reflexiona sobre la gravedad del hecho y los riesgos que se ciernen sobre él en caso de ser descubierto, entonces, sintiéndose “entre la espada y la pared”, sede a un impulso irracional por escapar de esas consecuencias, y lleva el hecho hasta el final, dando muerte a la víctima.⁷⁴ Si, además, la posibilidad de ser encarcelado le resulta al adolescente especialmente temible, debido a experiencias anteriores reales o a fantasías, entonces el impulso para escapar puede ser incontrolable.

Por su parte, en el “caso del bate de béisbol”, el sistema evitativo o de amenaza, que se activa frente a emociones negativas y dolorosas, parece haber jugado un rol preponderante en la violenta reacción de Alberto ante lo que él experimentó – de forma intensificada por la influencia del alcohol – como un ataque a su dignidad e identidad. Los ingredientes reactivos de su violencia, como “agresividad caliente”, saltan, pues, a la vista.

Una nota inquietante, pero también condicionada por la inmadurez cerebral de los adolescentes, es el hecho de que el circuito básico de amenaza se encuentra relativamente solapado con el de recompensa, de modo que la mayor incidencia, no sólo de las conductas de riesgo, sino también de las violentas y antisociales, en parte se explica porque pueden provocarles sensaciones emocionantes a los adolescentes, que en cierto sentido son

73 BGH, 5 StR 594/15, 19.04.2016.

74 Zieger M., *Verteidigung in Jugendstrafsachen*, 4a edición revisada y actualizada, C.F. Müller, Heidelberg, 2002, p. 22.

gratificantes⁷⁵ (les pueden hacer sentir superiores, poderosos, etc.). La excitación y satisfacción con que Richard (“caso de la denuncia”) alardea de su despliegue de violencia, tras haberlo concluido, parece dar cuenta de ello.

Por su parte, la agresividad instrumental se caracteriza por: un factor afectivo, consistente en frialdad emocional y escasa empatía frente a las emociones de los demás y un estilo arrogante, narcisista y manipulador en las relaciones interpersonales.⁷⁶ Los individuos con este tipo de agresividad no actúan impulsivamente, ni presentan inestabilidad emocional; su nivel de excitación es, como se dijo, bajo.⁷⁷ La agresividad instrumental no es, entonces, “reactiva”, sino “proactiva” y está asociada a comportamientos propios de la así llamada agresividad “depredadora”, que mueve a atacar a otros con el propósito de obtener recompensas o ganancias específicas.⁷⁸

Este tipo de agresividad, que bien podría producirse en el contexto de un hecho que se origina como un caso de agresividad reactiva, pero que luego deviene en instrumental, parece estar más vinculado a las personalidades psicopáticas y aparece asociado a un déficit de aprendizaje aversivo, que es necesario para la socialización de niños y adolescentes en la capacidad de empatizar frente a expresiones de miedo o tristeza por parte de terceras personas.⁷⁹ Algunos estudios dan cuenta de que, en individuos con psicopatías las áreas del cerebro asociadas al sistema aversivo tienen menor respuesta frente a imágenes con contenido emocional negativo, y acusan una peor conexión con las estructuras frontales (que regulan y controlan el comportamiento).⁸⁰ Ello favorecería el surgimiento de episodios de violencia instrumental, como han puesto de relieve Oliva y Antolín, de dos maneras:

“la escasa respuesta de estas estructuras neuronales parece estar en la base de la falta de empatía y culpa que los sujetos con psicopatías muestran ante el sufrimiento de los demás, lo que, unido a la

75 Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 61.

76 *Ibidem*.

77 Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 309. Sin embargo, Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 61, consideran que también hay una nota de impulsividad e irresponsabilidad en los individuos con agresividad instrumental.

78 Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 313.

79 Oliva, A. y Antolín, L., cit. n. 28, p. 62.

80 *Ibidem*.

*falta de temor ante la posibilidad de sufrir un castigo, puede hacer que no duden en hacer daño a otras personas cuando se interponen en sus objetivos personales.*⁸¹

Ahora bien, aunque estos factores que explican la agresividad instrumental tienden a proyectarse a lo largo del ciclo vital de los individuos, como rasgos más o menos permanentes de su carácter, dos fenómenos propios de los primeros años de la adolescencia – que tienden a superarse con la madurez – también pueden favorecer episodios de este tipo: la mayor impulsividad y la búsqueda de sensaciones.⁸² Ello explica la renuencia de la psicología – de la que la Corte Suprema de los Estados Unidos se hizo eco en *Roper versus Simmons* – a atribuir este tipo de comportamientos a rasgos psicopáticos permanentes de un adolescente, algo que no es científicamente prudente afirmar antes de la adultez. Así, precisamente en el “caso del homicidio por experimentación”, y pese a que en él se aprecian todos los rasgos de la violencia instrumental, al punto que cabe considerarlo un paradigma de esa especie de agresividad, el máximo tribunal de ese país se resistió a entender que a través de ese hecho Christian se revelaba como un psicópata o sociópata, como una cualidad propia de su carácter. La psiquiatría infanto-adolescente, de hecho, afirma la posibilidad de tratar la agresividad instrumental en estos individuos, con terapia conductual.⁸³

Por último, la impresión que ciertos hechos de violencia protagonizados por adolescentes dan, en el sentido de tratarse de despliegues de agresividad instrumental, puede matizarse en buena medida si ellos se producen en el contexto de las interacciones en barrios especialmente peligrosos. Los hechos de violencia propios de adolescentes con identidad “salvaje” u “homicida” en ocasiones pueden estar presididos por una extrema sensación de alerta, ante amenazas a su estatus, que pueden ser potencialmente graves, alejándolos del paradigma de la “agresividad fría”. Con mayor frecuencia aún, la violencia protagonizada por adolescentes cuya identidad se conforma con “aguantar”, estará presidida por su sistema de alerta ante agresiones a su identidad en las que está presente el riesgo – actual potencial – de convertirse en objeto de abuso, y no por una fría resolución que exprese pura instrumentalización narcisista de los demás.

81 Ibidem.

82 Ibidem.

83 Vitiello, B. y Stoff, D. M., cit. n. 64, p. 313.

4. Reconstrucción del fundamento normativo de las calificantes y agravantes basadas en disposiciones subjetivas

Lo subjetivo en las calificantes del homicidio

Aunque es difícil reconducir en Chile el fundamento de las calificantes del homicidio a un criterio común, sí parece ser claro que en todas ellas se exige un “plus subjetivo” que no se encuentra en las hipótesis de homicidio simple.⁸⁴

En efecto, más allá de la heterogeneidad de factores de calificación subyacentes a ellas, y con independencia de la distinción entre las calificantes personales o subjetivas, de una parte, y las materiales u objetivas, de la otra, la existencia de una relativa coincidencia doctrinaria sobre el hecho de que respecto de estas últimas no basta con que se dé la circunstancia objetiva que aumenta el injusto del hecho, sino que es necesario que el autor haya deliberadamente buscado o querido tal circunstancia – lo que, en opinión de la doctrina, convierte a estas circunstancias “objetivas” también en “subjetivas”⁸⁵ – se traduce en que todo homicidio calificado se distingue de un homicidio simple, ante todo, por ese plus subjetivo.⁸⁶

Así, respecto de la alevosía existe amplio acuerdo en que, junto a la mayor indefensión de la víctima, es preciso “que el aprovechamiento de ese estado se busque de propósito por el delincuente”, lo que revela, junto al mayor injusto del ataque alevoso, una mayor reprochabilidad del autor.⁸⁷ El uso de

84 Matus, J.P. y Ramírez, M. C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, tomo I*, 3ª edición revisada y actualizada, Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, p. 58.

85 Sea que se las denomine como “mixtas” o “subjetiva-objetivas”, como sostiene Etcheberry, A., *Derecho Penal. Parte General, tomo II*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo II, 1998, p. 43 y Garrido, M., *Derecho Penal, Parte General, tomo I*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 207, sea que aquella exigencia determine clasificarles sencillamente dentro de las circunstancias “subjetivas”, como argumenta Cury, E., *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 518, refiriéndose todos ellos a las circunstancias agravantes, pero con un razonamiento del todo aplicable a las calificantes del homicidio que materialmente coinciden – en todo o parte – con las agravantes genéricas del art. 12 del CP.

86 Lo que, además, excluye la posibilidad de sancionarlo con dolo eventual, exigiéndose el dolo directo; Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, p. 58.

87 Politoff, S., Grisolia, F. y Bustos, J., *Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 117-118. Similar, Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, pp. 51-52. V., el mismo sentido, la SCS Rol N° 5833-2012, de 17/10/2012: “[...] tanto en la actuación traicionera como en el proceder sobre seguro, no basta con el elemento material u objetivo de la indefensión de la víctima, sino que es imprescindible que el hechor

veneno, como calificante, con idéntico fundamento material que la alevosía – al punto de que “todo envenenamiento es también un homicidio alevoso”⁸⁸ – presupone un ánimo insidioso en el autor, que buscó deliberadamente aprovechar las cualidades del veneno para ejecutar un artero ataque.⁸⁹

En el caso del homicidio cometido “por premio o promesa remuneratoria”, la mayor “antisocialidad” del hecho, en el plano del injusto, se corresponde también con una mayor reprochabilidad por lo abyecto del móvil económico o de lucro.⁹⁰

En el ensañamiento, el mayor dolor y sufrimiento de la víctima debe haber sido, no sólo deliberadamente buscado por el autor, sino además a una disposición anímica en el autor de insensibilidad y crueldad,⁹¹ un “lujo de males”,⁹² que dé cuenta de un “desdoblamiento psíquico” de quien tiene voluntad no sólo de matar, sino además, como un objetivo distinto (incluso puede poner en riesgo la ejecución oportuna y eficaz del primer objetivo), de primero hacer sufrir a la víctima.⁹³

La “premeditación conocida”, por último, tiene una evidente fundamentación subjetiva – con independencia de la discusión sobre su fundamento preciso – que en Chile se asocia predominantemente a la presencia de un “ánimo frío y tranquilo” que se mantiene durante un cierto transcurso de tiempo, entre la resolución criminal y la ejecución de tal designio,⁹⁴ sin perjuicio de que la doctrina tiende a exigir que ello se traduzca en un *modus operandi* que además ponga en mayor indefensión a la víctima (es decir, la presencia de alevosía)⁹⁵.

haya buscado de propósito esa situación favorable para cometer específicamente el delito en ese contexto. La agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes; requiere además que el sujeto actúe con un especial ánimo, “ánimo alevoso”, elemento subjetivo que implica el buscar o procurar ex profeso circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando están dadas”.

88 Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, p. 53.

89 Politoff, S., Grisolia, F. y Bustos, J., cit. n. 85, p. 124.

90 *Ibíd.*, p. 122. Similar Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, p. 53, añadiendo que el mayor injusto deriva de la peligrosidad incrementada que se aprecia en la profesionalización del homicidio.

91 Politoff, S., Grisolia, F. y Bustos, J., cit. n. 85, p. 128; Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, pp. 57-58.

92 Pacheco, citado por Cury, E., cit. n. 83, p. 530 n. 375.

93 Etcheberry, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo II, 1998, p. 67

94 Politoff, S., Grisolia, F. y Bustos, J., cit. n. 85, p. 131.

95 Matus, J.P. y Ramírez, M. C., cit. n. 82, pp. 54-55. V. STC Rol N° 3306-17-INA, de 16/11/2017, exigiendo, en primer lugar, una decisión adoptada previa reflexión, meditación y ponderación de las ventajas y desventajas de ejecutar el crimen y, en segundo lugar, que el hechor haya perseverado en su decisión seleccionando antes el medio, lugar y momento apropiado (considerando vigésimo sexto, citando al efecto la SCS, Rol N° 1380-05 del 7/11/2005 y Rol N° y la SCA de Concepción, Rol N° 1236-06, de 7/01/2008).

Calificantes del homicidio y violencia reactiva versus violencia instrumental

Si bien la búsqueda de un fundamento normativo común a la calificantes del homicidio excede de las posibilidades de este trabajo, a modo de hipótesis me parece que hay buenas razones para asociar aquí el “plus subjetivo” exigido por todas las calificantes a la circunstancia de que en todas ellas – si se las interpreta de modo que realmente aporten un aumento significativo de la reprobabilidad del homicidio así perpetrado así entendidas –⁹⁶ son reconocibles los rasgos fundamentales de lo que la psicología de la agresividad califica como violencia instrumental o depredadora; mientras que la ausencia de esos rasgos, y la presencia, por el contrario, de los que son propios de la violencia reactiva, hacen muy difícil afirmar la reprobabilidad incrementada propia de los homicidios calificados. Es sintomático que, desde la otra vereda disciplinaria, la psicología de la agresividad, se haga justamente esta asociación entre violencia instrumental y asesinato.⁹⁷

Así, en primer lugar, la “premeditación conocida” da cuenta, de modo característico, de esta nota de “agresividad fría” requerida en el homicidio calificado, sin perjuicio de la tendencia a exigir una exteriorización de esa nota, típicamente en la selección deliberada de un modo o unas condiciones de ejecución que aseguran el resultado -aumentando la indefensión de la víctima-.⁹⁸

96 Con esto no se quiere suscribir la tesis de que la culpabilidad puede verse incrementada de forma autónoma, con independencia de que la magnitud del injusto permanezca inalterada. La afirmación del texto principal es compatible con la concepción conforme a la cual cualquier incremento en la culpabilidad depende de un aumento del injusto, de modo que la mayor culpabilidad del homicidio calificado supone reconocer en él un mayor injusto objetivo-subjetivo.

97 Así, Muñoz Vivas, Fabiola, *Adolescencia y Agresividad*, tesis doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2000, disponible en: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S4/S4017401.pdf> [visitada el 15/11/2017], pp. 97 y ss., asociando también a la violencia reactiva, entre otras, la justificante de legítima defensa y la atenuante de arrebatte u obcecación.

98 En Alemania, la premeditación (Überlegung) por sí sola ya no califica –fue derogada en 1941- el homicidio (Totschlag) como un asesinato (Mord); es necesario que el hecho se ejecute con alevosía (Heimtücke), lo que supone, en cierto sentido, premeditación (así Rengier, R., cit. n. 8, § 4 nm 42), pero exige algo más. En España, con la adopción del CP de 1995 también se abandonó la calificante de premeditación, exigiéndose alevosía. En el common law, que sigue inspirando varias legislaciones (como el CP de California) la premeditación (malice aforethought) basta para calificar un homicidio (homicide o voluntary manslaughter) como un asesinato (murder); en todo caso, dentro del amplio campo de los homicidios premeditados que califican como murder, la legislación considera (en muchos estados de Estados Unidos de América) agravantes especiales para constituir una clase excepcionalmente grave de asesinato, el first degree murder, que en varios estados puede ser castigado con la pena de muerte; y algunas de esas agravantes consisten en actitudes, móviles o finalidades especialmente reprobables, como la de cometer el asesinato para obtener un beneficio económico.

Pero también respecto de las demás calificantes, los casos en que realmente es posible apreciar una reprobabilidad incrementada – al punto de justificar un aumento cualitativo en la severidad de la pena en comparación con el homicidio simple –⁹⁹ se caracterizan porque, más allá del medio de comisión insidioso o artero, de la magnitud del dolor infligido o de la profesionalización de la actividad, la actitud subjetiva de quien perpetra el homicidio en esas circunstancias revela una impactante insensibilidad – o aun un deleite – frente al sufrimiento de terceros, o un grado extremo de devaluación de la vida ajena, de la que se echa mano sin vacilación o por mera codicia, todo lo cual recuerda aquellas notas de “frialdad emocional” y “escasa empatía”, “estilo narcisista y manipulador” o de actitud “depredadora” con los demás para la obtención de los propios intereses, que caracterizaban a la “agresividad fría” o “instrumental”.

Y es que no parece justificado aplicar penas tan severas¹⁰⁰ sino cuando se está ante crímenes que expresan la más reprobable actitud imaginable ante un la lesión de un bien jurídico de la entidad de la vida. En la dogmática alemana, como se vio, es justamente su asociación con la pena de presidio perpetuo la que ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a interpretar de forma restrictiva las calificantes del asesinato, para asegurar el respeto de la exigencia constitucional de proporcionalidad. Y la forma en que se ha llevado a cabo esta interpretación restrictiva precisamente tiende a descartar el asesinato ante indicios de que el hecho estuvo, en buena medida (no exclusivamente) dominado por notas subjetivas propias de la “violencia reactiva” o impulsiva. Así, por ejemplo, en el caso de las calificantes basadas en móviles, como la “codicia” (Habgier) o más en general los “móviles viles” (niedrige Beweggründe), la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán exige que ése haya sido el “motivo dominante en la consciencia” del agente (das bewusstseinsdominante Motiv), de modo que, cuando este actuó impulsado por una mezcla de motivos (Motivbündel), por ejemplo, junto con la codicia o móvil económico, el miedo a ser aprehendido, el odio, la compasión o la desesperación, la calificante se vuelve dudosa.¹⁰¹ El mismo

99 Que en caso todos los países permite alcanzar el presidio perpetuo (cuando no la pena de muerte, en los estados que la admiten).

100 En Chile, tras la reforma introducida a las penas del homicidio por la Ley N° 20.779 (D.O. 17/09/2014) la pena del homicidio calificado va de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. Así, si al autor no le benefician atenuantes, el tribunal puede imponer esta última pena; y si además concurre una agravante, está obligado a hacerlo.

101 Rengier, R., cit. n. 8, § 4 nm 14, 21.

efecto tiene la exigencia, en el agente, de una cierta “capacidad de dominio” sobre la circunstancia que fundamenta la calificación (das mordmerkmalsspezifische Beherrschungsvermögen),¹⁰² en el sentido de que haya estado en condiciones de reconocer y comprender la cualidad de esa circunstancia que vuelve al homicidio más grave, y de controlar o dirigir su comportamiento a partir de esa comprensión, algo que típicamente se niega cuando el autor está dominado por emociones difíciles de controlar, se encuentra bajo los efectos del alcohol, o cuando al hecho le antecedió inmediatamente una interacción tensa y conflictiva con la víctima o un enfrentamiento o riña,¹⁰³ es decir, justamente en escenarios más típicos de la “agresividad reactiva”.

Aunque nuestro desarrollo dogmático no ha llegado a este nivel de diferenciación, las exigencias doctrinarias acerca de la producción o aprovechamiento deliberado de la indefensión, o acerca del desdoblamiento de la voluntad (con una motivación autónoma de provocar sufrimiento), dan cuenta de una intuición parecida. Esta intuición también se aprecia en algunos fallos de los tribunales superiores, que rechazan la calificación del asesinato ante escenarios más propios de una violencia reactiva.¹⁰⁴

-
- 102 Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 23, donde sin embargo critica una decisión del Tribunal Supremo Federal alemán que invalidó una sentencia de instancia por no considerar alevoso el hecho, pero sin haber examinado la capacidad del (adulto-joven enjuiciado como) adolescente de dominar el móvil fundante de la calificación, que en este caso, en estado de ebriedad, era muy dudosa.
- 103 Votteler, V., Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem. § 211 Abs. 2, 1. Gruppe 4. Variante StGB - im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, C. F. Müller, Heidelberg - München - Landsberg - Frechen - Hamburg, 2014, pp. 63-64, refiriéndose especialmente al tratamiento por los tribunales alemanes de la calificante de “móviles viles”.
- 104 V. la SCA de Valparaíso, Rol N° 132 – 2011, de 22/02/2011, que rechaza la alevosía en un caso en que, en vindicación frente a una supuesta tentativa de robo perpetrada por la futura víctima del homicidio, el asaltado, acompañado de su hijo y un tercero, sale en búsqueda del asaltante, lo golpea con una botella, haciéndolo caer al suelo, y en esas circunstancias, mientras el asaltante se encontraba en el suelo indefenso, el hijo del asaltado lo ataca mortalmente con un arma blanca. La Corte, descarta la presencia de “ánimo alevoso” teniendo en consideración que “la actuación de este acusado es posterior al inicio de la pelea [...] no puede sostenerse que haya habido alevosía por el solo hecho de utilizar un arma blanca [...] Tampoco es posible entender que existió alevosía por el hecho de que el autor no haya manifestado el arma que portaba, por cuanto de acuerdo a la dinámica cómo fueron establecidos los hechos, primero ocurrió la agresión del padre, pudiendo calificarse la actuación de su hijo como un reacción ante la eventualidad de que la víctima pudiera extraer a su vez un arma. Siendo entonces tal actuación una reacción, no podemos estar en presencia de un ánimo alevoso, debiendo tener presente que se trataba de un primero de enero en la madrugada, en que todos los partícipes de estos hechos habían bebido [y] que el homicidio tuvo lugar en el contexto de una riña, en la que participaban varias personas” (el subrayado es mío).

Homicidio calificado y derecho penal de adolescentes

Excepcionalidad de la violencia instrumental homicida en los adolescentes

Conforme a la tesis esbozada, las calificantes del homicidio sólo serían aplicables cuando la actitud subjetiva del agente respecto del hecho es especialmente reprobable, por expresar las notas típicas de una violencia instrumental o depredadora.

La intuición normativa con la que partió este trabajo consiste en que los adolescentes con mucho mayor dificultad – y con mucho menor frecuencia – que los adultos imprimen a sus acciones homicidas aquellas notas que la vuelven extraordinariamente reprobable, para alcanzar la calificación de asesinato u homicidio calificado.

Las explicaciones evolutivas y psicosociales que respaldan esa intuición ya se expusieron. Los adolescentes que ejercen violencia homicida, por condicionamientos evolutivos, casi siempre lo hacen de forma reactiva o impulsiva, fuertemente condicionados por la híper-activación de su sistema cerebral de alerta frente a amenazas, ante la cual su inmaduro sistema cerebral de control cognitivo tiene una capacidad muy disminuida de regular la reacción. E incluso cuando no se aprecia directamente la amenaza, un examen atento del contexto psicosocial – si corresponde a uno marcado por interacciones violentas, donde rigen los códigos de la calle, o de la bandas – permite advertir la presencia de amenazas o atentados contra la identidad que en alguna medida hacen explicable el episodio violento como una forma de preservar un estatus “seguro”, que aleje el riesgo de ser objeto de ataques violentos.

La consecuencia de ello será que en el derecho penal de adolescentes las calificantes del homicidio serán un cuerpo en buena medida extraño, que sólo cabe esperar en casos muy excepcionales. Paradigmáticamente, el “caso del homicidio por experimentación” se muestra como uno realmente excepcional, donde no se aprecia – con los datos de que disponemos – la influencia de factores de agresividad reactiva o impulsiva o de un contexto psicosocial especialmente peligroso que explique el despliegue de violencia como una estrategia de protección de la identidad o de un estatus relativamente “seguro” frente a potenciales ataques. Y si bien sigue siendo

justificada la reticencia de la psiquiatría forense a atribuirle a su autor rasgos psicópatas o sociópatas, que conduzcan a abandonar toda esperanza de que el adolescente evolucione de forma positiva, lo que podría conducir a la imposición de una pena “incapacitadora” – injustificada dentro de un subsistema penal de adolescentes, que justamente renuncia a ese tipo de sanciones – es comprensible afirmar en tal caso la presencia de un homicidio calificado.

En cambio, en el “caso del bate de béisbol”, como se vio, se aprecian claras notas de agresividad reactiva o impulsiva, que lo alejan sensiblemente de la agresividad fría que impacta en el “caso del robo por experimentación”. Las diferencias entre ambos aparecen así casi como un paradigma de la contraposición entre violencia instrumental o depredadora y violencia reactiva o impulsiva. En ese contexto, en el “caso del asaltante en peligro”, pese a las singularidades de la regulación nacional,¹⁰⁵ también es posible apreciar claras notas de agresividad reactiva o impulsiva, que obligarían a reconocer una diferencia significativa entre la reprobabilidad de la actitud subjetiva de Jonas al matar, y la que puede apreciarse en la actitud de Christian (en el “caso del robo por experimentación”). A su vez, en el “caso de la denuncia”, por su parte, la intervención de Simeon se deja explicar en gran medida por el contexto de interacciones violentas en las que se juega la defensa de un estatus relativamente “seguro” frente a agresiones potenciales, si ante una agresión de que se fue víctima se sienta el precedente de que se es vulnerable. Más aun, incluso respecto de Richard, si bien ello puede ser más discutible, la impresión que el tribunal de instancia se llevó – a partir del análisis hecho por el peritaje psiquiátrico, y tras estudiarla en detalle durante seis días de juicio oral – es que la estructura motivacional que gatilló su comportamiento homicida, definida por la circunstancia de que se puso a sí mismo en la encrucijada de, o bien cumplir con las expectativas que él mismo generó entre sus pares, o bien tener que verse expuesto a pagar las consecuencias de una autodegradación identitaria en un contexto de interacciones potencialmente violentas, hacían dudar de que el “motivo dominante en su consciencia” al ejecutar el homicidio hayan sido los móviles especialmente abyectos que lo califican como un asesinato.

105 Que, de conformidad con la práctica judicial imperante, en este caso seguramente conduciría a castigar el hecho por “robo con homicidio” con una pena equivalente a la del homicidio calificado, por el solo hecho de que la muerte se haya producido “con ocasión” del robo, prescindiendo de que el motivo principal del homicidio no haya sido el ánimo de lucro.

Especialidad del Derecho penal de adolescentes

El hecho de que este tipo de los adolescentes muy rara vez protagonicen auténticos episodios de violencia instrumental homicida puede explicar que una de las propuestas que se dirigieron a la Law Commission inglesa haya sido la de eliminar la distinción entre homicidio y asesinato respecto de los menores de edad, reconociendo tan sólo la figura de un “culpable homicide”, ante la cual se deje espacio al tribunal para graduar la pena atendiendo al grado de culpabilidad.¹⁰⁶

Ahora bien, dado que esa distinción no se ha eliminado, una interpretación restrictiva de las calificantes, que sólo las reconozca en hipótesis que realmente ostenten una reprobabilidad incrementada por la actitud subjetiva del agente debería conducir a afirmarlas en situaciones muy excepcionales.

Adicionalmente, dos consideraciones específicas del derecho penal de adolescentes abonan esta consecuencia.

La primera, que es una de las principales exigencias de la “especialidad” del derecho penal de adolescentes, se refiere al principio de que la privación de libertad de adolescentes debe ser un último recurso, que se aplique por el menor tiempo posible. Ese principio dispone que sólo ante crímenes que revelen una culpabilidad muy elevada debe imponerse una sanción de encierro; y que su duración no puede ser muy extensa si la culpabilidad no es excepcionalmente grave. Pues bien, aplicar este principio en el contexto de un sistema de determinación de sanciones penales de adolescentes que, en hipótesis de homicidios calificados, necesariamente lleva a imponer sanciones de encierro y de la duración más alta posible para un sujeto de esa edad,¹⁰⁷ justamente debe abonar la tesis de una interpretación muy restrictiva de las calificantes del homicidio, cuya consecuencia sea la de reservar su calificación como asesinato para casos excepcionales, que claramente constituyan hipótesis de violencia instrumental o depredadora. Esta exigencia de que la aplicación de las instituciones y normas del derecho penal general en el marco del derecho penal de adolescentes tenga lugar con las adaptaciones necesarias para insertarse armónicamente dentro de los principios y fines

106 Ashworth, A., cit. n. 2, p. 182.

107 V. supra. n. 1.

especiales de este sub-sistema (como la evitación del encierro, y, más aun, del encierro muy prolongado), ha sido respaldada por la jurisprudencia de la Corte Suprema,¹⁰⁸ incluso con referencia a las circunstancias modificatorias de responsabilidad¹⁰⁹ (varias de las cuales materialmente coinciden con las calificantes del homicidio).

La segunda consideración, que es consecuencia de lo que se ha denominado la especialidad del “juzgamiento” o enjuiciamiento penal de adolescentes, se refiere a la exigencia de que, en la interpretación de los preceptos que determinan el injusto penal cometido, sobre todo los que contienen elementos subjetivos del delito, la consideración de las estructuras motivacionales típicas de los adolescentes – o de ciertos contextos de vida de ciertos grupos de adolescentes – deben ser tenidas en cuenta al momento de realizar la subsunción,¹¹⁰ algo que ya fue advertido hace tiempo, por ejemplo, por la dogmática alemana especializada en el derecho penal de adolescentes.¹¹¹ De nuevo, ello abona la tesis conforme a la cual, la perspectiva evolutiva y el contexto psicosocial de la agresividad de los adolescentes necesariamente

108 V. sobre todo, SCS Rol N° Rol N° 4419-13, de 17/09/2013 (considerando 7°): “la Ley N° 20.084 viene a consagrar una categoría más sofisticada que un mero cúmulo de preceptos reunidos en un mismo texto y que aborda una materia común, sino que se eleva como un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos. [...] De esa manera, será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley N° 20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente [...]”

109 *Ibíd.* (considerando 8°): “Que lo hasta ahora razonado debe proyectarse también a la interpretación, en el seno del derecho penal de adolescentes, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal”, si bien refiriéndose aquí, más bien, a la necesidad de derechamente excluir las agravantes que no resulten compatibles con los principios y fines del derecho penal de adolescentes.

110 Couso, J., en Couso/Duce, *Juzgamiento Penal de Adolescentes*, LOM, Santiago, 2013, pp. 301 y ss., 419 y ss. V., también, Hernández, H., “El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito”, *Revista de Derecho (valdivia)*, Vol. XX - N° 2 - Diciembre 2007 Páginas 195-217, 214-215, específicamente sobre las circunstancias agravantes: “[e]n cuanto a las circunstancias agravantes, la singularidad de la situación del agente impone también una revisión cuidadosa de los presupuestos bajo los cuales éstas pueden tener aplicación en el derecho penal de adolescentes [...]”, advirtiendo que “[s]i bien algunas de estas circunstancias están establecidas en términos objetivos, no puede negarse racionalmente que lo que se reprocha con mayor severidad es precisamente una actitud subjetiva de desprecio por ciertos valores que trascienden al disvalor propio de la comisión delictiva y que tienen nitidamente un referente cultural de cierto nivel de sofisticación [...] ineludiblemente asociadas a un proceso de socialización e internalización de valores que en el caso de adolescentes no está terminado, de modo que faltarían las bases cognitivas y, con ello, de legitimación de un tratamiento penal más severo”.

111 Eisenberg, U., cit. n. 11, p. 23; v. él mismo, cit. n. 9, § 1 nm 24 g, con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal alemán, relativamente más restrictiva que para mayores de edad; Albrecht, P.-A., cit. n. 12, p. 94.

lleva a descartar las calificantes del asesinato en la generalidad de los casos, reservando esa calificación para hipótesis muy excepcionales.

La práctica judicial nacional, que en otras materias ha asumido la especialidad del derecho penal de adolescentes, lamentablemente no parece haber reconocido la necesidad de un juicio especializado, atento a las particularidades de las estructuras motivacionales de los adolescentes, cuando su comportamiento revela notas de agresividad reactiva¹¹² o se produce en el contexto de interacciones y códigos culturales especialmente violentos.¹¹³

112 V. por ejemplo, la SCA de Puerto Montt, Rol N° 390-2016, de 17/10/2016, que afirma la alevosía en el imputado adolescente, aun reconociendo que el homicidio se produjo en el contexto de una riña, porque el autor adolescente "aprovechando que la víctima se defendía o peleaba con otras dos personas, lo atacó por la espalda dándole muerte con un arma blanca después de asestarle tres heridas [...] sin que su víctima estuviese en condiciones de oponer resistencia alguna", imputación de la que, lógicamente, el autor sólo podría haberse librado si, al momento de resolver realizar el ataque mortal, hubiese llamado la atención de la víctima para permitirle oponer resistencia. V., también la Sentencia del TOP de Valdivia, RIT 145-2015, de 7/10/15, que afirma la alevosía, en el homicidio de una tía abuela en el contexto de una agria disputa entre ésta y su hijo (tío del autor), por una parte, y su propia abuela, su madre y él, por la otra, debida a diferencias sobre unas obras que los segundo iniciaron en la casa que las dos familias compartían, y que se tradujo en amenazas recíprocas e, inmediatamente antes del ataque, una humillante agresión verbal de la víctima contra el adolescente (quien le espetó que le decía que "era un huacho", que "su madre era puta", "no tenía padre", "era vago", "que lo despreciaba su familia"), quien fuera de sí salió persiguiendo con un hacha a su tía abuela, a quien golpeó, haciéndola caer, para luego – cuando se encontraba en el suelo – asestarle un golpe mortal con el hacha en la cabeza. En ambos casos, la dinámica fuertemente cargada, en la que se adivina la extrema sensación de alerta (en el primer caso) y excitación emocional (segundo caso) de los autores, no fue considerada por el tribunal, pese a que hace muy dudosa la presencia de un "ánimo alevoso" (escoger deliberadamente el momento y modo del ataque porque precisamente favorecen la indefensión), como "motivo dominante en la consciencia" al decidir realizar la acción homicida. Contrasta ello con el rechazo de la alevosía, respecto de un acusado mayor de edad, por ejecutarse la agresión en el contexto de una riña, sin "ánimo alevoso" (pese a la objetiva indefensión de la víctima, ya derribada, en el suelo), decidido por la SCA de Valparaíso, Rol N° 132 – 2011, de 22/02/2011, cit. n. 102.

113 V. la Sentencia del TJOP de Osorno, RUC:1400656649-K (RIT:60-2015), de 27/05/2015, que condena por homicidio con ensañamiento, a un adolescente de 15 años, sin ningún contacto previo con la justicia, y a quien su padre (con historial delictivo relevante, y de quien su madre recientemente se había separado por violencia conyugal y contra sus hijos – incluido el autor adolescente), indujo una noche en la que bebían junto a unos conocidos en casa, a participar con él en los tormentos infligidos a uno de éstos para obtener que revelara la clave de su tarjeta bancaria, de modo de obtener así dinero para más trago. El tribunal no consideró seriamente la posibilidad de que el temor reverencial frente a un padre así de sádico (o aun la ansiedad por no devaluar su imagen frente a él, quedando como un cobarde y débil) haya sido un motivo dominante para el comportamiento del hijo (además, alcoholizado), por lo menos al punto de hacer dudar de que también en el adolescente haya estado presente un "desdoblamiento de la voluntad" que lo haya determinado a participar en la decisión de escoger para la víctima una muerte más dolorosa.

Peritaje sobre las estructuras motivacionales

Es altamente plausible que la dificultad de los tribunales para atender a las particulares estructuras motivacionales presentes en un adolescente que mata, en buena medida se explican por desconocimiento o falta de comprensión de tales fenómenos. Ello puede dar cuenta de la necesidad de contar con conocimiento experto al respecto, cuando los litigantes no puedan, directamente, llamar la atención al respecto, en los casos más “simples”.

La sospecha o la existencia de indicios acerca de la presencia de estructuras motivacionales propias de los adolescentes (como las que caracterizan la agresividad reactiva o los contextos de grave amenaza al estatus en barrios o interacciones especialmente peligrosas), que pueden negar o hacer dudar razonablemente de que en una conducta homicida perpetrada por un adolescente se haya verificado aquel plus subjetivo que califica un homicidio como un asesinato, puede hacer necesario el recurso a peritajes psiquiátricos o psicológicos, pues la exploración de tales estructuras motivacionales puede representar para el juez sin formación psicológica una sobre-exigencia difícil de enfrentar.¹¹⁴ Por lo demás, el recurso a peritajes está sobre todo justificado en casos en que el adolescente arriesga una condena muy severa, a (varios años de) privación de libertad.¹¹⁵

Ello no supone en caso alguno relevar a la acusación de la carga de argumentar la presencia de la circunstancia calificante, incluida su dimensión subjetiva. De modo que el tribunal perfectamente podrá descartar, sin la necesidad de peritaje alguno, la circunstancia calificante cuando, pese a presentarse los aspectos objetivos relevantes (indefensión o mayor sufrimiento de la víctima, una ganancia pecuniaria para el autor, transcurso de tiempo entre la decisión y la ejecución), no haya evidencias sobre la presencia de la dimensión subjetiva que todas ellas requieren.

El peritaje sólo será necesario en los “casos difíciles”, que se presentan más bien, como lo ejemplifica el análisis de la motivación de Richard que tuvo lugar en el juicio seguido por el “caso de la denuncia” – o el de la de

114 Lempp, Reinhart, “Zur Psychopathologie scheinbar unverständlicher Tötungsdelikte von Jugendlichen und Heranwachsenden”, en Kerner/Kaiser (Eds), *Kriminalität*, Springer, Berlin – Heidelberg, 1990, pp. 265-273, 265; Albrecht, cit. n. 12, p. 94.

115 Albrecht, *ibíd.*, p. 324.

Jonas, en el “caso del asaltante en peligro” – cuando pese a la presencia del móvil o disposición subjetiva requerida por la calificante, existan indicios que puedan hacer dudar del peso específico que esos móviles tuvieron en el homicidio concretamente perpetrado, frente a otros móviles que también estuvieron presentes y que parecen explicar de modo preponderante el hecho, o dudas sobre la “capacidad de dominio” del autor adolescente – alcoholizado o afectado por una fuerte emoción sobre la circunstancia calificante. Si una lección puede sacarse de la exigencia que el derecho alemán hace, en el sentido de que el móvil calificante haya sido el “motivo dominante en la consciencia” del autor al momento del hecho, es que es perfectamente posible que en el hecho concorra una “mezcla de motivos” (Motivbündel) cuya comprensión requiere un análisis experto a la hora de discernir si el hecho estuvo co-determinado (mitbestimmt) – en la consciencia del autor – por motivaciones condicionadas por conflictos propios de la fase de desarrollo adolescente. Lo mismo puede decirse de los casos en que en el adolescente parecen faltar la comprensión sobre la significación especialmente grave que al hecho le imprime la circunstancia calificante – que en principio sí concurre – o la capacidad de dirigir su comportamiento a partir de ella.

Perfil sociocultural mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en la región de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta

Autora: Francisca Fernández Droguett
Antropóloga, Magíster en Psicología Social, Doctora
en Estudios Americanos

1. Resumen

Este texto da cuenta de la elaboración de un perfil sociocultural de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, que sirva como modelo de identificación y aplicación de una defensa especializada por parte tanto de los defensores penales públicos como de los facilitadores interculturales, en el abordaje de causas con mujeres de esas características.

Como metodología de investigación se llevó a cabo entrevistas semi-estructuradas a 35 mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las cárceles de Arica, Iquique, Alto Hospicio y Calama, una sistematización bibliográfica y documental.

A nivel teórico se abordaron tres enfoques vinculados con las categorías identitarias (mujer, indígena y extranjera) de quienes son los sujetos de este estudio: género, etnicidad y migración.

2. Introducción

Históricamente, las mujeres han vivido la privación de libertad de manera distinta a los hombres, y esto se debe a diversos motivos, como por ejemplo la diferencia que existe en las motivaciones que originan la acción delictiva en hombres y mujeres, o las responsabilidades de cuidado de los hijos, lo que trae como consecuencia diversos niveles de adaptación a la situación carcelaria.

A partir de una serie de investigaciones se puede observar que la principal motivación para cometer un delito por parte de mujeres se asocia a formas de resolver la situación de vulnerabilidad que les aquejan tanto a ellas como a sus familias extensivas. A pesar de estar privadas de libertad esta preocupación se mantiene, teniendo que generar múltiples estrategias de vinculación con el mundo externo para cubrir necesidades relacionadas con la educación, salud, seguridad, alimentación de hijos, padres y hermanos.

Chile no escapa de estas características de género respecto de la vivencia carcelaria, de hecho desde la Defensoría Penal Pública y diversos funcionarios se señala que en general en las primeras entrevistas realizadas a imputadas, a diferencia de los hombres, la principal preocupación no es respecto de la defensa sino más bien en torno a suplir las necesidades familiares que trae su encarcelamiento. Las mujeres tienden a dar cuenta de sus problemas familiares y los hombres más bien relatan elementos que puedan aportar en la construcción de su estrategia de defensa (Atabay, 2013).

Específicamente para el caso de las mujeres indígenas y migrantes, la privación de libertad genera una situación aún más traumática, ya que implica no sólo la imposibilidad de paliar necesidades del entorno familiar, sino la pérdida de contacto con el país de origen, y por ende con sus familiares, la imposición de prácticas culturales y lingüísticas del país en que se encuentra encarcelada, en la mayoría de los casos ajenas a su realidad, y por efecto la limitación en la circulación y manejo de la información respecto de su causa penal y del sistema judicial en general.

La población femenina indígena migrante se convierte en una de las más vulnerables respecto de la comprensión de su situación penal y pueden ser consideradas como víctimas potenciales de violencia institucional dada esta condición.

La violencia y discriminación efectiva y/o simbólica se hace presente desde el primer control de detención así como también en la primera audiencia, en que no se exige la presencia de un traductor, por lo que el campo de comprensión de los hechos que acontecen en este marco por parte de las imputadas está absolutamente delimitado por la imposibilidad del mutuo entendimiento, a diferencia de casos en que el imputado es de habla inglesa, donde inmediatamente se procede a la presencia de un traductor (Cárdenas, 2011).

Por otra parte el despojo de sus vestimentas tradicionales se convierte en otro de los ejercicios de dominación y negación de sus identidades culturales, al ser borrado la simbolización externa de sus patrones culturales. Una mujer indígena sin su vestimenta tradicional refleja un cuerpo desnudo, vulnerable, con escasas posibilidades de interacción social. Es un cuerpo expuesto.

Frente a lo narrado, desde la Defensoría Penal Pública, específicamente desde sus oficinas del norte grande, surge la necesidad de ahondar en las estrategias de defensa respecto de estas mujeres. Si bien existe un estudio de gran aporte al respecto, el Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en Chile, publicado en el 2015, para las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, se debe profundizar respecto de las características socioculturales de estas mujeres, a través de una investigación cualitativa para la elaboración de un perfil sociocultural, que permita sensibilizar e informar a los diversos agentes en torno a la defensa, considerando la dimensión familiar, territorial, religiosa, productiva, entre otras dimensiones, de sus defendidas.

Como estrategia de investigación se procedió desde un enfoque cualitativo, entiendo por ello una mirada que se centra en los sentidos y significados otorgados por los sujetos en relación a sus vivencias a partir de lo narrativo. En este contexto la principal técnica de producción de datos es la entrevista semi-estructurada realizada a 35 mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad de las cárceles de Arica, Iquique, Alto Hospicio y Calama, a través de una pauta temática elaborada por la investigadora responsable considerando las inquietudes de los facilitadores interculturales de todas las regiones del norte grande de Chile.

La muestra es intencional, las mujeres entrevistadas fueron sugeridas por las facilitadoras considerando sus casos como representativos de las diná-

micas sociales y culturales más reiterativas en el contexto carcelario de sus zonas de encarcelamiento. Luego se llevó a cabo un análisis de contenido identificando los temas más recurrentes, que permitieron posteriormente crear las categorías centrales de exposición de los resultados.

En cuanto al enfoque teórico se abordaron fundamentalmente tres ejes, los cuales, a su vez, se vinculan con el perfil de la muestra (mujeres indígenas extranjeras): género, etnicidad y migración.

3. Hacia un enfoque de género para la comprensión de la situación carcelaria

Asumir un enfoque de género para analizar el medio carcelario requiere constatar su invisibilidad analítica. La mayoría de los estudios al respecto no han abordado o lo han hecho de manera muy limitada, la injerencia de los procesos culturales e históricos en la construcción de lo femenino y lo masculino, perpetuando la desvalorización y subordinación social de las mujeres.

La noción de género remite al proceso de construcción y reproducción social, cultural y simbólica de la diferencia sexual entre mujeres y hombres, estructurando las identidades y relaciones entre los sexos, delimitando roles y atributos, que operan en un contexto de normalización e internalización de las diferencias como naturales.

Por ello el enfoque de género nos posibilita tensionar las condicionantes culturales, políticas, jurídicas, económicas y sociales de las desigualdades entre hombres y mujeres, considerando las dimensiones específicas involucradas para la comprensión de la realidad carcelaria como fenómeno multidimensional.

El enfoque de género nos permite visibilizar la discriminación y la violencia de género hacia las mujeres por el sólo hecho de ser mujeres, ampliando el campo de comprensión y las estrategias para el diseño y desarrollo de modelos de defensa. Pero también debemos enfatizar que no existe una sola mujer, siendo siempre necesario hablar de mujeres, desde el carácter de interseccionalidad que posee toda construcción de sujeto. Las intersecciones

de clase, raza y género reflejan la articulación de diversas posiciones de sujeto y al mismo tiempo de múltiples formas de discriminación y opresión.

La cárcel se ha convertido en una de las principales instituciones sociales de construcción de género en las sociedades modernas, mediante la implementación de técnicas de control y disciplinamiento de las mujeres privadas de libertad a través de sus cuerpos, modelando las relaciones de género entre hombres y mujeres. El funcionamiento y organización carcelaria se instituye sobre la base de la opresión, explotación y dominación masculina y plasmando el orden valórico y simbólico del mundo masculino (Cárdenas, 2011).

La mayoría de los centros de detención femeninos latinoamericanos no cuentan con el espacio adecuado para la población femenina, lo que ha traído como consecuencias altos niveles de hacinamiento, ni tampoco sistemas de atención de salud que respondan a las necesidades específicas de las reclusas como embarazos y enfermedades determinadas. El personal carcelario continúa siendo mayoritariamente masculino (Cárdenas, 2011).

La separación del entorno social de las mujeres opera en diversos niveles. Muchas en la cárcel al estar recluidas, en situación de imputadas o condenadas, suelen ser abandonadas por sus parejas, maridos, o por parte importante de la familia y amistades, aunque también se ha constatado que existen casos de separación y abandono antes del hecho delictivo. Desde el sistema carcelario existen una serie de restricciones que influyen también en ello, como por ejemplo el caso de la visita íntima, en que se suelen pedir más exigencias a las mujeres que a los hombres. Por otro lado la poca regularidad en que pueden ver a sus hijos pone en tensión una estructura familiar monoparental encabezada por mujeres, generando rupturas familiares y aumentando el nivel de vulnerabilidad de los hijos (Cárdenas, 2011).

En cuanto a las mujeres reclusas extranjeras si bien presentan situaciones similares a las reclusas chilenas respecto a la infraestructura y a los servicios ofrecidos, el acceso a la justicia es aún más limitado, generándose además un problema anexo de casi nulo contacto con el consulado de su país, instancia fundamental para la comunicación con sus familiares y la satisfacción de ciertos requerimientos que no cubre el sistema carcelario. Los problemas se acentúan por la condición de lejanía y, muchas veces, de desconocimiento por parte de la familia, y por las propias diferencias institucionales entre un sistema judicial y otro.

Como señala Cárdenas (2011):

“... esta población vive un “doble desamparo estatal”, en la medida en que gran parte de estas reclusas no cuentan suficientemente con los servicios consulares de su país ni del Estado chileno para poder tener un acceso adecuado al sistema de justicia chileno” (p. 91).

Del mismo modo, aunque existen cárceles exclusivamente para mujeres, por lo que se puede prestar más atención a sus requerimientos particulares, todavía a nivel central el diseño, aplicación y evaluación de los planes, proyectos y programas correspondientes para poder responder a las necesidades de género, son nulos o mínimos (Atabay, 2013).

4. Lo indígena en marcos étnicos

Considerando una mirada interseccional en la construcción de género, la dimensión étnica se torna en un elemento central de comprensión de las vivencias de las mujeres indígenas privadas de libertad.

El concepto de etnicidad remite a diversas acepciones haciendo referencia a grupos culturales, minorías y/o unidades subnacionales en el marco de sociedades con una hegemonía cultural, siendo asociado a pueblos indígenas.

Tradicionalmente se le vincula con el concepto de tribu, correspondiendo a un conglomerado social de pequeño tamaño, que posee elementos comunes: una lengua, un territorio, costumbres, valores, un nombre, una misma descendencia y conciencia de los actores de pertenecer a un mismo grupo (Amselle, 1985). Frank Barth (1976), en cambio, propone definir lo étnico como un proceso de relaciones, como categoría de adscripción e identificación utilizado por los actores para organizar la interacción entre los individuos, lo que refleja un proceso de autoconstrucción de los rasgos que los van a diferenciar de otros sobre la base de la conciencia de la diferencia.

Leticia Reina (2000), en el contexto actual de globalización, define lo étnico como un término en constante redefinición, pero sobre todo una estrategia de lucha política de los pueblos indígenas para combatir desde la diferencia cultural en búsqueda de su legitimación, cuestionando el orden simbólico de la dominación.

En nuestro sistema judicial la dimensión étnica ha sido históricamente negada e invisibilizada, además de operar una esencialización respecto de lo indígena como parte de una situación de aislamiento geográfico, de precariedad económica y educativa, en que se nos presenta exclusivamente como parte de una realidad rural atemporal.

Se construye una imagen purista del indígena como sujeto ahistórico y por ende pasivo, sin posibilidad de agenciamiento. El portar apellidos indígenas, ser hablante de lengua indígena y/o usar vestimenta tradicional, serían los únicos indicadores para su reconocimiento como tal, y por lo tanto vivir en la ciudad o pasar algún tiempo en ésta, no vestir a la usanza tradicional, o no hablar la lengua, indicarían la pérdida de la calidad.

Como construcción jurídica la Ley Indígena 19.253, creada en 1993, define al indígena por descendencia familiar (hasta tercera generación), presencia de un apellido, por matrimonio o adopción, pero también por auto-identificación mediante la validación desde una comunidad o una organización con personalidad jurídica y certificación indígena otorgada por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

La autoidentificación es un elemento más de comprensión de la identidad, pero que no ha sido relevante ni tampoco legitimado a la hora de la delimitación de una defensa especializada de un imputado que se auto reconoce como tal.

5. Migración y género

En estas últimas décadas nos encontramos ante un proceso creciente de feminización de los fenómenos migratorios, además del aumento de la cantidad de migrantes y su heterogeneización en cuanto al tipo de migración (política, económica, permanente, temporal) (Godoy, 2007).

La feminización de las migraciones está vinculada con dinámicas sociales y económicas que incluyen las migraciones transfronterizas en búsqueda de un nuevo mercado laboral externo y el tráfico ilegal de personas (trata) para el comercio sexual, configurando alternativas para conseguir recursos y fuente de remesas para los países de origen donde se encuentran en la mayoría de los casos la familia de las mujeres migrantes (Godoy, 2007).

Otro elemento a considerar como motivación de las mujeres a migrar es el tipo de relaciones de género en el contexto de origen, circunscritas a diversos niveles de violencia y de discriminación por el hecho de ser mujeres (Godoy, 2007).

El aumento de mujeres en las migraciones ha colocado como eje a problematizar la dimensión de género en tanto elemento identitario que históricamente ha tenido un rol central en la configuración y jerarquización de las relaciones sociales. Como anteriormente se señala, debemos considerar que uno de los factores del por qué las mujeres deciden migrar se deben a motivaciones vinculadas a los estereotipos y las desigualdades de género vivenciadas en el país de origen. Del mismo modo las redes para migrar, los significados asociados a la experiencia migratoria y los modos de inserción social y laboral en el país de acogida están determinados también por esta dimensión.

“Las migraciones influyen en las relaciones de género, ya sea afianzando las desigualdades y roles tradicionales, o bien desafiándolos”
(Godoy, 2007:42).

Los efectos de las migraciones en la reconstrucción de las identidades de género son contradictorias, ya que por una parte las nuevas vivencias y los vínculos generados en el país de llegada pueden reproducir estereotipos femeninos del país de procedencia y a su vez posibilitar mayores niveles de autonomía y realización personal producto de la ampliación de repertorios interpretativos dados por nuevos marcos de comprensión en torno a nuevos vínculos sociales (Godoy, 2007).

Como se señala anteriormente, la migración contemporánea de la mayoría de las mujeres se debe a una estrategia de incrementación de recursos económicos asociados a la subsistencia económica familiar, según el tipo de demanda y oportunidades laborales en el país de origen como el receptor, que determinará a su vez si la migración es individual, familiar, permanente o cíclica.

En este proceso de migración económica, los países a los cuales se migra, -generalmente sociedades industrializadas- que si bien son percibidos como espacios proclives a aumentar los ingresos de quienes migran, requieren de mayor inversión económica y tienden a ser espacios fuerte-

mente excluyentes, lo que dificulta el retorno cotidiano o la mantención de las relaciones familiares, generándose largos tiempos de incomunicación o distanciamiento entre estas mujeres con sus parejas, hijos y el resto de su familia.

La migración hacia países latinoamericanos está también determinada por la necesidad de contar con una mayor cercanía con los territorios nacionales, siendo visto como una posibilidad de atender urgencias y de mantener un contacto más permanente con las familias. La cercanía geográfica y la disminución de los costos de traslado siguen siendo determinantes a la hora de elegir el país de destino, pero al mismo tiempo esto influye en la conformación de un trabajo femenino de baja calificación.

Estamos ante una feminización de la migración intrarregional relacionada con las oportunidades laborales de algunos países latinoamericanos, percibidos con mayores ingresos y estabilidad económica, surgiendo nuevos espacios laborales para dar cabida principalmente a mujeres con calificaciones y características determinadas (Mora, 2008).

La circularidad de los flujos es una de las principales características de los patrones migratorios sur-sur de las mujeres latinoamericanas, produciendo un patrón de retorno permanente entre los territorios en que se llevan a cabo las actividades laborales y los de residencia de sus familias, marcado por las responsabilidades y ritos familiares, como la mantención de los hijos y las celebraciones de cumpleaños, navidad o año nuevo, que les motiva a regresar cotidianamente a sus países de origen, creando las condiciones de una limitada movilidad laboral dada por esa circularidad. La permanencia de hijos y parejas en los países de origen será determinante en la configuración de un asentamiento temporal, por lo que el acceso al empleo y su duración estarán determinados por la necesidad de regresar constantemente.

“... las responsabilidades de género son fundamentales en la articulación del modelo migratorio, ya que la permanencia de los hijos en el país de origen, que representa la experiencia de la mayoría de los inmigrantes, implica que aunque las mujeres migrantes se transformen en el sustento económico de la familia, también deban atender otras responsabilidades del cuidado de los hijos y del vínculo afectivo” (Mora, 2008:290).

6. El norte de Chile como espacio transfronterizo

Históricamente las fronteras se crearon para delimitar, distinguir y diferenciar unos de otros, operando como muro divisorio.

En América Latina los Estados nacionales fijaron sus fronteras como un ejercicio de soberanía, pero sobre todo como una estrategia de creación de la ciudadanía. Las naciones americanas surgen al alero de la creación de los Estados modernos y con ello también la ciudadanía.

“... la noción de frontera que persiste en la actualidad corresponde a la interpretación heredada de la construcción de los Estados nacionales del siglo pasado que alude fundamentalmente a los contornos del territorio de los Estados nacionales, donde estos ejercen soberanía” (Tapia, 2012:179).

Toda frontera hace referencia a la existencia de límites y bordes, reflejando una condición de separación y delimitación de identidades asociadas a un lado u otro de ésta, siendo resultado de procesos militares, en la mayoría de los casos producto de conflictos bélicos, por lo que la demarcación de las fronteras da cuenta de la victoria y por ende del fracaso de una de las partes, lo que marca una política de diferenciación cultural sobre la base de un conflicto, siendo siempre reflejo de una geografía política territorial en disputa.

*“El geógrafo francés Michel Foucher, en su libro *Fronts et Frontières* (1988), nos dice que, de manera general, las fronteras han sido el resultado de las guerras. En lo que concierne a América Latina, cerca de 27% de la longitud de sus fronteras —11 860 kms— ha surgido de esta circunstancia, ya sea directamente, por el hecho de la victoria de una de las partes, o indirectamente, como producto de tentativas militares indecisas” (Diesbach De Rochefort, 2002:18).*

La imposición de las fronteras nacionales en América Latina es reciente ya que responden a delimitaciones geográficas y territoriales que emergen con la creación de los Estados naciones durante el siglo XIX, por lo que el fenómeno migratorio es asociado con el movimiento, desplazamiento y cambio de residencia entre un Estado nación a otro distinto del de origen,

los cuales son además registrados por los censos poblacionales y otros dispositivos administrativos (Tapia, 2012).

En el norte grande de Chile, la región fronteriza limita con tres países (Argentina, Bolivia y Perú), en un territorio con presencia de comunidades indígenas andinas (aymara y quechua, principalmente), donde los habitantes de cada uno de los países han recreado identidades nacionales desde una experiencia de vida marcada por la convivencia con los otros, los del otro lado de la frontera.

En Chile, el imaginario de la frontera está situado desde las condiciones geográficas de ser un país largo y angosto, que delimita hacia el oeste con el Océano Pacífico, y hacia el este con la Cordillera de Los Andes, siendo la frontera un demarcador territorial pero sobre todo psicosocial de diferenciación y oposición entre lo nacional y lo extranjero limítrofe (González, 2009).

Sin embargo la realidad histórica del mundo andino es otra, el territorio nortino siempre ha sido un espacio transfronterizo cruzado por diversas rutas ancestrales, de circulación de bienes, personas y comunidades, lo que determina una cotidianidad vivida desde flujos migratorios y comerciales permanentes que son vistos muchas veces por los Estados como ilegales.

Un demarcador territorial establecido por las comunidades indígenas andinas han sido las apachetas, montículo de piedras que indicarían el inicio y a su vez el fin de dos mundos complementarios, teniendo además un sentido ritual en tanto lugar de ofrendas, siendo un espacio donde habitan espíritus protectores (González, 2009).

Las apachetas son elementos de integración y no de separación, correspondiendo también a un sitio desde donde un sujeto puede mirar su territorio y los colindantes, siendo un demarcador de camino, a diferencia de los hitos fronterizos que son demarcadores de frontera, de separación, la puerta de entrada hacia un territorio extranjero (González, 2009).

Hay una infinidad de rutas ancestrales, las cuales componen redes comerciales incluso precoloniales, que atraviesan las fronteras entre Bolivia, Chile y Perú. Dado que buena parte de estas áreas colindantes se encuentran en territorio altiplánico, con condiciones climáticas particulares, el control por parte de los Estados se ve limitado. Esto contribuye a que la región

contenga como parte de su experiencia social cotidiana una gran variedad de flujos humanos migratorios y comerciales que, desde el punto de vista de los Estados, se comprende como “irregular”.

Como mecanismo de estructuración de las fronteras se instalan demarcadores espaciales, geosímbolos, que buscan constituirse en íconos de la nacionalidad. Estos pueden ser físicos pero también simbólicos. La Cordillera de los Andes es uno de esos demarcadores espaciales más ilustrativos (González, 2009).

Se pueden identificar por lo menos dos lugares como geosímbolos en el norte grande de Chile, sitios construidos como lugar de encuentro de las diversas nacionalidades pero que al mismo tiempo son un punto de unión de identidades étnicas compartidas, correspondiendo a territorios transfronterizos. Estos sitios son triple-fronteras de las regiones de Arica-Parinacota y Antofagasta: la triple frontera andina, donde convergen Bolivia, Chile y Perú; y la triple frontera circumpuneña, donde se encuentran Bolivia, Argentina y Chile. Actualmente son consideradas como zonas geoestratégicas asociadas a fenómenos contradictorios entre sí, por una parte en ella acontecen situaciones de migración ilegal, contrabando, narcotráfico, y al mismo tiempo constituyen hitos del comercio transfronterizo y la paradiplomacia entre pueblos (González, Ovando y Rouviere, 2008).

La Triple-frontera Andina fue delimitada en 1929, en el Tratado de Lima, después de una larga disputa diplomática entre Chile y Perú (1884-1929), por la soberanía de las provincias de Tacna y Arica, ubicándose el hito o punto de encuentro a 4.115 metros sobre el nivel del mar. En este lugar se lleva a cabo cada quince días una feria andina transfronteriza donde participan aymaras de los tres países, para el intercambio de diversos productos según el piso ecológico de origen. Si bien todos quienes participan son aymaras también se puede observar la diferenciación según país de origen. Las comunidades aledañas y de origen de la mayoría de los campesinos que asisten a esta instancia son Ancomarca (Perú), Visviri (Chile) y Charaña (Bolivia). La feria dura veinticuatro horas y luego de su realización las fronteras reaparecen (González, 2009).

La migración en el norte grande responde a un hecho histórico de larga data (Tapia, 2012), respondiendo a un proceso de flujos permanentes y circulares previa a la designación de las fronteras nacionales y a los conflictos armados con Perú y Bolivia en fines del siglo XIX, y en especial la Guerra del Pacífico (1879-1883), situación clave que marcará la configuración territorial de los

tres países en la actualidad (Ugarte, 2014). Por ejemplo, la reivindicación marítima boliviana se instala con fuerza como imaginario luego de la pérdida de mediterraneidad pos guerra, la cual se mantiene y acentúa hasta hoy en día, siendo uno de los ejes de la configuración chilena moderna de frontera. La anexión de las regiones de Tarapacá y Arica –Parinacota a Chile y la delimitación geográfica del territorio andino estarán marcadas por el sino de la disputa histórica entre países vecinos, trayendo como consecuencia una fuerte militarización de la zona (Vicuña y Rojas, 2015).

La fijación de la frontera nacional desde la Guerra del Pacífico instaura un imaginario social caracterizado por un discurso homogeneizador de lo chileno (Ugarte, 2014), en que lo indígena es asociado con lo extranjero, lo boliviano y lo peruano, y por oposición lo chileno con lo blanco, lo europeo y por ende lo civilizado, por lo que las diferencias culturales operarían como diferencia de civilidad, remitiendo lo indígena a lo salvaje. En este marco la chilenización será la única vía posible de modernización, asumiendo a su vez una superioridad moral-racial de lo chileno frente a lo foráneo, asumido históricamente como el enemigo (Lube Guizardi y Garcés, 2013). A partir de este momento la base del proyecto identitario nacional será la negación, destrucción e invisibilización de todo componente cultural que ponga en cuestión el ideario de unidad nacional

7. Paso fronterizo y migración en Chile

El ingreso a Chile se debe realizar según la normatividad vigente nacional por un paso fronterizo autorizado, existiendo diversas modalidades: terrestre, fluvial o aéreo. La institución a cargo de controlar y registrar los flujos de ingreso y de salida al país es la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) (Lube Guizardi, Pérez, Martínez y Jordán, 2015).

Existen 33 pasos terrestres, 18 aéreos y 31 marítimos, en los cuales interactúan diversos organismos públicos: la Policía de Investigaciones de Chile, a cargo del Control Migratorio; el Servicio Nacional de Aduanas, encargado del Control Aduanero (entrada y salida de mercancía, bienes, etc.); el Servicio Agrícola y Ganadero de Chile (SAG), a cargo del control de la entrada y salida de animales, semillas y plantas, y Carabineros de Chile, encargado del resguardo del Orden y Seguridad en Frontera.

La Ley de Extranjería chilena permite diversas medidas a tomar en relación con la entrada y permanencia de extranjeros sin embargo la decisión final recae en el funcionario de la PDI (ubicado en los puestos de pasos fronterizos) operando criterios que no han sido racionalizados ni transparentados en relación con la puesta en vigor de las medidas legales. Por ejemplo, en las denegaciones de pedidos de tránsito fronterizo existen diversos motivos que no responden a una política sistemática sino más bien a motivaciones personales de los funcionarios fronterizos (Lube Guizardi, Pérez, Martínez y Jordán, 2015), como por ejemplo la discriminación por aspecto físico o vestimenta de un sujeto.

El marco legal de la temática migratoria se basa en la articulación de la normativa nacional, compuesta por decretos, decretos leyes y supremos, y leyes, con instrumentos internacionales, como tratados, convenciones, acuerdos bi o multilaterales, ratificados por el Estado chileno.

El Decreto Ley (DL) 1094, de 1975, es el que regula los asuntos relativos a la inmigración en el país, que sitúa exclusivamente la temática como un asunto de extranjería, por lo que no aborda las problemáticas de la inmigración en Chile, teniendo una orientación policial para evitar supuestamente la entrada de elementos peligrosos o terroristas que amenazaran la estabilidad nacional. Bajo esta premisa el Decreto Ley se encuentra en contradicción con los planteamientos jurídicos y sociales de un Estado Democrático de Derecho (Pérez, Lube Guizardi, Vicuña y Rojas, 2015).

La identificación de la calidad indígena

Uno de los temas más complejos a la hora de realizar un perfil sociocultural de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad es la identificación de su calidad indígena más allá de la normatividad chilena. Si bien en nuestro país se reconoce la autoidentificación como un elemento constitutivo de lo indígena, requiere de un proceso de certificación por parte de CONADI que no se ajusta a la realidad de estas mujeres y que además requiere de mucho tiempo de inversión, para que una comunidad u organización chilena reconozca a la persona, para luego llevar a cabo un examen de conocimiento y lengua indígena.

En términos generales, en América Latina se identifica la calidad de un sujeto como indígena por el uso de una lengua indígena, tener uno o dos

apellidos indígenas, por auto-identificación, por pertenencia territorial, por usos y costumbres, entre otros elementos.

La mayoría de las mujeres de esta investigación provienen de Bolivia y Perú, por lo que las legislaciones nacionales pueden ser un referente a considerar a la hora de dar cuenta de su calidad indígena.

En ambos países uno de los criterios de consideración como identificación indígena es el manejo de alguna de las lenguas indígenas de las familias etnolingüísticas, destacando para el caso peruano las lenguas de comunidades indígenas amazónicas y la creación de una ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial.

En Perú, los sujetos Indígenas remiten a la población residente en hogares particulares, cuyo jefe y/o cónyuge declaran poseer lengua materna indígena (quechua, aymara, asháninka u otra lengua nativa). Pero sobre todo será la pertinencia territorial y comunitaria uno de los principales ejes de reconocimiento de su condición indígena.

Para el caso peruano, muchos de los territorios indígenas andinos son considerados centros poblados, correspondiendo según la Ley de Demarcación y Organización Territorial a un territorio nacional urbano y rural identificado mediante un nombre y habitados por una población igual o mayor a 151 habitantes en viviendas particulares. Por otra parte, el Viceministerio de Interculturalidad estableció mediante la elaboración de un listado la existencia de 55 pueblos indígenas con sus respectivas lenguas situados en territorios específicos.

En Bolivia, la calidad indígena está determinada por la procedencia de un sujeto de un territorio indígena originario campesino (TIOC), lo cual se aplica a todas las personas pertenecientes a naciones y pueblos con existencia precolonial, quienes en forma colectiva gozan de los derechos consignados en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Cabe destacar que otros referentes que pueden ser utilizados para delimitar la calidad indígena son los diversos tratados internacionales y convenios internacionales, destacando el Convenio 169 de la OIT, promulgado el 2 de octubre del 2008 y en vigencia desde el 5 de septiembre del 2009 por el Estado chileno

La calidad indígena otorgada desde este convenio se da “por el hecho de descender de poblaciones que habitan 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” (Artículo 1 del Convenio 169 de la OIT). La conciencia de su identidad indígena será considerada como un criterio fundamental para determinar los grupos a los cuales se aplican las disposiciones del Convenio.

Más allá de estas disposiciones legales, lo que hoy en día prima en ámbitos institucionales nacionales es la esencialización de lo indígena como parte de una situación de aislamiento geográfico, remitida a una realidad rural y de precariedad económica. Los indígenas son presentados como sujetos ahistóricos y sin ningún nivel de agenciamiento, operando exclusivamente un reconocimiento desde la consolidación de un conjunto de estereotipos. El indígena es exclusivamente un campesino, pobre y su identificación gira en torno a elementos culturales fijos, como el poseer apellidos indígenas, hablar una lengua indígena, o por el uso de vestimenta tradicional.

Desde este imaginario se niega la posibilidad de una identificación que se sitúe en espacios urbanos, con sujetos profesionales y que por diversos motivos no posean los rasgos culturales anteriormente descritos. No debemos olvidar que en Chile un amplio porcentaje de la población indígena, producto de la colonización y homogeneización cultural republicana, no habla su lengua indígena, lo que también acontece en otros lugares de América Latina (Fernández, 2003).

Por ello es necesario posicionar con más fuerza la idea de la auto-identificación como posibilidad de reconocimiento, rompiendo con una mirada hegemónica en que se asume la diversidad cultural como patrón de desigualdad, en que lo indígena es percibido como un elemento deficitario, en que las diferencias se asumirían como limitantes para el desarrollo de sujetos y pueblos.

9. Lugar de origen de las mujeres indígenas extranjeras

A través de la realización de las entrevistas se logró identificar las zonas de origen de las mujeres que más se repiten y que responden a territorialidades

indígenas. Cabe mencionar que si bien la muestra corresponde a mujeres de diversas cárceles (Arica, Iquique, Alto Hospicio y Calama) se repite el lugar de procedencia y la ruta migratoria.

Las dos zonas de mayor procedencia son Puno, Perú, y Cochabamba, Bolivia, correspondiendo a población aymara y quechua respectivamente.



Puno es el nombre tanto de una ciudad, provincia, departamento y región de Perú, ubicada en el corazón de territorio aymara, zona de los antiguos señoríos aymaras Lupacas, Collas y Pacajes, siendo una provincia fronteriza a Bolivia. Algunas de las localidades y/o centros poblados de Puno y de origen de las mujeres de este estudio son: Chapalla, Mazo Cruz; Churu Maquera, Collana, Laraqueri, llave, Juli, Yanapata Yunguyo, y la ciudad de Desaguadero, uno de los distritos emblemáticos de la región, correspondiendo a una zona urbana binacional (peruana – boliviana).

Una de las principales características del pueblo aymara es la ocupación de una geografía múltiple como mecanismo de acceso a diversos productos y variados ambientes naturales, traducándose en un patrón de asentamiento disperso en diversos pisos ecológicos (costa, pampa, precordillera, altiplano, y ceja de selva), tanto de manera permanente, mediante la colocación por piso de un tipo de vivienda, o a través de la realización de actividades agrícolas y/o ganaderas (Murra, 1988).

Históricamente el aymara ha ocupado una geografía múltiple, asegurando cada grupo su acceso regular a varios ambientes y diversificando los posibles riesgos de cada piso andino, mediante un movimiento oscilatorio de arriba hacia abajo (y viceversa) como estructura de movilidad, bajo un criterio de complementariedad ecológica (Pease, 1981).

Esta forma de habitar el espacio aún se mantiene, a pesar de la existencia de las fronteras nacionales (Bolivia, Chile y Perú).

El pueblo aymara ha sido tradicionalmente agrícola y ganadero, sin embargo en las zonas cercanas al lago Titicaca la mayoría de la población se dedica al cultivo de tubérculos, cereales y granos, así como a la crianza de vacunos, ovinos y animales menores (MINSA, 2010). Las comunidades ubicadas en las zonas altas, como llave, se dedican predominantemente a la actividad ganadera tradicional, a través de la crianza de camélidos sudamericanos y ovejas (Arias y Polar, 1991).

Otra de las zonas emblemáticas de origen en relación a Perú es Tacna. Cabe destacar que en este caso las mujeres provenientes de esa ciudad no son originarias de ahí, sino más bien su residencia estaría determinada por una migración interna desde la región de Puno a Tacna. Todas quienes poseen su residencia en Tacna se ubican en el sector de Cono Sur.

Tacna es una región donde el 50% de sus habitantes son migrantes de otras zonas de Perú, destacando un 44% que es proveniente de Puno, de las zonas rurales y de comunidades aymaras, como por ejemplo de llave y de los diversos centros poblados aledaños.

La lógica del desplazamiento migratorio de la población puneña-aymara forma parte de las dinámicas de migración que experimenta el Perú desde mediados del siglo pasado, de migración del campo a la ciudad. En este

contexto el perfil del inmigrante que llega a Tacna es el de un puneño aymara proveniente de ámbitos rurales, atraído por nuevos campos de oferta laboral, en un primer momento en la mina o actualmente como agricultor, comerciante, en trabajos de construcción y de servicios, o por la posibilidad de realizar trabajos temporales en Arica, Chile, de manera temporal o permanente (Berganza y Cerna, 2011).

La migración puneña es fundamentalmente laboral, para generar nuevos o mayores ingresos, o para diversificar las actividades económicas más allá de las labores clásicas de pastoreo y agricultura. El crecimiento urbano, la posibilidad de insertarse dentro de redes de comercio o de trabajar en obras de construcción, los servicios educativos, los vínculos familiares o de compadrazgos, son elementos centrales que motivan la emigración hacia Tacna (Berganza y Cerna, 2011).

En Tacna, la mayoría de los aymaras mantendrán diversas prácticas culturales, como por ejemplo actos rituales (challa, tinka) y festividades (anata, fiestas patronales) en barrios y viviendas como estructuración de sentido de vida comunitaria. Complementando estos ritos se articulan lazos fuertes de parentesco entre barrios y distritos. Del mismo modo nos encontramos con radios comunitarias, organizaciones juveniles, asociaciones barriales, ferias, equipos de fútbol, comparsa de danzantes y músicos, que amplían y consolidan las relaciones sociales y comerciales además de mantener la vigencia de los modos de vida de sus comunidades de origen en la ciudad (Mamani, 2004). En muchos casos el vínculo directo con los lugares de origen se mantiene, a través de la visita en tiempos de fiesta, el cumplimiento de cargos festivos como de orden político, el envío de dinero, o estadías temporales para desempeñar funciones agrícolas o ganaderas.

La presencia de población migrante aymara puneña provocó una serie de cambios tanto en la dinámica comercial como cultural y territorial de Tacna. En este último punto cabe destacar la transformación de la geografía urbana y de su organización política y simbólica a través de la ocupación de los espacios periféricos de la ciudad y la creación de nuevos barrios, los llamados Conos, donde se mantienen las dinámicas espaciales y sociales andinas (Berganza y Cerna, 2011).

En cuanto a mujeres provenientes de Bolivia, la zona de procedencia más frecuente es Cochabamba, que es tanto una ciudad como un departamento.

Algunas ciudades y comunidades de origen son: Tarata, Isinuta, Villa Tunari, Pucarita Cocapata, Aiquile, Tiraque, Punata, Chacuela, Apillapampa, Capinota y Quillacollo.

El departamento de Cochabamba cuenta con una variedad de pisos ecológicos de valles, puna y de yungas. Su economía está basada fundamentalmente en el cultivo de tubérculos conjuntamente con la cría de ganado vacuno y ovino. La población es en su mayoría de origen quechua y actualmente la organización social gira en torno a los sindicatos campesinos. La economía está basada en la agricultura con cultivos de papa, haba, cebada, oca, maíz, en la zona alta; y bananos, coca, yuca, pina, arroz, cítricos y palmito en la zona baja. La actividad pecuaria se basa en la crianza de ganado ovino y vacuno, y se realiza también la pesca en ríos. La explotación de recursos forestales es otra fuente importante de ingresos, junto a actividades industriales como aserraderos, peladoras de arroz, empacadora de pina y banano y talleres de carpintería. La producción de chicha y tejidos artesanales son de relevancia en la zona alta.

Al igual que la población aymara, entre las comunidades quechua se desarrolló un sistema de complementariedad ecológica a partir del control vertical de diversos pisos ecológicos (selva, altiplano, precordillera, pampa, valle y costa). Cada pueblo se establecía en una zona nuclear donde se encontraba la mayoría de la población, la administración política y las actividades centrales de producción. En torno a estas zonas, a algunos días de distancia, se establecían islas o archipiélagos de producción de otras plantaciones y cultivos, como la hoja de coca, planta sagrada y medicinal para los pueblos andinos, además de ser áreas de pastoreo de llamas y alpacas, lugares que constituyeron los llamados pisos ecológicos donde las comunidades podían desarrollar otras actividades que el clima y la geografía de la zona nuclear no permitía. Estos espacios eran controlados y cuidados por mitimaes (población indígena desplazada para cumplir con las funciones señaladas), quienes a pesar de la distancia con sus comunidades de origen mantenían el lazo comunal y los derechos adquiridos, además de convivir con otros pueblos de la zona, convirtiéndose en espacios pluriculturales de diversificación productiva (Murra, 1972).

Este modelo sigue estando vigente hoy entre las comunidades quechua de Bolivia, Chile y Perú, mediante un flujo permanente y transfronterizo, de intercambio de productos, actividades y personas (Fernández, 2013).

Es así que durante diversos momentos del año o en algunas etapas de la vida, comuneros quechua varían de domicilio según los ciclos productivos o como mecanismo de complementación del ingreso familiar, a través del desarrollo de otras actividades laborales que complementen la producción de la chacra, contemplando además que en el departamento de Cochabamba se encuentran tres pisos ecológicos (valles, puna y yungas).

Otras zonas de procedencia en menor escala desde Bolivia son las ciudades y sus respectivas comunidades indígenas de Sucre (estancia Pampa Huasi), Potosí (Cerro Gordo, provincia Nor Lípez) y Santa Cruz (ciudad Fernández Alonso), donde también hay una presencia indígena mayoritariamente quechua.

Quizás uno de los puntos a destacar respecto a este ítem es que casi todas las historias de vida de las mujeres entrevistadas dan cuenta de una migración circular permanente desde temprana edad por razones laborales, manteniendo un vínculo con sus comunidades y localidades de origen a través de un retorno permanente para desempeñar actividades productivas temporales, para festividades y para dar cumplimiento a una serie de cargos comunitarios.

10. Manejo de la lengua indígena

La lengua es un instrumento de socialización, siendo su adquisición uno de los procesos fundamentales en que un sujeto se convierte en miembro de su sociedad, reflejando las formas en que cada cultura percibe tanto su entorno físico como social y generando una gran influencia en como conceptualiza su mundo un sujeto. Al traducir la experiencia individual y colectiva en una lengua, se posibilita la transmisión de una serie de conocimientos y patrones (Fernández, 2003).

“En la medida en que los elementos lingüísticos son aprendidos de los demás, son en conjunto parte de la cultura, y como tal, es muy probable que estén estrechamente asociados con otros aspectos de la cultura que es aprendida de la misma gente” (Hudson, 2000:107).

“El lenguaje ante todo es un aspecto social, siendo un bien comunitario. Su origen y su razón de ser residen en la constitución de una comunidad, por lo que necesita para sobrevivir la existencia de una comunidad que la hable” (López, 2000:11).

Las lenguas indígenas en América Latina se han constituido históricamente en lenguas oprimidas por ser el medio de expresión de sectores sociales marginados y discriminados. Su situación de opresión deriva del hecho de que sus propios hablantes sufren la misma condición (Fernández, 2003).

Los largos siglos de opresión y marginación han colocado a los pueblos indígenas en una situación de subordinación en casi todos los órdenes de la vida social y esto se refleja en la situación de diglosia, por lo que más que un problema eminentemente lingüístico se trata de un problema político. Se conoce como diglosia a la situación en la que en una sociedad concreta, una o varias lenguas se ven subordinadas a otra que goza de mayor prestigio social en las funciones que cumple. La lengua dominante y de prestigio es utilizada en todos los contextos y ámbitos y constituye un idioma de uso formal; la lengua oprimida y dominada es relegada al plano informal y doméstico.

La diglosia es producto del desequilibrio resultante del conflicto social existente en una sociedad determinada. Como resultado de un conflicto una de las lenguas se constituye como “lengua fuerte” y la otra queda relegada como “lengua débil”. La lengua fuerte es la usada en las ciudades, como por ejemplo el castellano, que cumple las funciones sociales institucionales más importantes (comercio, administración, justicia, información, educación, etc.) y las lenguas indígenas aquellas políticamente menos importantes (vida cotidiana, familia, intimidad, amistad, etc.). El espacio social de la lengua indígena queda restringido a lo íntimo y cotidiano, mientras que el del castellano abarca lo institucional y formal.

El contexto carcelario sin duda da cuenta de una situación de diglosia, así como también todo el aparataje institucional judicial en Chile. El castellano es casi exclusivamente el único idioma de uso, esto sólo ha tenido una pequeña modificación en torno a la defensa de imputados e imputadas indígenas, en que algunos casos se ha permitido el rol de traductor de los facilitadores interculturales o asistiendo algún especialista en lenguas indígenas, pero son pocos casos.

La mayoría de las mujeres entrevistadas son bilingües, manejan tanto el castellano como una lengua indígena, preferentemente el aymara o quechua, sin embargo existen diversas modalidades de bilingüismo entre ellas. Algunas manejan como lengua materna (L1) el idioma indígena y como lengua segunda (L2) el castellano. En cambio, son muy pocos los casos de

monolingüismo en lengua indígena, sin embargo en la mayoría de los relatos los padres son monolingües, y sobre todo la madre.

Es importante clarificar que existen además diversos niveles de bilingüismo, desde una condición aditiva hasta una instrumental. Para los autores Siguan y Mackey (1986) la persona bilingüe ideal, llamado bilingüismo aditivo, es quien posee una competencia comparable a su primera lengua de otra, capaz de utilizar una u otra lengua según las circunstancias y con la misma eficacia, estando ante el manejo de dos sistemas lingüísticos en situación de equilibrio. En cambio el bilingüismo instrumental remite a un manejo muy básico de una segunda lengua, que no logra posicionar marcos de comprensión en el hablante, por lo que no existe una comunicación efectiva. En ese sentido muchas de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad, si bien manejan un nivel básico del castellano, no logran comprender los mensajes comunicados en este idioma, siendo necesario en estos casos solicitar un traductor.

Por otra parte, la relación asimétrica entre el idioma oficial y las lenguas indígenas, provoca la auto negación de los propios hablantes (Sarto, 1997), por lo que muchas veces, luego de varios meses, producto de un proceso de confianza con el defensor o la facilitadora, recién asumen y visibilizan su condición bilingüe.

11. Contexto familiar de las entrevistadas

Como anteriormente se señala, la mayoría de los padres de las entrevistadas son hablantes monolingües, quienes no habrían ingresado al sistema de educación formal o sólo cursando los primeros años de enseñanza básica (o primaria).

Llama la atención la gran cantidad de madres viudas de las entrevistadas y la gran cantidad de hermanos, lo que refleja la conformación de familias extensivas.

Las principales actividades llevadas a cabo por los padres son la agricultura familiar, en la chacra, y ganadería, ambas de subsistencia y por ende para consumo familiar y/o comunitario. En menor medida realizan laborales comerciales vinculada a la cocina, limpieza, costura, compra y venta de productos, sin embargo en el caso de las entrevistadas estas labores serán sus actividades centrales.

En todos los casos la precariedad laboral será un elemento permanente, ya que no poseen contrataciones laborales y la mayoría de las acciones de comercialización se generan dentro de una economía informal.

En cuanto a la situación familiar actual de las entrevistadas, la mayoría son solteras, viudas o separadas, son las principales sostenedoras económica y emocionalmente de sus familias respectivas, lo que se vincula con los procesos de feminización de la migración, en que migran a países vecinos, como Chile, para aumentar sus ingresos económicos a través de una migración circular ya que sus hijos residen en sus países de origen, lo que las obliga a regresar constantemente. En relación a este punto, en los casos investigados y que finalmente motiva tanto la migración como la acción delictiva, es la generación de mayores ingresos para el tratamiento de enfermedades graves o terminales de sus hijos, parejas o madres.

Sus parejas actuales o anteriores son mayoritariamente indígenas y bilingües, visibilizando diversos contextos de violencia intrafamiliar por parte del conviviente o esposo, siendo uno de las principales causa de separación la violencia física y psicológica ejercida por la pareja.

Respecto del cuidado de los hijos durante la privación de libertad, señalaron que son las madres, hermanas, cuñadas, en unos pocos casos los padres y hasta vecinas del poblado o la comunidad, quienes cumplen ese rol, y casi todos los casos en los países de origen.

En cuanto a la educación formal, la mayoría de las entrevistadas no finalizó sus estudios secundarios, pero sí la primaria.

Finalmente, uno de los ámbitos de recurrencia en el relato de las entrevistadas es el cumplimiento de sus padres de algún cargo comunitario, sobre todo del padre, como autoridad política y religiosa o también como figura central en alguna actividad comunitaria, como por ejemplo corregidor, presidente de la junta, dirigente sindical, capitán del equipo de fútbol, tesorero, etc. Este es un punto central ya que puede considerarse como otro elemento más que delimite la calidad indígena de las mujeres investigadas, el que algún familiar haya cumplido un cargo dentro del sistema tradicional de representación. El servicio prestado por un miembro de la comunidad a su colectividad se conoce con el nombre de cargo, abordando las esferas económico-productivas, jurídicas y espirituales, siendo servicios y obligaciones que

se cumplen para beneficio de la comunidad en un determinado tiempo (un año por lo general). Son cargos que, en forma secuencial y ascendente, van hacia un proceso creciente de responsabilidad, permitiendo la adquisición de experiencia y conocimiento por parte de quienes lo ejercen (Guzmán, 2011). Quienes realizan los cargos no reciben pago asociado al período de servicio, sino más bien la mayoría de las veces deben invertir tiempo y recursos económicos para realizar sus servicios a la comunidad, a cambio del gran prestigio que le otorga el desempeño de esta labor (Korsbaek, 2009).

En lengua aymara se conoce como thakhi el camino que todo sujeto debe transitar para convertirse en autoridad, a través del cumplimiento progresivo de cargos y responsabilidades públicas. Este proceso se inicia con el matrimonio de una joven pareja, y su conformación como dualidad complementaria, chacha-warmi (hombre-mujer), quienes se convierten en jaqui (persona) a través de esa unión, siendo habilitados y obligados a cumplir servicios a la comunidad, además de acceder al uso de la tierra (Astvaldsson 1997; Chuqui-mia, 2006). Para iniciar el thakhi la pareja se compromete a entrar en la fila o lista para cumplir las obligaciones a la comunidad, bajo un sistema de turnos.

Las autoridades originarias tienen un año para ejercer su cargo. Uno de los primeros cargos a cumplir son los religiosos vinculados a la organización de las fiestas patronales, lo que refleja la articulación entre la dimensión religiosa y política en el mundo aymara. Cuando la pareja ha cumplido con los cargos, entran al tiempo de descanso. Algunos son nombrados consejeros especiales dentro de la comunidad, por su prestigio de haber sido autoridad.

12. Acciones delictivas

Todas las mujeres indígenas extranjeras entrevistadas están privadas de libertad por el delito de tráfico de drogas. En el caso específico de la muestra de esta investigación la mayoría de las mujeres se involucran en el tráfico para aumentar sus ingresos económicos dadas sus precarias condiciones económicas.

Muchas de ellas llegan a Chile previamente para realizar labores agrícolas como trabajadoras por temporada, como parte de una migración circular y permanente. Es frecuente que relaten que en algún terminal de bus del Norte Grande un desconocido les ofrezca trasladar droga a cambio de un pago

en dólares, lo que ellas aceptan por la necesidad de aumentar sus recursos económicos para el cuidado de sus hijos en su calidad de madres solteras o divorciadas o pagar los gastos asociados a enfermedades de algún pariente.

A continuación se presentan algunas citas textuales de las mujeres entrevistadas que reflejan lo anteriormente descrito.

“Ese mismo año llegué a Arica a trabajar en una chacra en el Valle de Azapa. Regresé a Tacna y allá una amiga me dice que me vaya a Calama a trabajar con uva. Primero llegué a Iquique y en el terminal un caballero se me acercó para llevar paquetes a Santiago y que me pagaría 500 dólares ... en el sector de Loa la policía hace un control y registro al bus, donde yo llevaba la droga en la cintura”.

“Cuando estaba viendo mis papeles conocí a otras bolivianas, tiempo en que trabajé de ayudante de cocina por cinco meses. Luego me fui a Bolivia a ver mis hijos, y en mi regreso, en el terminal de Iquique, conocí a una mujer que me ofreció llevar a Vallenar droga por 400 dólares y ella me compró el pasaje. En Loa hemos bajado del bus, estaba haciendo fila y me revisaron, yo llevaba la droga en el estómago (ovoides)”.

En otros casos, el contacto para trasladar la droga se realiza en el país de origen, a través de un dato de algún pariente o amigo, o simplemente de un desconocido, realizándose la entrega de la droga en el lugar de procedencia o ya en Chile.

“Estuve de visita en Cochabamba, a comprar verduras, donde conocí a una mujer tomando chicha. Mi novio la conocía de antes. Ella me ofrece llevar drogas hasta Calama, por lo que mi mamá cuidaría a mis hijos en Tarata. Acepté esto porque necesitaba plata para mis hijos, ya que estaba ganando apenas 30 bolivianos diarios. Me fui de viaje desde Cochabamba a Colchane, donde me entregaron la droga. En Quillagua los carabineros nos bajaron encontrando 1 kilo y medio de droga”.

“En el Terminal de Cocha me habló un caballero y me dijo si llevaba esto hasta la Serena me pagaría 800 dólares. Dejé a mis hijas donde una señora conocida, a quien le tenía que pagar. Tomé junto a otra chica un bus desde Cocha a Oruro, Colchane y en Loa. La droga en polvo estaba abajo del asiento. En Loa bajé y al regresar al bus saqué lo que llevaba”.

“Me vine a Chile como mi prima, ya había venido una vez antes a Santiago. Nos juntamos con dos chicos desde Cocha, pasamos por Oruro, Colchane hasta llegar a Iquique. Nos dijeron que desde Iquique nos fuéramos a Copiapó y de ahí a Santiago. Finalmente nos fuimos los cuatro hasta Calama y en la salida nos encontraron la droga. Cuando nos revisaron en Calama le preguntaron a uno de los chicos donde iba pero no sabía por lo que yo contesté y nos hicieron bajar a los 4. Nos encontraron ovoides, uno de los chicos había vomitado y dejado todo en una bolsa negra”.

“Vine a Cochabamba de vacaciones y ahí conocí a un amigo, quien me ofrece llevar droga a Chile. Acepto la oferta. Le miento a mi marido para ir a Chile y le digo que vengo por mercadería para luego vender. Viajo hasta Iquique (Cocha, Oruro y Pisiga) para llegar a Calama, al salir de ahí me revisan, yo iba a Santiago. Viajé con una prima, y llevábamos pasta base en las zapatillas”.

Si bien en muchos de los casos de imputadas por tráfico de drogas ellas desconocen el porte, ya que es la pareja quien realiza el tráfico o por engaño de algún desconocido al solicitar trasladar algún bulto, en este trabajo son pocos los casos que reflejan esta situación. A continuación se agrega una cita de una imputada que es apresada por tráfico siendo que ella señala no estar involucrada en el hecho.

“Decido venir a Chile a trabajar, ya se me había terminado la plata. Una prima trabajaba en un mall en Calama y me dicen que necesitarán más gente. Me fui donde una amiga colombiana, que era amiga de un amigo boliviano. Nos hicimos amiga de la colombiana donde yo le hacía el aseo, aunque ella no me pagaba. Yo sospechaba que vendía droga. Una noche estaba ahí y justo llega la policía. Y me toman presa”.

13. Situación carcelaria

Uno de los puntos que aparece de manera reiterativa en las conversaciones y entrevistas con las mujeres es respecto a su situación carcelaria y el desconocimiento de sus derechos al ser apresadas.

La mayoría de las mujeres privadas de libertad sólo son informadas de la existencia de una Defensoría especializada indígena durante su estadía en

la cárcel. Esta información es otorgada principalmente por las facilitadoras interculturales durante las visitas, por la realización de talleres en la cárcel o por otra presa que les comenta la existencia de esta modalidad.

Según lo narrado por una de las facilitadoras interculturales y por algunas entrevistadas, otras presas que no son indígenas han solicitado el poder tener una defensa especializada ya que verían con buenos ojos el trabajo particular que se lleva a cabo con las mujeres indígenas, contando con mayor presencia y asistencia judicial que las no indígenas.

En cuanto al proceso vivido por las mujeres desde el encarcelamiento, se indica el maltrato tanto psicológico como en algunos casos hasta físico (uso de fuerza física) por parte de las diversas instituciones públicas involucradas, como la PDI, el personal hospitalario (para el caso de portadoras de ovoides), la policía fronteriza, Carabineros de Chile, jueces y diversos funcionarios de Gendarmería. El punto más reiterativo es el uso por parte de estos funcionarios de un lenguaje verbal burlesco y discriminador por ser indígenas y extranjeras. Este elemento se repite respecto del vínculo con las presas chilenas, quienes las califican de sucias, hediondas, indias, y brujas, este último elemento por hablar sus lenguas indígenas.

Si bien estos puntos no son parte de un perfil sociocultural, reflejan prácticas y vivencias compartidas por las mujeres privadas de libertad, que son necesarios de analizar y considerar para mejorar las condiciones de vida en la cárcel.

14. Recomendaciones y futuras líneas de investigación e intervención

El principal fin de este texto fue la elaboración de un perfil sociocultural de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta, para aportar en la defensa especializada, pero también es necesario proponer algunas recomendaciones y futuras líneas de investigación e intervención considerando los elementos identificados en este perfil.

Se torna fundamental generar un proceso de identificación de lo indígena más allá de su certificación, incluyendo las recomendaciones que los tratados y

convenios internacionales señalan al respecto, como el Convenio 169 de la OIT, además de solicitar información a los consulados respectivos a modo de complementación. En este sentido es fundamental reconocer la autoidentificación como un criterio más de reconocimiento, además de considerar los apellidos y otros indicadores que aquí fueron expuestos, como la procedencia territorial, la lengua indígena de uso, los antecedentes familiares, las costumbres, entre otros. Si fuese necesario una identificación formal (certificado calidad indígena) pueden ser utilizados como referentes instrumentos legales nacionales, dispositivos internacionales, además del DNI o cédula de identidad.

La procedencia territorial en los casos de mujeres provenientes de Bolivia y Perú es uno de los elementos pilares para definir su condición indígena, por lo que es necesario precisar en la primera entrevista realizada por el defensor el pueblo o la comunidad de origen tanto de la familia como la propia, haciendo mención a los términos centro poblado, ayllu, pueblo o parcialidad de nacimiento. Por otra parte es fundamental asumir como parte de la historia personal y territorial los flujos migratorios campo-ciudad, especificando lugares permanentes o momentáneos de residencia (tanto personal como familiar).

El registro del uso de la lengua indígena por parte de las mujeres encarceladas, su familia y en el caso de aplicarse su cónyuge, es otro de los puntos centrales para la caracterización de la calidad indígena, sin embargo se debe precisar el carácter monolingüe o bilingüe según cada caso, pero además el tipo de bilingüismo (si es aditivo o instrumental), por lo que se requiere un informe lingüístico al respecto para analizar la necesidad de apoyo en esta materia, tanto de la facilitadora intercultural o de un especialista.

La participación familiar y personal en el sistema de autoridades originarias en los cargos políticos comunitarios, locales y/o religiosos para el caso de las mujeres andinas, es otro de los elementos a tener en cuenta, ya que reflejan su participación en la estructura comunitaria a pesar de existir una constante migración campo – ciudad (y viceversa), complementando esta información con la descripción de actividades económicas comunitarias, familiares y personales, los usos y costumbres como prácticas ceremoniales, ritualidades y festividades, en que participan de manera directa o indirecta.

La configuración de una defensa especializada indígena requiere de un proceso que vaya más allá de lo netamente formal, como por ejemplo del ingreso al sistema SIGDP. Una estrategia situada en las condiciones de la

imputada comienza desde el trato cotidiano, las visitas, la realización de las entrevistas, saludo según los usos, considerando la experiencia que poseen los facilitadores interculturales. También requiere de la generación de una estrategia multidisciplinar e intercultural de defensa y la aplicación de un enfoque transnacional/transfronterizo, a través de un trabajo articulado con los diversos consulados y oficinas de defensa especializada de los países de origen de las imputadas y condenadas, como por ejemplo la Defensa de Pueblo o de la Mujer en Bolivia. En esta misma dimensión se sugiere operar con un enfoque de género de defensa en que la reconstrucción de las relaciones de géneros en su espacio comunitario sea un elemento a considerar en el mismo abordaje de la causa.

La integración de peritajes antropológicos, históricos o sociológicos, debe trascender la condición de prueba pericial, siendo integrados también como herramientas de aproximación a la causa y de vínculo con las mujeres.

A nivel metodológico, se sugiere una mayor difusión respecto del sistema procesal penal chileno potenciando el carácter oral y visual del soporte. En el norte grande se han realizado algunas experiencias de difusión por parte de las facilitadoras interculturales con líneas del tiempo en que visualmente se plasman los diversos momentos en que cada imputada se encuentra. Por otro lado, la realización de entrevistas grupales entre pares (por lengua, pueblo, territorio, etc.) puede potenciar la identificación de ejes discursivos sociales, creándose un mayor insumo para la construcción de la estrategia de defensa.

15. Referencias bibliográficas

Amselle, J.L. (1985). Ethnies et espaces: pour une anthropologie topologique. En Amselle, J.L. et M`Bokolo. Ethnies, tribalisme et état en Afrique. París : Ed. La Découverte.

Atabay, T. (2013). Mujeres privadas de libertad: una guía para el monitoreo con perspectiva de género. Asociación para la prevención de la tortura y Reforma Penal Internacional. Londres: Reforma Penal Internacional.

Arias, A. y Polar, O. (1991). Pueblo aymara: realidad vigente. Lima: Instituto de Pastoral Andina.

Astvaldsson, A. (1997). Las voces de los waka: fuentes principales del poder político Aymara. La Paz: Cuadernos de Investigación 54 (CIPCA).

Barth, F. (1976). Los grupos étnicos y sus fronteras. La organización social de las diferencias culturales. México: FCE.

Berganza, I. y Cerna, M. (2011). Dinámicas migratorias en la frontera Perú-Chile. Arica, Tacna e Iquique. Lima: Departamento Pastoral de Movilidad Humana.

Cárdenas, A. (2011). Mujeres y cárcel en Chile: Diagnóstico de las necesidades de grupos vulnerables en prisión. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales-ICSO. Disponible en: <http://www.icsoc.cl/wp-content/uploads/2011/03/Proyecto-Grupos-Vulnerables-CPF-GIZ-MINJU-ICSO-versi%C3%B3n-final-para-p%C3%A1gina-web-Diciembre-2011.pdf>

Chuquimia, R. G. (2006). Repensando la democracia desde el ayllu. De la condición democrática en crisis a la idea de comunidad en la política. La Paz: Editorial Independiente.

Diesbach De Rochefort, N. (2002). Frontera: ¿Muro divisorio tejido de relaciones? Estudios Fronterizos 3(5), pp. 9-42.

Fernández, F. (2003). Hacia la construcción de una educación pertinente: La Educación Intercultural Bilingüe en La Primera región. Tesis para optar al grado de Antropóloga, Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

Fernández, F. (2013). Entre la indianización y la municipalización de lo indígena: estado y comunidad en Bolivia y Chile. Tesis para obtener el grado de Doctora en Estudios Americanos, Universidad de Santiago de Chile, Instituto de Estudios Avanzados IDEA.

Godoy, L. (2007). Fenómenos migratorios y género: identidades femeninas "remodeladas". Psykhe 16(1), pp. 41-51.

González, S. (2009). El Norte Grande de Chile y sus dos Triple-Fronteras: Andina (Perú, Bolivia y Chile) y Circumpuneña (Bolivia, Argentina y Chile). Cuadernos Interculturales 7 (13), pp. 27-42.

González, S., Ovando, C. y Rouviere, L. (2008). De "Aymaras en la frontera" a "Aymaras sin fronteras". Los gobiernos locales de la triple-frontera andina (Perú, Bolivia y Chile) y la globalización. En *Diálogo Andino* 31, pp. 31-46.*

*Guzmán, O. Q. (2011). Apuntes acerca del sistema de cargos en los ayllus bolivianos. *Temas Sociales* 31:201-241.*

Hudson, R.A. (2000). La sociolingüística. Barcelona: Editorial Anagrama.

Korsbaek, L. (2009). Introducción crítica al sistema de cargos. Disponible en: <https://justiciaypluralidad.files.wordpress.com/2013/11/cuaderno-ii-rybertt-total.doc>

López, L.E. (2000). La cuestión de la interculturalidad y la educación latinoamericana. Texto Seminario Análisis de Perspectivas de la Educación en América Latina, UNESCO, Stgo de Chile.

Lube Guizardi, M. y Garcés, A. (2013.) Circuitos migrantes. Itinerarios y formación de redes migratorias entre Perú, Bolivia, Chile y Argentina en el norte grande chileno. Papeles de Población 19(78), pp. 65-110.

Lube Guizardi, M., Pérez, C., Martínez, I. y Jordán, D. (2015). Normativa legal de la migración en Chile: Marcos y definiciones jurídicas aplicables a la Región de Arica y Parinacota. En Migración en Arica y Parinacota: Panoramas y tendencias de una región fronteriza, Ediciones Universidad Alberto Hurtado.

Mora, C. (2008). Globalización, género y migraciones. Revista Polis 7(20), pp. 285-297.

Murra, J. (1972). Formaciones económicas y políticas del mundo andino. Lima: IEP Ediciones.

Murra, J. (1988). El aymara libre de ayer. En X. Albó (ed.) Raíces de América: El Mundo Aymara. Madrid: Ediciones Alianza/UNESCO..

Pease, F. (1981). Continuidad y resistencia de lo andino. Cuzco: Instituto de Pastoral Andina.

Reina, L. (Coord.) (2000) Los retos de la etnicidad en los estados-nación del siglo XXI. México: Ciesas/INI/Porrúa.

Sarto Martín, P. (1997). El bilingüismo: una aportación a las necesidades educativas lingüísticas. Salamanca: Amarú Ediciones

Siguan, M.; Mackey, W.F. (1986). Education et bilinguisme. Paris: UNESCO – Delachaux et Niestlé.

Tapia, M. (2012). Frontera y migración en el norte de Chile a partir del análisis de los censos de población. Siglos XIX- XXI. Revista de Geografía Norte Grande 53, pp. 177-198.

Ugarte, E. J. (2014). La Guerra del Pacífico como referente nacional y punto condicionante de las relaciones chileno-peruanas. Si Somos Americanos 2(15), pp. 159-185

Vicuña, J. T. y T. Rojas (ed.) (2015). Migración en Arica y Parinacota. Santiago: Servicio Jesuíta a Migrantes.

Estado de necesidad exculpante en casos de mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta

Autores: Nicolás Cisternas Vázquez, Rodrigo Lillo Vera,
Alejandro Gómez Raby, Pablo Aranda Aliaga

Unidad de Defensa Penal Especializada
Departamento de Estudios y Proyectos
Defensoría Penal Pública

1. Introducción

El encarcelamiento de mujeres indígenas extranjeras por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes en Arica, Iquique, Alto Hospicio y Calama, ha sido una cuestión que en los últimos años ha preocupado profundamente a la Defensoría Penal Pública. Lo anterior obedece a diversas causales: ha existido un importante crecimiento del porcentaje de las mujeres indígenas extranjeras que son defendidas por la Defensoría Penal Pública en las regiones del norte de nuestro país y que, además, son sujetas a medidas cautelares o penas privativas de libertad. Del mismo modo, existen múltiples factores de vulneración y vulnerabilidad que se yuxtaponen en el caso de mujeres que tienen las condiciones descritas, y que se traducen en una

reiterada y sistemática vulneración a sus derechos, o bien, en juicios que no consideran ni valoran adecuadamente las características, circunstancias o contextos de quienes se ven involucradas en estos hechos.

En ese escenario, en el mes de diciembre del año 2017, la Unidad de Defensa Penal Especializada de la Defensoría Nacional publicó una investigación de carácter antropológico¹ realizada y redactada por la Dra. Francisca Fernandez Droguett, antropóloga y académica, a objeto de determinar un perfil sociocultural de las mujeres indígenas privadas de libertad en las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá y Antofagasta. Los resultados de dicha investigación fueron interesantes, existiendo coincidencias en varios aspectos, tales como, por ejemplo: origen étnico y territorial, condición socio-económica, todos los delitos imputados o por los que se condenó eran delitos de la Ley N° 20.000, forma de comisión de los delitos, causales y motivaciones para la realización del delito, estructura familiar, experiencias intrapenitenciarias, entre otros.

Conforme a lo anterior, se ha redactado la presente minuta, que tiene por objeto exponer brevemente la situación fáctica en que las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad se encuentran, para luego, proponer una estrategia de defensa especializada desde la óptica de la interseccionalidad, esto es, la existencia de un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas². De este modo, la pertenencia por parte de estas mujeres a múltiples categorías sociales oprimidas –y por ello, especialmente protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos - pasa a formar un elemento que debe ser ponderado por los defensores y defensoras de la Defensoría Penal Pública para efectuar una teoría del caso adecuada.

En concordancia a lo expuesto, se analiza la posibilidad de que se configure la eximente de responsabilidad de art. 10 N° 11 del Código Penal (CP), esto es, el estado de necesidad exculpante, o, en su defecto, el estado de necesidad incompleto del art. 73 del Código Penal (CP) o del art. 10 N° 11 del Código Penal (CP) en relación con el art. 11 N° 1 del Código Penal (CP), tomando como base para ello las circunstancias económicas y sociales

1 FERNÁNDEZ Droguett, Francisca. "Perfil sociocultural mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta". Defensoría Penal Pública. 2017. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13348.pdf>

2 Muñoz, P. (2010), "Violencias Interseccionales: Debates Feministas y Marcos Teóricos en el tema de Pobreza y Violencia contra las Mujeres", Central America Women's Network (CAWN), Londres, p. 9

de estas mujeres, sus categorías identitarias y los móviles que tuvieron al momento de desplegar las conductas por las que son o fueron enjuiciadas. Finalmente, cabe aclarar que no esperamos que este documento solucione por sí solo las deficiencias de la aplicación de justicia a personas con las características ya señaladas. Se necesita mucho más que esto para abordar de manera eficiente un problema tan complejo. Sin embargo, aspiramos a que la presente minuta pueda servir para ayudar, inspirar y motivar a nuestros defensores en sus labores y, de este modo, entregar un mejor servicio de defensa penal.

II. Breve resumen de la situación de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en el Norte de Chile

Según el desarrollo y las conclusiones de la investigación de la Dra. Fernández, las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta comparten un mismo perfil sociocultural³.

En lo que dice relación a su origen étnico, ellas son en su mayoría pertenecientes a los pueblos quechua o aymara y, geográficamente, provienen del Perú o Bolivia.

En su inmensa mayoría, son mujeres solteras, viudas o separadas que se constituyen como las principales sostenedoras económicas de sus familias respectivas, ya sea por medio del comercio informal, la agricultura o, como ocurre en muchos casos, trabajando esporádicamente, de manera rotativa y por temporadas en diversos rubros y diversos lugares. En este contexto, como muestran las investigaciones, el móvil de la actividad delictiva que se les imputa radica habitualmente en el contexto de precariedad económica y social de las condenadas y, en consecuencia, la comisión de ilícitos se basa siempre en la necesidad de aumentar sus ingresos, muchas veces para costear el tratamiento de enfermedades graves o terminales padecidas por sus hijos, parejas o padres, y, en definitiva, cubrir necesidades relacionadas con educación, seguridad, alimentación, entre otros aspectos cotidianos⁴.

3 Fernández, Francisca (2017), "Perfil sociocultural mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en las regiones de Arica-Parinacota, Tarapacá y Antofagasta". pp. 28 y ss.

4 Ibid., pp. 26 y 28.

Cabe recalcar que, a diferencia de imputados o condenados de sexo masculino, las mujeres indígenas privadas de libertad se ven enfrentadas a deberes y cargas asociadas culturalmente a su sexo y condición. Uno de los aspectos más destacables es el deber para con los hijos, por cuanto tienen mayores niveles de responsabilidad y cuidado para con ellos que los que tendría un hombre. Otro aspecto subrayable es el vínculo de subordinación que existe entre las mujeres con los hombres y/o con personas mayores etariamente. En efecto, es posible detectar que, en las culturas de las mujeres entrevistadas, la figura masculina tiene rasgos autoritarios y de dominación respecto de las mujeres mucho más acentuados e incuestionables que los existentes en la sociedad occidental, circunstancia que se reitera en la relación etaria, por cuanto los mayores tienen mayor autoridad y menor cuestionamiento en sus decisiones u órdenes. Así las cosas, una mujer que es instruida por su marido o familiar de sexo masculino, o bien, por algún mayor para que lleve determinado paquete o transporte determinadas especies, aun desconociendo su contenido, es una instrucción que difícilmente pudiese ser cuestionada o desobedecida por la mujer sobre la que recae la orden, de modo que, en ocasiones, la comisión de un ilícito carece incluso de conocimiento respecto de qué es lo que se está haciendo o qué es lo que se está transportando⁵.

Esta precariedad es identificada por los narcotraficantes y bandas de crimen organizado, quienes hacen un seguimiento e identificación de la vulnerabilidad de estas mujeres, para luego contactarlas y ofrecerles dinero por transportar drogas. Algunas de ellas no saben el contenido del paquete, otras, sencillamente no conocen la gravedad de las consecuencias sociales y penales que el tráfico de drogas acarrea^{6 7}.

5 Fernández., ob.cit., pp. 28 y ss.

6 Cfr, "Diagnóstico. Asistencia técnica para la elaboración de protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad" de mayo de 2015, trabajo realizado para la elaboración del "Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad", que incluye entrevistas a los operadores del sistema de justicia, profesionales de la Defensoría Penal Pública, jueces y cónsules, entre otros, además de contar con un focus group con mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad.

7 Un excelente reportaje periodístico sobre esta materia puede encontrarse en <http://data.eldeber.com.bo/seccion/carnedecanon/capitulo-1.html>

Una vez que son detenidas y puestas en prisión preventiva, se manifiestan los problemas y necesidades más graves: las condiciones carcelarias generan una situación sumamente gravosa para las mujeres y, mucho más aun, sin son indígenas. En efecto, ellas quedan en el absoluto desarraigo al perder el contacto con el país de origen, no cuentan con ninguna red de apoyo y se enfrentan a la incertidumbre de su situación y la de las personas bajo su custodia (familiares, hijos, parejas, etc), o bien, a la desintegración de su núcleo familiar, ya sea porque sus hijos pasan a ser cuidados por distintas personas, por las dificultades que significa viajar desde el extranjero para visitarlas en los recintos penitenciarios, en ocasiones pasan a ser abandonadas por sus parejas, maridos, amigos o por parte de la familia, entre otros⁸.

A lo ya descrito, se suma el despojo de sus vestimentas tradicionales, la pérdida de contacto con la tierra -que para ellas tiene especial relevancia, si es que se tiene en consideración su cosmovisión⁹- y la imposición de prácticas culturales y lingüísticas, por una parte, mientras que, por otra parte, se les imposibilita poder practicar su cultura y su lengua, lo que se traduce en el padecimiento de violencia, discriminación, puesta en peligro y vulneración de garantías fundamentales. Todo lo anterior genera un contexto propicio para limitar el conocimiento y la comprensión de la causa penal que se lleva en su contra y de las repercusiones que puede tener, así como también respecto del sistema penal en general¹⁰.

Las vulneraciones se observan también en el proceso previo al encarcelamiento. Estas consisten en el maltrato psicológico y físico por parte de los diversos órganos involucrados: el personal hospitalario -en el caso de portadoras de ovoides-, la policía transfronteriza, Carabineros de Chile, PDI, jueces y funcionarios de gendarmería, siendo muy frecuente el uso de un lenguaje burlesco y la discriminación por ser estas mujeres indígenas y extranjeras.¹¹

8 Ibíd., pp. 28.

9 Fernández., ob.cit., p. 6

10 Fernández., ob.cit., pp. 16 y ss.

11 Fernández., ob.cit., pp. 31.

III. Problema específico

Las medidas cautelares y las penas privativas de libertad impuestas a las mujeres indígenas extranjeras, como se sostuvo, conlleva circunstancias que exceden a la pena impuesta y a la vulneración de diversas garantías fundamentales consagradas en la Constitución y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos -ratificados y vigentes en nuestro país¹²-, tanto por el aislamiento que implica para ellas el encarcelamiento, como por la violencia y discriminación que padecen previo al mismo y luego, al momento de cumplir la pena.

La sustitución de penas privativas de libertad por una pena sustitutiva sería la solución que más se condeciría con los estándares internacionales de Derechos Humanos. Sin embargo, ello no ha ocurrido en la práctica, por cuanto la Ley 20.000 establece para el tráfico ilícito de estupefacientes (art. 3° de dicho cuerpo normativo en relación con el art. 1° de la misma ley), la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientos UTM. Si además tenemos en cuenta que, en la mayoría de los casos se configura respecto de las acusadas una única circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, a saber, la del art. 11 n° 6 CP- "irreprochable conducta anterior" - o, en su defecto, la del art. 11 n° 9 CP- "cooperación sustancial con el esclarecimiento de los hechos" -, no existiendo agravantes, se hacen improcedentes las penas sustitutivas de la Ley N°18.216 y, por lo anterior, la pena ha de cumplirse efectivamente. Incluso, en casos en que exista la posibilidad de cumplir la pena por medio de una pena sustitutiva que no sea la expulsión judicial, ésta es rechazada producto de ser extranjera, no tener domicilio en el país y no dar certezas sobre el cumplimiento de la pena sustitutiva. Cabe hacer presente que en ocasiones la pena sustitutiva de expulsión no es bien acogida por las imputadas, ya que el ingreso a nuestro país es una fuente laboral en temporadas.

La imposición de medidas cautelares no tiene mejor panorama. En efecto, se prefiere importantemente la imposición de la prisión preventiva por sobre otras medidas cautelares que meramente restrinjan la libertad de las imputadas. Lo anterior radica en que, por un lado, las penas de crimen asociadas al delito de tráfico hacen que los tribunales presuman el peligro para la seguridad de la

12 Ver anexo 2.

sociedad, según lo dispone el art. 140 CPP. Por su parte, el tener nacionalidad extranjera y domicilio fuera del asiento del tribunal hace que los tribunales presuman el peligro de fuga de los imputados y que, producto de esto, el proceso se vea impedido de realización. Finalmente, la prognosis de pena asociado a una determinación punitiva como la que señaló en el párrafo anterior – solo una atenuante y ninguna agravante atribuidas a la comisión de un delito con pena de crimen – es considerada por los tribunales de justicia como argumento en contra de las imputadas al momento de imponer medidas cautelares privativas de libertad, muchas veces, justificándolo bajo el peligro de fuga.

En consecuencia, y como ya se señaló, esta minuta pretende revisar la factibilidad de alegar el estado de necesidad exculpante, ya sea como una causal de exculpación, en caso de cumplir con todos sus requisitos, o bien, apelando a las circunstancias atenuantes de los arts. 10 nro. 1 CP o 73 CP, ambos del Código Penal, a objeto de que puedan ser introducidas dentro de la discusión de medidas cautelares o, en su defecto, en la de determinación de la pena. Para ello, se tomarán como base las circunstancias sociales, económicas y culturales que rodean a las mujeres extranjeras indígenas a objeto de darles valor jurídicamente relevante y que, en relación con su entidad, el juez exculpe o disminuya la cuantía de la pena eventual o actualmente discutida.

IV. Análisis del art. 10 nro. 11 CP

A continuación, se revisarán los requisitos del art. 10 nro. 11 CP, a objeto de poder invocar una causal de exención de la responsabilidad penal o, en su defecto, una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal.

ART. 10.

Están exentos de responsabilidad criminal:

1° El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.*
- 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.*
- 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.*

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

1. Evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero

El requisito en cuestión ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia como un requisito esencial del estado de necesidad^{13 14}, tanto justificante como exculpante, de modo que sin el cumplimiento de esta hipótesis básica no es posible sostener la concurrencia de alguna eximente de responsabilidad penal y tampoco la posibilidad de decantar en alguna circunstancia atenuante de responsabilidad penal en base a una hipótesis incompleta.

Según el informe de Francisca Fernández, la totalidad de las mujeres extranjeras indígenas privadas de libertad lo están por delitos de la Ley N°20.000¹⁵, específicamente, por conductas vinculadas a los artículos 3° y 4°, en relación al art. 1° de dicho cuerpo normativo (tráfico de estupefacientes y tráfico en pequeñas cantidades de estupefacientes, respectivamente).

En ese contexto, y a objeto de dar sustento fáctico que pueda satisfacer el requisito en cuestión, es dable analizar cuál es la motivación del delito imputado, a objeto de determinar si por su comisión se está evitando algún mal, o bien, no existe perjuicio que evitar.

En principio, la motivación primordial de delitos como el tráfico y el micro tráfico es conseguir dinero de manera rápida y efectiva, más aun si se está frente a una comisión de conductas que coincide con el verbo rector de transportar alguna de sustancias en cuestión. Sin embargo, por sí solo, la mera recepción de dinero por la comisión de un ilícito no parece suficiente

13 ACOSTA, Juan Domingo. "Artículo 10 N°s 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación", en "Humanizar y Renovar el Derecho Penal". Editor VAN WEEZEL, Alex. Ed. Thomson Reuters. 2013. P. 700.

14 VARGAS, Tatiana. "¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del art. 10 N°11", en "Humanizar y Renovar el Derecho Penal". Editor VAN WEEZEL, Alex. Ed. Thomson Reuters. 2013. P. 750

15 Fernández., ob.cit., p. 28.

para dar por acreditada la concurrencia del requisito aquí tratado, de hecho, pudiese hasta considerarse como portador de mayor desvalor, como ocurre, por ejemplo en el homicidio calificado por sicariato del art. 391 N°. 1 circunstancia primera o en la agravante del art. 12 nro. 2, ambos del Código Penal.

De este modo, se hace necesario analizar el trasfondo de la intención de captar dinero por medio de la comisión de ilícito. En este sentido, el informe sobre el que se pronuncia la presente minuta dispone que los móviles de la comisión del ilícito serían, entre otros:

- La presencia de familiares enfermos gravemente.
- La presencia de enfermedades graves en la persona de la imputada.
- Madres solteras o viudas con una importante cantidad de hijos.
- Problemas financieros relativos a educación.
- Problemas financieros vinculados a alimentación.
- Problemas financieros producidos por la adquisición de deudas en instituciones financieras o en el prestamismo informal.

El estado de necesidad ha sido definido como un contexto de “situaciones que constituyen un peligro para un determinado interés jurídico y que no puede ser superada sino al precio del sacrificio de otro interés jurídico”¹⁶ es decir, el contexto que rodea al hechor son de tal entidad que coartan su libertad y lo constriñen a delinquir, al punto de que, sabiendo que es una conducta ilícita, igualmente la lleva a cabo a objeto de poder evitar males para bienes determinados que, coincidentemente, también considerados males desde una perspectiva social. Acosta coloca el ejemplo del condenado, que, si bien puede considerar que su permanencia en la cárcel es un mal, la sociedad no lo interpreta así, de modo que no podría escapar de la cárcel y alegar un estado de necesidad exculpante¹⁷. Es decir, no basta con que la circunstancia que afecta a la imputada o a algún tercero sea considerada por ella como “un mal”, es necesario que también sea valorado de esa manera por la comunidad.

16 VÁSQUEZ Amarales, Joaquín. “El estado de necesidad exculpante. Análisis teórico del art. 10 N° 11 del Código Penal”. Universidad de Chile. Junio 2015. P. 17

17 ACOSTA, Juan Domingo. “Artículo 10 N°s 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación”, en “Humanizar y Renovar el Derecho Penal”. Editor VAN WEEZEL, Alex. Ed. Thomson Reuters. 2013. P. 701.

Lo anterior no debe ser analizado por sí solo, sino que tiene que ser circunscrito dentro de los riesgos y costos que puede significar la comisión de dicho ilícito. En efecto, dentro de la determinación del mal y su repercusión en la persona que incurre en el ilícito, debe valorar que el delito es desplegado en circunstancias especialmente inseguras. De este modo, la obtención de beneficios económicos es impulsada por contextos excepcionales y de especial complejidad, que revisten entidad y significancia para la persona de la imputada, al punto de que los riesgos, peligros, lesiones o menoscabos que pueda provocar para sí o para terceros no son un obstáculo que desincentive el actuar del hechor, entre los que destacan, por ejemplo:

- La comisión del delito se hace fuera de la comunidad.
- La comisión del delito se hace fuera del país.
- El delito es de la clasificación de “delitos permanentes” y su forma de comisión significa un estado de ilicitud especialmente prolongado.
- En el caso de la existencia de familiares enfermos o la existencia de hijos, estos deben quedar al cuidado de terceros que se comprometen a custodiarlos dentro de plazos determinados, de modo que una eventual privación de libertad de la imputada significaría poner en riesgo y en situación de vulnerabilidad a terceros que dependen de ella.
- Las penas asociadas al delito.
- Las formas de comisión del delito, las que, muchas veces, incluyen la introducción de droga al interior de cavidades corporales.

Además de lo ya dicho, se hace de utilidad conocer la suma de dinero que obtendría la imputada en caso de consumir el delito, a objeto de sopesar y valorar el costo-beneficio que trae aparejada el desplegar la conducta.

Resumiendo, si bien “la existencia del mal” puede ser valorada de manera objetiva y puede ser definida con simpleza (familiar enfermo, condición de extrema pobreza, hijos con algún tipo de riesgo, etc), la repercusión que éste tiene en el sujeto ha de ser igualmente considerada. Para dichos efectos, es dable analizar los riesgos o peligros a los que se somete la imputada por obtener dinero por medio de la comisión de ilícitos y el beneficio concreto reportado.

2. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar

Para el cumplimiento del presente requisito, será necesario conocer detalladamente el estado o la situación de la persona afectada por el mal que se busca evitar, a objeto de valorar su gravedad y, con eso, determinar la actualidad o inminencia del mal en cuestión. De esta manera, si el requisito anterior versa sobre el contexto o la situación que pueda devenir en un mal y que pueda recaer sobre un tercero y/o recaer sobre la persona del imputado, el presente requisito se pronuncia sobre la posibilidad de que dicho mal se materialice real y concretamente en el tercero o en la imputada. Dicho de otro modo, si el primer requisito representa un ejercicio de valoración de un contexto riesgoso, el presente requisito es un juicio de valoración de probabilidad de materialización del riesgo deducido del contexto ya determinado.

Cabe destacar que, a diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad no requiere un mal “real y concreto”, bastando para satisfacer el requisito que el mal sea “eventual o probable” y que, producto de dicha inminencia, la imputada se vea en una situación de actuar fuera del derecho. En ese sentido, se hablará de un mal “actual” cuando se esté produciendo en el momento, mientras que será “inminente” cuando pueda ocurrir con alto grado de probabilidad¹⁸.

Como se señaló, los medios de prueba deben pronunciarse sobre la situación de la persona respecto de la que recaerá o recaería el mal, sumado a la significancia que eso tendría para la imputada en caso de que no sea ella la directamente afectada por el mal que se trata de evitar. Lo anterior significa un gran esfuerzo probatorio, toda vez que se deben acreditar dos elementos respecto de los cuales uno de ellos se encontraría en el extranjero, dado que, generalmente, los parientes e hijos de las imputadas quedan en el país de origen, dificultando conocer con precisión su estado y obtener pericias, documentación u otros medios de prueba al respecto. Esto podría significar que el presente requisito no pueda cumplirse y devenir en una circunstancia atenuante incompleta.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en consideración que la actualidad o inminencia del mal analizado dice relación con la existencia

18 *Ibíd idem.*

de un peligro cuya materialización en un acontecimiento típico al punto de que no sería posible hacerle frente o, en su defecto, sería posible solo enfrentando riesgos mayores, es decir, un peligro de carácter permanente que evoluciona constantemente o que raye en concretarse en una lesión jurídicamente relevante a un bien jurídico personal¹⁹, sin perjuicio de que llegue a materializarse o permanezca como una amenaza constante²⁰. No obstante, el peligro debe ser real, al punto de que el pronóstico de que éste se agrave o se materialice con altos índices de probabilidad.

Finalmente, cabe señalar que en caso de que el mal que se busca evitar no sea tal – inexistente – o bien, no sea de la actualidad o inminencia requeridas por el art. 10 nro. 11 CP, puede argumentarse que el hechor ha incurrido en un error de prohibición, específicamente, en un error en los requisitos fácticos de una causal de exculpación, que, según algunos, tiene el mismo trato que el error de prohibición que recae sobre los supuestos fácticos de una causal de justificación²¹

3. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo

El tercer requisito del estado de necesidad exculpante dice relación con que no existe exculpación si es posible evitar de otra manera el mal.

En los casos de mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad, el requisito en cuestión es un elemento del que se pueden desprender diversos puntos de interés: en primer lugar, cuando se trata del delito de tráfico de estupefacientes, es dable analizar las características teóricas del delito en cuestión, a objeto de poder valorar jurídicamente la posibilidad de practicar medios menos perjudiciales. En efecto, el delito de tráfico de estupefacientes ha sido considerado por la jurisprudencia como un delito de peligro concreto²², que

19 VÁSQUEZ Amarales, Joaquín. "El estado de necesidad exculpante. Análisis teórico del art. 10 N° 11 del Código Penal". Universidad de Chile. Junio 2015. P. 181.

20 ACOSTA, Juan Domingo. "Artículo 10 N°s 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación", en "Humanizar y Renovar el Derecho Penal". Editor VAN WEEZEL, Alex. Ed. Thomson Reuters. 2013. P. 701.

21 Ibid ídem. P. 704.

22 SCS ROL 4813-2015, SCS ROL 3421-2015, SCS ROL 5223-2015, SCS ROL 5273-2015, SCS ROL 8661-2015.

por sí mismo no lesiona ningún bien jurídico, limitándose exclusivamente a poner en peligro la salud pública. De este modo, es posible sostener que es “poco perjudicial” para evitar un mal que solo “se ponga en peligro” un bien jurídico y no se lesione, a objeto de poder salvar a un familiar o, en su defecto, mejorar su condición, etc. En segundo lugar, es necesario tener presente el bien que se intenta proteger por medio del acto ilícito es la vida o la integridad de una persona en situación de vulneración o vulnerabilidad, por parte de una persona que – acorde a su condición – también lo está; lo dicho tiene especial interés en la consideración del mal y su proporcionalidad, ya que, y como se verá más adelante, se lesiona un bien jurídico colectivo y abstracto – salud pública – en oposición a bienes jurídicos personalísimos, como lo son la vida y la integridad física. Así las cosas, la valoración que debe realizar el tribunal son la inminencia y la eventualidad de que se pueda lesionar un bien jurídico de un sector indeterminado de la población versus la lesión o perjuicio de los bienes jurídicos de una persona determinada. En tercer lugar, la existencia de medios practicables menos lesivos siempre tiene que estar analizada desde la perspectiva de las posibilidades reales que la imputada tiene. En efecto, no se trata de personas acaudaladas, con medios y redes sociales de apoyo que puedan favorecerle o facilitar salir de la condición en la que se encuentra y que, en definitiva, tiene mayores posibilidades de evitar la desgracia que real o eventualmente le aqueja. Muy por el contrario, se trata de mujeres pobres, que han sido sistemáticamente excluidas y empobrecidas a propósito de circunstancias que le son inherentes, tales como ser indígenas, ser mujeres, ser extranjeras y, muchas veces, estar solas. Luego, las posibilidades que barajan y que pueden ser consideradas para determinar si habían más o mejores formas para evitar males deben ser estudiadas y determinadas desde la perspectiva de la mujer en concreto y no por formas artificiosas como “el hombre medio”.

En el mismo escenario, se hace relevante incluir nuevos elementos a las consideraciones del tribunal, tales como que en el caso de imponer una pena privativa de libertad, la situación de la persona a la que la imputada es garante o tiene algún tipo de vínculo se verá empeorada, ya que, no solo se impidió el actuar destinado a evitar el mal en cuestión, sino que además se estaría empeorando o perjudicando la situación del tercero por medio de la imposición de la pena a quien buscaba defenderlo.

Finalmente, por tratarse de una causal de exculpación, es decir, propuesta y analizada dentro de la culpabilidad, es menesteroso realizar un análisis

pormenorizado del sujeto que incurrió en el ilícito, de su contexto y sus circunstancias. Es por lo anterior que es obligatorio para el tribunal tener en consideración el móvil del agente y las causas que gatillaron su actuar, vistos desde las perspectivas de quién incurre en la conducta.

4. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita

A diferencia de otras causales de exención de responsabilidad penal, el ejercicio de ponderación dispuesto como requisito en este numeral versa sobre “el mal causado” y “el mal evitado”, no así respecto de los bienes jurídicos protegidos. Es decir, es una ponderación de “males” y no de “bienes”. Por su parte, la afectación a bienes jurídicos es uno de los factores a tener en cuenta en la valoración del mal causado, junto a la intensidad de la afectación, el grado de proximidad del peligro y, cosa importante en lo que nos convoca, las circunstancias personales de los titulares de los bienes²³.

En este orden de ideas, cobra especial relevancia algo ya planteado: el “mal” materializado en la mera peligrosidad que trae aparejada una conducta consumada, como lo es el delito de tráfico de estupefacientes; en contraste con el “mal” que se evita, materializado en la muerte, lesión o sufrimiento de un sujeto concreto.

Una consideración que toma fuerza al momento de trabajar sobre este requisito y que es normalmente alegada para desacreditar su concurrencia, es aquella que dice relación con la pena impuesta. Normalmente se afirma que la pena asociada al delito es “proporcional” al bien jurídico protegido por éste o a su forma de afectación. Es decir, que las altas penas de, por ejemplo, el homicidio, sería equiparable al valor que tiene en Chile la vida y el interés que existe para protegerla. Lo aquí expuesto puede ser, al menos en Chile, importantemente cuestionable. En efecto, no solo se pueden encontrar en la legislación nacional penas que no dicen relación directa con los bienes jurídicos protegidos o con la forma en la que el bien

23 VÁSQUEZ Amarales, Joaquín. “El estado de necesidad exculpante. Análisis teórico del art. 10 N° 11 del Código Penal”. Universidad de Chile. Junio 2015. P. 189.

jurídico es afectado²⁴, sino que también se usa la pena como un disuasivo dirigido a la población, a objeto de que una conducta comúnmente desplegada reduzca su comisión. Al respecto, consideramos que los delitos de tráfico y micro tráfico de estupefacientes son conductas con leve desvalor jurídico – recordar que son delitos de peligro respecto de bienes jurídicos abstractos y plurales– pero que, sin embargo, al ser asociados a castigos de elevada penalidad, no pretenderían solamente proteger un bien jurídico, sino que, además, desincentivar que los ciudadanos se vean involucrados en dichas conductas.

Lo anterior puede ser perfectamente analizable dentro del requisito de sustancialidad que debe existir en la diferencia del mal realizado y el evitado, toda vez que la literalidad del N°3 del art. 10 nro. 11 CP dispone que “el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita” y, en esa dimensión, sería posible afirmar que una conducta que en su sustancialidad solo coloca en peligro un bien jurídico abstracto y colectivo – como lo es el bien jurídico “salud pública”-, difícilmente podrá revestir de mayor intensidad o calidad que una conducta que lesiona efectivamente un bien jurídico o que, en su defecto, coloca mayor y más concretamente en peligro otro bien jurídico determinado, concreto y acaecido en un único individuo.

Por tanto, ante la argumentación que busca desacreditar la proporcionalidad de la baja intensidad mal causado (poner en riesgo la salud pública), en contraste con el mal que se busca evitar (lesión, muerte, afectación, etc.) no necesariamente debe tener un respaldo en el contraste de penas asociadas a cada delito, sino más bien, en la ponderación de afectaciones a la persona concreta en el caso concreto y en consideración de sus características y circunstancias.

24 Un caso paradigmático es el robo con intimidación y el robo con violencia que. En efecto, en la primera hipótesis existe una mera amenaza o peligro de perjuicio mientras que, en el segundo, existiendo una materialización del peligro, generalmente traducida en una lesión, sin embargo, ambos tienen asociada la misma pena. También puede sostenerse el mismo argumento respecto del art. 450 CP.

5. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa

El presente requisito ha sido el que mayor problemas de interpretación ha generado, esto producto de su intrincada redacción. No obstante lo anterior, es posible afirmar que en el numeral en comento existen 2 hipótesis dependiendo de si la conducta es realizada en acción u omisión del agente. En detalle, la primera hipótesis (“Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí”) dice relación con la posibilidad de que el individuo que incurre en el injusto tenga la obligación de soportar para sí el mal grave que se evita, como sucede, por ejemplo, en los riesgos que debe soportar un bombero en el ejercicio de sus labores y deberes durante un incendio. La segunda hipótesis, dice relación con el caso del estado de necesidad en protección de terceros y que estos (los terceros) no tengan el deber de soportarlo, siempre que dicha falta de deber de soportar el mal esté en conocimiento del sujeto despliega la conducta injusta pero no culpable como ocurre, en el mismo ejemplo, con quien sin distinguir ve que alguien se mueve dentro de las llamas de un incendio y acude a su rescate, para luego, darse cuenta de que era un bombero en ejercicio de sus labores. Es importante añadir que, para la consideración del estado de necesidad operando como causal de exculpación, el deber de tolerancia del mal debe ser analizado una vez cumplidos los requisitos anteriores del art. 10 nro. 11 CP, esto debido a que es con anterioridad que se realizan los ejercicios de ponderación, necesidad y proporcionalidad, y, además, si el deber de tolerancia se encuentra dispuesto en la Ley o en alguna norma, descartando de este modo los deberes “morales” o “éticos” no reconocidos en la legislación.

En este contexto, cabe entonces analizar si la imputada tiene el deber de, ya sea, soportar sobre sí misma el mal que se busca evitar por medio de la obtención de dinero a través del tráfico, o bien, la posibilidad de que el tercero que dependa o tenga relación con ella detente dicho deber. Como se destacó con anterioridad, dentro de las causas que motivaron el actuar de las imputadas destacan contextos humanamente complejos: familiares enfermos, hijos desvalidos, pobreza extrema, entre otros. En ese

escenario, no cabe sino cuestionar y verificar si le es jurídicamente exigible a las imputadas tolerar dichas situaciones o los otros males que pudiesen devenir aparejadamente de dichas situaciones, así como también a quienes dependen de ellas.

V. Incumplimiento de uno o más requisitos: aplicación de arts. 73 CP y 10 nro. 1 CP

En caso de que se incumpla uno o más de los requisitos dispuestos en el art. 10 nro. 11 CP anteriormente analizado, es procedente la aplicación del art. 11 nro. 1 o 73, ambos del CP, los cuales, si bien, tratan hipótesis similares, tienen diferencias y efectos de atenuación diversos, siendo el del art. 73 más intenso que el de la norma del art. 11 nro. 1.

En efecto, dispone el art. 73:

ART. 73.

Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el art. 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número entidad de los requisitos que falten o concurren.

Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 71. Por su parte, el art. 11 nro. 1 CP dispone que:

ART. 11.

Son circunstancias atenuantes:

1.º Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

Como puede desprenderse de la simple lectura de ambos artículos, y tal como ya se adelantó, los efectos aminorantes de responsabilidad penal del art. 73 CP son más intensos que los del art. 11 nro. 1 CP. En efecto, el art. 73 es una atenuante calificada y especial que por sí sola puede disminuir en uno, dos o tres grados la responsabilidad penal de la condenada, mientras que, por su parte, el art. 11 nro. 1 requiere de la calificación del art. 68 bis CP para producir dicho efecto o, en su perjuicio, hacerse de otras circunstancias modificatorias de responsabilidad penal para poder tener efecto aminorante, tal como lo disponen los arts. 67 y 68 CP. De esta manera, siempre será más recomendable y beneficioso para nuestras representadas que, en caso de no concurrir uno o más requisitos de una causal de exculpación, se haga aplicación del art. 73 CP.

Por otro lado, y con independencia de su conveniencia jurídica, existen más razones para poder sostener que al momento de determinar la pena a imponer debe primar la aplicación del art. 73 CP y no la norma del art. 11 nro. 1 CP.

En primer lugar, cabe precisar que el art. 10 CP contiene eximentes de responsabilidad penal del tipo “justificante” y del tipo “exculpante”. Las primeras, dicen relación con conductas que no son antijurídicas y que, por tanto, estarían objetivamente enmarcadas dentro del preámbulo normativo como lícitas, siendo consideradas “autorizaciones” que el ordenamiento jurídico dispondría para determinadas conductas típicas en determinados casos y para determinadas personas o investiduras. Por su parte, las exculpantes dicen relación con conductas que, si bien, son típicas y antijurídicas, no son reprochables, ya sea porque el sujeto carece de las características para ser reprochado (imputabilidad), ya sea porque no tenía conciencia de la ilicitud, o bien, ya sea porque no es posible exigir otra conducta en el caso concreto – como justamente ocurre en el caso del estado de necesidad justificante -. En este orden de ideas, el art. 73 CP dispone que procederá el efecto de atenuación de responsabilidad penal “cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el art. 10 (del Código Penal)”, es decir, que para que proceda el art. 73 CP es necesario que exista una “excusa”, o sea, una causal que haga explicable y no reprochable una conducta, no así justificarla, dado que, en específico, la causal de justificación no “excusa”, sino que autoriza y faculta la comisión de determinadas conductas, haciendo innecesaria mayor explicación o excusa. En efecto, tan ligado está el concepto de “excusar” con la culpabilidad,

que la RAE lo define como “exponer y alegar causas o razones para sacar a alguien de la culpa que se le imputa”. Entonces, el art. 73 CP operaría de manera específica sobre los nros. 1, 2, 9 y 11²⁵.

De este modo, y según lo expresado en el párrafo anterior, es posible afirmar que la atenuante del art. 73 CP opera respecto de causales de exculpación y, por tanto, al ser una norma específica, prima por sobre la norma general del art. 11 nro. 1 CP.

En segundo lugar, y a propósito de una ya superada discusión, se ha afirmado que el art. 73 CP operaría, supuestamente, solo respecto de causales cuyos requisitos sean enumerados, toda vez que el mencionado artículo requiere para operar que “concurra el mayor número de ellos (requisitos)”. Sin embargo, y tratándose de una causal enumerada, la norma del art. 73 CP sería completamente aplicable a pesar de las discusiones que pudiesen desarrollarse con ocasión de su redacción.

Ahora bien, cabe tener presente que, como ya se señaló, es siempre necesario que concurra y esté acreditado el requisito “base” o “esencial” de la eximente del art. 10 nro. 11 CP, esto es, la existencia de un mal que se trata de evitar. Luego, existiendo ese requisito esencial, será necesario determinar si concurren los otros cuatro requisitos de la exculpante aquí comentada, a objeto de determinar si procede invocar el art. 73 CP, cuando concurren la mayoría de los requisitos, o en art. 11 nro. 1 CP, en caso de que sea una minoría.

25 Bajo la lógica expuesta, el art. 73 CP tendría su naturaleza en las “reglas de imputación”, no así en las “reglas de comportamiento”. Para mayor profundización: MAÑALICH, Juan Pablo. “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del art. 10 n° 11 del Código Penal chileno”, en “Humanizar y Renovar el Derecho Penal”. Editor VAN WEEZEL, Alex. Ed. Thomson Reuters. 2013. P. 717.

VI. Conclusión

La situación de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad es delicada y compleja. Se cruzan diversas circunstancias asociadas a la exclusión, la vulnerabilidad y la opresión. En efecto, las personas en las que se yuxtaponen esas circunstancias no solo deben enfrentar a la justicia, sino que además deben enfrentar a la pobreza, al racismo, al machismo y a la xenofobia. Definitivamente, no están en igualdad de condiciones que otros ciudadanos.

En ese contexto, se hace necesario adoptar estrategias jurídicas y de litigación para abordar su condición. Y es que es un hecho: estamos en presencia de grupos de la población que requieren ser tratadas con las herramientas y la sensibilización necesarias para dar cuenta de que no estamos frente a casos “comunes” de narcotráfico, a objeto de encontrar una categoría jurídica que aborde y explique el tema, otorgando soluciones y tratamientos especiales acordes a la situación de extrema vulneración en la que viven y se desarrollan estas mujeres.

Sin cerrarnos a otras alternativas jurídicas y categorías del delito, consideramos que la culpabilidad es el elemento que mejor pudiese abordar la problemática en cuestión. Por un lado, ofrece la posibilidad evaluar al sujeto y sus circunstancias, mientras que, por otro lado, ofrece la posibilidad de entregar herramientas que tengan resultados concretos en los enjuiciamientos de nuestras representadas, ya sea título de eximente de responsabilidad o de atenuante de responsabilidad penal.

Como se señaló en la introducción, la presente minuta no tiene por objeto solucionar por sí sola las deficiencias de la aplicación de justicia a personas con las características ya señaladas, para lograrlo, deberíamos abordar un trabajo conjunto con otras instituciones que operen en el sistema de justicia y desarrollar estrategias jurídicas y lineamientos en materia de sensibilización que no cierren los ojos y tapen los oídos a una realidad que, lamentablemente, ya es cotidiana. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, aun podemos hacer algo por nosotros mismos y en nuestra calidad de defensores.

Anexo

Resumen de tratados internacionales de utilidad

Derecho Internacional de los derechos humanos

Una defensa especializada que considere la interseccionalidad, respecto de la mujer extranjera indígena privada de libertad, debe tener en cuenta los tratados internacionales que establecen en materia penal principios y derechos en favor de las mismas. Pues, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia, a la luz del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, estos derechos se incorporan al bloque de constitucionalidad y funcionan como límite a los poderes del Estado, generando además, deberes de respeto y promoción por parte de sus órganos.

En palabras de Meza-Lopehendía: “la Constitución chilena otorga explícitamente un estatus especial a ciertas normas de derecho internacional, específicamente a aquellas relativas a lo que el constituyente llama “derechos esenciales emanados de la naturaleza humana” –y que nosotros entendemos como derechos fundamentales-, contenidas en un tipo específico de fuente del derecho internacional: los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, aunque no exclusivamente en ellos”.²⁶

Si bien existen varios instrumentos internacionales en los cuales se establecen los derechos fundamentales de las personas, son múltiples los tratados que establecen derechos fundamentales para grupos específicos. A continuación, se expondrán aquellas normas relevantes contenidas en instrumentos específicos que establecen derechos y garantías para las mujeres, los indígenas y los migrantes, respectivamente.

Normas internacionales relativas a la mujer

Vulneración histórica

Desde la perspectiva de la teoría feminista crítica, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si bien ha consagrado explícitamente la igualdad

26 Meza-Lopehendía, Matías “El convenio N°169 de la OIT en el sistema normativo chileno”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. N°15 (2013), p. 1

entre hombres y mujeres²⁷, no ha tenido históricamente en consideración las estructuras sociales, económicas y culturales de la sociedad que oprimen a la mujer. De esta forma, el derecho no ha sido interpretado desde una perspectiva de género que dé cuenta de las experiencias de desigualdad e injusticia que experimentan las mujeres, quedando de este modo, invisibilizadas todas las diferencias existentes tales como sexo, género, edad, raza, etnia, clase social, etc.²⁸

A partir de estas críticas, se hizo necesaria la elaboración de normas específicas que otorgaran una efectiva protección a la mujer y aseguraran la igualdad y no discriminación, considerando para ello, las vulneraciones estructurales que afectaban a las mujeres. En este orden de cosas, los cuerpos normativos más importantes que recogen esta especialidad en cuanto al elemento género y establecen derechos específicos de las mujeres son:

- i) Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
- ii) Convención Interamericana para Prevenir la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)
- iii) Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok)

Por otra parte, existen otros instrumentos internacionales que, si bien no son establecidos en atención al elemento género sino desde la perspectiva de la vulnerabilidad, conviene incorporarlos dentro de este apartado a fin de realizar el propósito de esta minuta. Se trata de:

- iv) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y;
- v) Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

27 Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Artículo 3 señala: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto."

28 Fries, Lorena. y Lacrampette, Nicole (2013), "Feminismos, Género y Derecho". En: Lacrampette, Nicole. (Ed.) Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 55.

Igualdad, no discriminación y erradicación de toda forma de violencia

La primera Convención establecida en orden a conseguir la igualdad, ya no solo formal, sino sustantiva o material, es la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Se trata de un instrumento que junto con establecer todos los derechos humanos de las mujeres, prohíbe todas las formas de discriminación por razones de sexo, en todas las esferas de la vida.²⁹ Es particularmente relevante en relación con lo expuesto (supra II), el siguiente artículo:

Artículo 14

1. “Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales”.

2. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación al desarrollo rural y en sus beneficios [...]”.

Un instrumento posterior, a saber, la Convención Interamericana para Prevenir la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), viene a extender el alcance de la Convención (CEDAW), ampliando el concepto de violencia y reconociendo el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y su derecho a ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por otra parte impone a los Estados la obligación de adoptar políticas; medidas jurídicas; legislativas o de otra índole para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres.³⁰ Dentro de sus artículos relevantes destacan los siguientes:

29 Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

30 Lacrampette, Nicole y Lagos, Catalina (2013) “Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos” En: “Derechos humanos y mujeres: teoría y práctica”, Lacrampette (Ed), pp. 105 y 106.

Artículo 1

“Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Artículo 2

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”.

Artículo 4

“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley”.

La Convención Belem do Pará, va más allá de la protección de las mujeres en cuanto tales, sino que además se hace cargo de la situación de especial vulnerabilidad de algunas de ellas, estableciendo:

Artículo 9

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a

la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

Como se observa, la Convención Belem do Pará, recoge la preocupación que surge desde la perspectiva de la interseccionalidad. Esto es, que las mujeres son oprimidas desde estructuras múltiples y simultáneas al pertenecer a diversos grupos específicos, agravándose de este modo, la discriminación de que son objeto. Dicha preocupación viene a consagrarse en la Declaración De Las Naciones Unidas Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. En su preámbulo, se señala:

“Preocupada por el hecho de que algunos grupos de mujeres, como por ejemplo las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado son particularmente vulnerables a la violencia”³¹.

Así las cosas, no basta considerar el hecho de que las mujeres formen parte de un grupo históricamente vulnerado, sino que además debe entenderse que dicha vulneración se ve complejizada y acrecentada por la pertenencia a otras categorías identitarias.

En este sentido, desde el enfoque de la vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia establecen ciertas normas que pretenden asegurar el acceso a la justicia de las personas vulnerables. Las reglas consideran que se encuentran en dicha situación aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.³² Cabría destacar entre ellas las siguientes:

31 Preámbulo de la Declaración De Las Naciones Unidas Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer

32 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas En Condición De Vulnerabilidad, Sección 2ª, (3).

Sección 2ª.-

Beneficiarios de las Reglas 1.-

Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

(4) “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

4.- Pertenencia a comunidades indígenas

(9) “Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales”.

6.- Migración y desplazamiento interno

(13) “El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo”.

8.- Género

(17) “La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”.

9.- Pertenencia a minorías

(21) “Puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia”.

10.- Privación de libertad

(22) “La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores”.

Dentro del concepto de vulnerabilidad entregado por las reglas de Brasilia, se incluyen todos aquellos elementos que caracterizan a las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad, como se señaló (supra II). Siendo esto así, las mujeres descritas se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad que impide un cabal acceso a la justicia, sobre todo si se tiene en cuenta que ellas ingresan a un sistema diseñado ideológicamente, físicamente y en su esquema normativo para personas del género masculino, que no considera la variable extranjera ni indígena.”³³ A ello se suma el hecho consistente en que muchas de ellas poseen una escasa comprensión del español o en algunos casos, son monolingües.

De este modo, se solapan varios elementos que aumentan su vulnerabilidad. La CIDH ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, respecto de las mujeres indígenas: “(...) el dolor y la humillación que sufrieron las mujeres se agrava por su condición indígena. En primer lugar, por el desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes”.³⁴

Volviendo a las Reglas de Brasilia, debe señalarse que luego de definir e individualizar a las personas vulnerables, establece pautas mínimas de protección y defensa de sus derechos, en relación al acceso a la justicia, dentro de los cuales destaca para los efectos de esta minuta el derecho a intérprete.

33 Hernández, Andrea y Lara, María (2015), “Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, Colección Documentos de Política n° 32 pp. 23.

34 CIDH, Informe de Fondo N° 53/01, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México).

Los derechos de las mujeres privadas de libertad

En relación a la circunstancia de encontrarse las mujeres privadas de libertad, hay una serie de normas que establecen los derechos de los reclusos. Así, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos establecen:

Regla 1. “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos. Ningún recluso será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes”.

Regla 2.1. “Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Deberán respetarse las creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos”.

2.2 “Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias”.

Las reglas Mínimas vienen a ser complementados por las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), cuyo establecimiento responde a la necesidad de reconocimiento de las mujeres privadas de libertad como un grupo vulnerable que posee necesidades específicas, enfoque que muchas veces ha estado ausente o invisibilizado en las políticas públicas destinadas a regular el sistema criminal y penitenciario³⁵. Así se ha establecido como principio básico:

³⁵ Espinoza, Olga; Martínez Fernando y Sanhueza, Guillermo, (2014) “El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: la percepción de las personas privadas de libertad” En: Vial, Tomás (Ed.) Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, pp. 258.

Regla 1. “A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria”.

Regla 2.1. “Se deberá prestar atención adecuada a los procedimientos de ingreso de las mujeres y los niños, particularmente vulnerables en ese momento. Las reclusas recién llegadas deberán tener acceso a los medios que les permitan reunirse con sus familiares, recibir asesoramiento jurídico, y ser informadas sobre el reglamento, el régimen penitenciario y las instancias a las que recurrir en caso de necesitar ayuda en un idioma que comprendan, y, en el caso de las extranjeras, deberán también tener acceso a sus representantes consulares”.

Normas internacionales relativas a los migrantes

A partir de la clasificación propuesta por Castro, Cillero y Mera³⁶ y, en relación al problema aquí planteado, podemos sistematizar los derechos establecidos en favor de los migrantes privados de libertad de la siguiente forma:

Derecho a que las detenciones o privaciones de libertad a inmigrantes sean realizadas de conformidad a la ley.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Artículo 16.4.

“Los trabajadores migratorios y sus familiares no serán sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias; no serán privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca”.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

36 Castro, Alvaro; Cillero, Miguel y Mera, Jorge (2010) “Derechos fundamentales de los privados de libertad: guía práctica con los estándares internacionales en la materia” En: Palet, Andrea (Ed.), Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, pp. 247 y ss.

Artículo 5.1.

“Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos: 251 a) (...) ningún extranjero será privado de su libertad, salvo por las causas establecidas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

Derecho a ser informados de las razones de la detención.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

Artículo 16.5.

“Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean detenidos serán informados en el momento de la detención, de ser posible en un idioma que comprendan, de los motivos de esta detención, y se les notificarán prontamente, en un idioma que comprendan, las acusaciones que se les hayan formulado”.

Grupo de trabajo sobre detención arbitraria. Deliberación n° 5, relativa a los migrantes y solicitantes de asilo.

Principio 8.

“La medida de retención será notificada por escrito en un idioma comprensible para el solicitante, con detalle de los motivos”.

Derecho a asistencia legal e intérprete.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Artículo 16.7.

“Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluso en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención: c) Se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal”.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

Artículo 5.1

“Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos: c) El derecho a la igualdad ante los tribunales y todos los demás órganos y autoridades encargados de la administración de justicia y, en caso necesario, a la asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales y, cuando lo disponga la ley, en otras actuaciones”.

Segundo informe del progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio

“En la esfera penal, la Relatoría sugiere que se discuta la conveniencia de algunas medidas que asegurarían el derecho de los inmigrantes, cualquiera sea su estatus, a un juicio justo, atendiendo a la particular vulnerabilidad de quien enfrenta un procedimiento penal en un país extraño. En primer lugar, es preciso asegurar que el acusado entienda los cargos que se le formulan y el contenido exacto de los derechos procesales que tiene a su disposición. Para ello, es importante asegurar la traducción y explicación de conceptos jurídicos a un idioma que el acusado entienda, a costa del Estado”.

Derecho a la asistencia consular

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Artículo 16.7

“Cuando un trabajador migratorio o un familiar suyo sea arrestado, recluido en prisión o detenido en espera de juicio o sometido a cualquier otra forma de detención: a) Las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o de un Estado que represente los intereses del Estado de origen, serán informadas sin demora, si lo solicita el detenido, de la detención o prisión y de los motivos de esa medida”;

b) La persona interesada tendrá derecho a comunicarse con esas autoridades. Toda comunicación dirigida por el interesado a esas autoridades será remitida sin demora, y el interesado tendrá también derecho a recibir sin demora las comunicaciones de dichas autoridades;

c) Se informará sin demora al interesado de este derecho y de los derechos derivados de los tratados pertinentes, si son aplicables entre los Estados de que se trate, a intercambiar correspondencia y reunirse con representantes de esas autoridades y a hacer gestiones con ellos para su representación legal. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recurrir a la protección y a la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su Estado de origen, o del Estado que represente los intereses de ese Estado, en todos los casos en que queden menoscabados los derechos reconocidos en la presente Convención. En particular, en caso de expulsión, se informará sin demora de ese derecho a la persona interesada, y las autoridades del Estado que haya dispuesto la expulsión facilitarán el ejercicio de ese derecho.

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país donde viven.

Artículo 10.

“Todo extranjero tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado de que sea nacional o, en su defecto, con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección en el Estado en que resida de los intereses del Estado del que sea nacional”.

Convención de Viena sobre relaciones consulares.

Artículo 36.1.

“Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) 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; 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”.

Derecho a la integridad personal

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

Artículo 6.

“Ningún extranjero será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, en particular, ningún extranjero será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Comité de derechos humanos. Observación general n°20 artículo 7. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

2. “La finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado. La prohibición enunciada en el artículo 7 queda complementada por las disposiciones positivas del párrafo 1 del artículo 10, según el cual “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

3. “El texto del artículo 7 no admite limitación alguna. El Comité reafirmó asimismo que, incluso en situaciones excepcionales como las mencionadas en el artículo 4 del Pacto, nada autoriza la suspensión de la cláusula del artículo 7, y las disposiciones de dicho artículo deben permanecer en vigor. Análogamente, el Comité observa que no se puede invocar justificación o circunstancia atenuante alguna como pretexto para violar el artículo 7 por cualesquiera razones, en particular las basadas en una orden recibida de un superior jerárquico o de una autoridad pública”.

7. “El artículo 7 prohíbe expresamente los experimentos médicos o científicos realizados sin el libre consentimiento de la persona interesada. El Comité observa que los informes de los Estados Partes contienen por lo general escasa información a este respecto. Convendría prestar mayor atención a la necesidad de asegurar el cumplimiento de esta disposición y a los medios para lograrlo. El Comité observa asimismo que se necesita una protección especial en relación con esos experimentos en el caso de las personas que no están en condiciones de dar un consentimiento válido, en particular de las sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estas personas no deben ser objeto de experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud”.

9. “A juicio del Comité, los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución. Los Estados Partes deberán indicar en sus informes las medidas que hayan adoptado con tal fin”.

11. “Además de describir las medidas destinadas a asegurar la protección debida a toda persona contra los actos prohibidos en virtud del artículo 7, el Estado Parte deberá proporcionar información detallada sobre las salvaguardias previstas para la protección especial de las personas especialmente vulnerables. Cabe señalar a este respecto que la supervisión sistemática de las reglas, instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como de las disposiciones relativas a la custodia y al trato de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, constituye un medio eficaz de prevenir los casos de tortura y de malos tratos. Con el fin de garantizar la protección efectiva de los detenidos, deberán adoptarse las disposiciones necesarias para que los presos sean mantenidos en lugares de detención oficialmente reconocidos, y para que sus nombres y lugares de detención, así como los nombres de las personas responsables de su detención, figuren en registros que estén a disposición de las personas interesadas, incluidos los parientes y amigos. Asimismo, deberá registrarse la hora y el lugar de todos los interrogatorios junto con los nombres de todos los presentes, y dicha información también deberá estar disponible a efectos de los procedimientos judiciales o administrativos. Deberán adoptarse asimismo disposiciones contra la detención en régimen de incomunicación. A este respecto, los Estados Partes, deberán velar por que en ningún lugar de detención haya material alguno que pueda utilizarse para infligir torturas o malos tratos. La protección del detenido requiere asimismo que se conceda un acceso rápido y periódico a los médicos y abogados y, bajo supervisión apropiada cuando la investigación así lo exija, a los miembros de su familia”.

Comité de derechos humanos. Observación general n° 15. La situación de los extranjeros con arreglo al pacto.

7. “No deben ser sometidos a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni pueden ser sometidos a esclavitud o servidumbre. Los extranjeros tienen pleno derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

Comité para la eliminación de la discriminación racial. Observación general n°30. Sobre la discriminación contra los no ciudadanos

27. “Velar por que los no ciudadanos no sean devueltos o trasladados a un país o territorio en el que corran el riesgo de ser sometidos a abusos graves de los derechos humanos, como tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Derecho a recibir un trato acorde a la dignidad inherente al ser humano

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Artículo 17.1.

“Todo trabajador migratorio o familiar cuyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural”.

Comité de derechos humanos. Observación general n° 21. Comentarios generales. Trato humano de las personas privadas de libertad.

Artículo 10.

3. “El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión”.

Comité de derechos humanos. Observación general n°9. Comentarios generales. Trato humano de las personas privadas de libertad.

“El párrafo 1 del artículo 10 del Pacto establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...). El trato humano y el respeto de la dignidad de todas las personas privadas de libertad constituyen una norma básica de aplicación universal que no puede depender enteramente de los recursos materiales. El Comité tiene conciencia de que, a otros respectos, las modalidades y las condiciones de detención pueden variar según los recursos de que se disponga, pero afirma que deben aplicarse siempre sin discriminación, como lo exige el párrafo 1 del artículo 2”.

Derecho a comunicarse con familiares y otras personas

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Artículo 17.5.

“Durante la detención o prisión, los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el mismo derecho que los nacionales a recibir visitas de miembros de su familia”.

Comité de derechos humanos. Observación general n° 20. Comentarios generales artículo 7. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

11. “La protección del detenido requiere asimismo que se conceda un acceso rápido y periódico a los médicos y abogados y, bajo supervisión apropiada cuando la investigación así lo exija, a los miembros de su familia”.

Grupo de trabajo sobre detención arbitraria. Deliberación n° 5 relativa a los migrantes y solicitantes de asilo

“Se autorizará el acceso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y, si procede, de las organizaciones no gubernamentales competentes a los locales de retención”.

Grupo de trabajo sobre detención arbitraria. Informe sobre la visita al reino unido sobre la cuestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo.

31. “Debería darse a los detenidos acceso adecuado a sus representantes legales, a sus parientes y a funcionarios de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”.

38. “Las organizaciones no gubernamentales especializadas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y los representantes legales deberían tener acceso a todos los lugares de detención, en particular las zonas de tránsito en los puertos y aeropuertos internacionales”.

Informe del relator especial de naciones unidas sobre la cuestión de la tortura

43. “Con respecto al acceso al mundo exterior, el Relator Especial reitera que se permitirá a las personas privadas de libertad tener contacto con sus familiares, abogados y médicos, y recibir visitas periódicas de ellos y, si lo permiten los reglamentos de seguridad, [tener contacto] con terceros, como organizaciones de derechos humanos u otras personas de su elección”.

Normas internacionales relativas a los indígenas

Ámbito de aplicación

El principal instrumento internacional que establece derechos en favor de los pueblos indígenas y tribales es el Convenio 169 de la OIT. Este señala en su primer artículo que:

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 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.

Siendo la identificación de aquello que constituye el ser indígena, una cuestión compleja y muy discutida, la conciencia de la identidad indígena, como señala el artículo 2.1, debe tomarse como un criterio fundamental para determinar a qué grupos se aplican las disposiciones del Convenio.

En el mismo sentido, los art. 9 y 33 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen que:

“los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

Por otra parte, 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 establece que:

“Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad indígena y a determinar su identidad y pertenencia conforme a sus costumbres. 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. En tal sentido, la autoadscripción es el acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado”.³⁷

De todo lo expuesto es posible señalar sistemáticamente que el Convenio se aplica a:

Los individuos pertenecientes a pueblos originarios que rigen su vida de acuerdo a sus costumbres –en forma total o parcial-.

37 Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, p. 106.

Los individuos que descienden de las poblaciones que habitaban en el país o en una región de dicho país al tiempo de la conquista europea

Aquellos que se encuentren en los casos i o ii y tengan “conciencia de su identidad indígena”

Respecto de la conciencia de la identidad indígena, el Protocolo es claro en establecer 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”.

Derechos de los pueblos indígenas y tribales

Reconocimiento de la costumbre o derecho consuetudinario

Con el fin de que el Estado le reconozca valor al derecho indígena, el Convenio 169 de la OIT establece que:

8.1 “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”

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”

Lo anterior viene a ser ampliado y precisado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en los siguientes artículos:

Artículo 5. “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

Artículo 34. “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres

o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Artículo 40. “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 consecuencia, los órganos del estado y en especial, la judicatura al ejercer sus facultades jurisdiccionales, de forma imperativa, deberá tener en cuenta la costumbre en tanto se configura como un cuerpo normativo que pasa a formar parte del ordenamiento interno y pasa a tener la obligatoriedad del mismo”.

Las normas referidas encuentran su fundamento en que la pertenencia a una cultura diversa puede hacer que existan procesos de internalización de patrones conductuales diferentes y un contexto social diverso que debe ser tomado en cuenta. Siendo esto así, en aquellas hipótesis en que la conducta del imputado ajeno a la cultura dominante está motivada en un aspecto propio de la cultura, y que esta motivación es aceptada por la cultura de pertenencia, mas no por la dominante, se está en presencia de los llamados delitos culturalmente motivados. En estos casos se han construido diversas defensas culturales fundadas en la costumbre.

Consideración de la calidad de indígena de un condenado al aplicar una sanción del derecho penitenciario general y derecho a la aplicación preferente de sanciones alternativas al encarcelamiento.

El artículo 10 del Convenio establece:

Artículo 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.”

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

Si bien –hipotéticamente– ambos preceptos obligan al juez penal a tener en cuenta las cuestiones fácticas de orden económico, social y cultural, además de preferir sanciones distintas a las privativas de libertad, lo cierto es que en el marco de un orden monista, como afirma claramente Royo:

“Este camino no parece fácil en el status quo nacional, partiendo de la base de la inexistencia de un reconocimiento constitucional a los pueblos originarios, la inserción de una perspectiva intercultural en materia penal –en base a la aceptación de la existencia de una especificidad indígena en materia de normatividad– puede entenderse como un medida inconstitucional, que otorga un estatus privilegiado para un determinado sector de la sociedad nacional. Es por ello que el reconocimiento de las características propias de los indígenas en materia penal ha sido considerado un atentado a la soberanía nacional –ya que presupone la existencia de una nación que se rige por leyes propias– como así también al principio de unidad jurídica. En efecto, esta fue la argumentación levantada justamente en requerimiento de inconstitucionalidad de la Cámara de Diputados cuando se debatió la constitucionalidad de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, la aprobación de los art. 9 y 10 que justamente incorporan como un criterio relevante en las decisiones judiciales la pertenencia de un sujeto a pueblo indígena al momento de determinar las sanciones penales.”³⁸

Con todo, el artículo 10.2 ha sido aplicado en la jurisprudencia de nuestros tribunales y su compatibilidad con el ordenamiento interno ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional³⁹. En efecto, se ha señalado que esta norma debe entenderse en el marco de la competencia que tiene el juez para imponer penas alternativas a las sustitutivas de libertad de conformidad con la ley 18.216. Así, la calidad de indígena se constituye como uno de los elementos de hecho ventilados en el proceso, que permiten dar aplicación a al cuerpo normativo precitado, sin que ello afecte la igualdad ante la ley.

Respecto del artículo 10.1, los tribunales de justicia no se han pronunciado sobre su alcance, no obstante, debe entenderse que algunos de los elementos sociales, económicos y culturales se relacionan, por ejemplo con

38 Royo, Manuela “Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad.”, *Polít. crim.* Vol. 10, N° 19 (Julio 2015), Art. 12, pp. 376.

39 Sentencia del Tribunal Constitucional N° Rol 309-2000, Rol N°1050-2008.

el vínculo de los indígenas con la tierra, con la comunidad, su relación con la autoridad, etc.

Igualdad y no discriminación

Debe tenerse en cuenta, además, el articulado de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en relación con la igualdad y no discriminación de los pueblos indígenas:

Artículo 22

1. “En la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas”.

Artículo 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.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho”.

Supuesta incompatibilidad de la pena mixta establecida en la Ley N°18.216 y otros beneficios intrapenitenciarios: Estudio de los argumentos en pugna

Autores: Nicolás Cisternas Vázquez, Rodrigo Lillo Vera,
Alejandro Gómez Raby, Pablo Aranda Aliaga

Unidad de Defensa Penal Especializada
Departamento de Estudios y Proyectos
Defensoría Penal Pública

La presente minuta surge como respuesta a la posición sostenida por Gendarmería acerca de la incompatibilidad de la pena mixta con otros beneficios intrapenitenciarios, como la reducción de condena o la libertad condicional. Esta posición se ha manifestado, en la instrucción interna que se analizará, como en la información que estarían entregando algunos Coordinadores de Pena Mixta por establecimiento.

La pena mixta que, curiosamente no es una pena (1), fue creada por la Ley 20.603 que modificó la Ley 18.216 sobre penas sustitutivas. Regulada en los artículos 33 y siguientes de la norma mencionada, la pena mixta abre nuevas posibilidades para las personas privadas de libertad para suspender dicha privación.

En términos simples, la norma permite modificar una sanción privativa por la medida de libertad vigilada intensiva al cumplirse un tercio de la condena y los demás requisitos legales.

“Artículo 33.- El tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Que la sanción impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior;

Que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis;

Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, y

Que el condenado hubiere observado un comportamiento calificado como “muy bueno” o “bueno” en los tres bimestres anteriores a su solicitud, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo N° 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.”

1. Descripción del Problema

Se ha planteado por Gendarmería que la pena mixta sería incompatible con otros beneficios como la libertad condicional regulada en el DL 321 y el sistema de reducción de condenas, regulado en la Ley N° 19.856 que crea sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de la observación de la buena conducta. En efecto, para implementar la pena mixta, que en verdad es una forma de interrupción de la pena privativa de libertad y como tal se ubica más cerca de los beneficios intrapenitenciarios propios de la ejecución penal, Gendarmería (GENCHI) fijó una “normativa técnica” en la Resolución Exenta N° 406, dictada con fecha 15 de enero 2016.

En esta Resolución se establece el rol de Coordinadores de Pena Mixta, encargados de responder a las dudas de los privados de libertad en la materia, además de regular en específico los procedimientos de otorgamiento y su forma de ejecución.

El problema radica en que al referirse a las actividades de información de los Coordinadores de Pena Mixta, fija una incompatibilidad entre la pena mixta y las normas de reducción de condena por buen comportamiento establecidas en la Ley N° 19.856, señalando:

2.1. Actividades de información: (...)

Poner en conocimiento de la población penal la incompatibilidad de la Ley N°19.856 que crea un “Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la base de la Observación de Buena Conducta” con la modalidad de cumplimiento de pena sustitutiva de Libertad Vigilada Intensiva del artículo 33 de la Ley N° 18.216”

2. Antecedentes Previos

Antes de referirnos en específico a las incompatibilidades, cabe empezar señalando que la resolución dictada por Gendarmería carecería de todo valor si tomamos en cuenta las normas siguientes:

- Artículo 22 de la Ley N°20.603 que modifica la Ley 18.216:

“Un reglamento establecerá las normas relativas a la organización de los sistemas de libertad vigilada y de libertad vigilada intensiva, incluyendo los programas, las características y los aspectos particulares que éstos deberán tener. El Ministerio de Justicia impartirá las normas técnicas que sean necesarias a este respecto y evaluará, periódicamente, su cumplimiento y los resultados de dichos sistemas.”

- Artículo 39 del Decreto N° 1120 que aprueba el Reglamento de la Ley N° 18.216:

“El Ministerio de Justicia impartirá las normas técnicas que sean necesarias relativas al sistema de libertad vigilada, evaluando periódicamente su cumplimiento y sus resultados, para lo cual Gendarmería de Chile deberá remitirle los informes que solicite, dentro de los plazos que se establezcan.”

Por lo pronto podemos afirmar que no existe ninguna norma que establezca la incompatibilidad entre ambas medidas (rebaja de condena y pena mixta), y que por lo mismo, esto es sólo podría ser materia de una decisión jurisdiccional, que atendiendo a nuestro sistema legal, sólo podría alcanzar al caso que se pretende resolver. Por lo tanto, no existe ninguna base normativa para sostener esta supuesta incompatibilidad y no corresponde a Gendarmería tampoco determinarla. En este sentido, la Le N° 18.216 es clara y constante al señalar que la institución encargada de fijar las normas técnicas en materia de libertad vigilada será el Ministerio de Justicia y no Gendarmería.

Teniendo en consideración que la pena mixta implica la sujeción del condenado al régimen de libertad vigilada intensiva (además del monitoreo telemático), es lógico sostener que lo que el legislador haya fijado respecto de la libertad vigilada se aplica también a la pena mixta. Por lo mismo, aún en términos amplios, pudieren aplicarse como limitaciones y restricciones a la pena mixta, las que el legislador ha previsto para aquella pena substitutivas; pero en ningún caso podría Gendarmería ponerse por sobre el legislador en este punto e imponer otras limitaciones adicionales, no

Por lo dicho, este instructivo sólo vincularía a los propios de funcionarios de Gendarmería, tratándose de una norma de carácter interno, pero no es obligatoria para el juez de modo que su cumplimiento sólo vincularía a los funcionarios de aquel servicio, pero no es oponible en términos generales para regular la aplicación de la pena mixta.

Con todo, es necesario considerar que de acuerdo a la Ley orgánica de Gendarmería (DL 2.859 de 1979) y Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP)(2), tienen por misión atender, vigilar y contribuir a la reinserción social, lo que se traduce en el derecho de los internos a exigir dicho deber(3). En ese sentido, y a fin de contribuir la reinserción social, los internos tienen el derecho de exigir información verídica y precisa respecto de materias que digan relación con su reinserción social. Al estar dando información confusa e incorrecta, Gendarmería incumple su deber.

Aunque bastaría este sólo argumento para desbaratar la tesis de incompatibilidad, interesa ir sobre el fondo de la asunto pues esta tesis podría sostenerse aún en sede judicial. Por lo mismo, intentaremos hacernos cargo de los argumentos que hipotéticamente sustentaría la incompatibilidad. Atendido

que también se habría sostenido esta incompatibilidad de la pena mixta con libertad condicional, se abordará también esta situación.

“Será principio rector de dicha actividad (penitenciaria) el antecedente que el interno se encuentre en relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Artículo 2 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

2.1. Incompatibilidad entre pena mixta y reducción de condena por buen comportamiento

Conforme al instructivo ya mencionado, Gendarmería ha informado a los privados de libertad sobre la pena mixta, indicando que solicitarla implica quedar excluido de la lista de reducción de condena. Lo cierto es que como ha quedado dicho no existe alguna norma que limite o establezca esta incompatibilidad sostenida por Gendarmería. No existe imposibilidad para que quien sea favorecido por pena mixta, lo sea posteriormente con la reducción de su condena. Y viceversa, que quien ha sido favorecido por la rebaja, posteriormente le sea interrumpida su condena de acuerdo al artículo 33 de la Ley 18216.

Ahora bien, esto no obsta a problemas prácticos que pueden surgir en una y otra hipótesis.

2.1.1. Reducción de condena después del otorgamiento de pena mixta

En el caso de los favorecidos con pena mixta, si bien pueden posteriormente ser favorecidos con la reducción de condena se podría vislumbrar los siguientes problemas:

Como sabemos, quien ha sido beneficiado con la pena mixta se encontrará sujeto al régimen de libertad vigilada intensiva, es decir, en el medio libre. A su vez, la Ley 19.856 exige para el otorgamiento de una reducción de condena que el privado de libertad presente un comportamiento sobresaliente en los períodos de evaluación y para esta evaluación se analizan varios

factores establecidos en el artículo 7 de la ley entre los que se consideran *“la asistencia periódica del condenado a escuela, liceo o cursos existentes en la unidad penal...”* y *“la asistencia periódica del condenado a talleres o programas de capacitación ofrecidos por la unidad penal...”*.

El problema que podría presentarse es que en el caso del condenado cuya pena privativa de libertad se ha interrumpido, al encontrarse el condenado “libre”, podría considerarse que no cuenta con ninguno de los elementos ya mencionados pues éstos se llevan a cabo en la unidad penal. Y, aritméticamente pensado, no tener la mitad de los factores que permitirían calificar una conducta de sobresaliente, deja al condenado en una situación evidentemente desventajosa.

Vista así, la norma parece especialmente restrictiva. Sin embargo, en su Título III se incluyen como posibles beneficiarios aquellos condenados que se encuentran en libertad condicional y reclusión nocturna, adecuando las condiciones necesarias para su otorgamiento a las situaciones especiales en cuestión. De esta manera podría considerarse que el beneficio de reducción de condena no requiere en realidad que el condenado se mantenga privado de libertad, incluso podría sostenerse que ese argumento dista de la intención del legislador.

Sin ir más lejos, el artículo 17 de la Ley 19.856 fija los límites a su aplicación no reconociendo como uno de ellos ser el condenado beneficiario de una pena mixta. Por otra parte, el Decreto 685 que aprueba el Reglamento de la misma ley señala que el registro de personas condenadas, que se refiere a quienes han sido sometidos al proceso de calificación, contendrá “g) la fecha en que el interno hubiere comenzado a hacer uso del beneficio de salida controlada al medio libre y de libertad condicional, si fuere el caso...” lo que nos permite afirmar que la limitación o incompatibilidad que crea la resolución 406 no tiene concordancia con el resto de la normativa vigente. Al menos en esta materia.

El argumento que un condenado por estar fuera del penal no pueda tener “buena conducta”, carece de lógica pues de no tenerla debiera serle revocada la libertad vigilada intensiva (que es el régimen que se le aplica en este caso). En síntesis se trata de un problema práctico, que tiene que ver cómo medir la conducta sobresaliente en régimen de libertad. Aunque complejo, no es una cuestión ajena que el legislador no haya previsto para otros casos.

No hay que perder de vista, por último, el motivo de dictación de la ley N° 20.603, *“mejorar las condiciones de las personas privadas de libertad, el alto nivel de hacinamiento de las cárceles-superable mediante obras de envergadura y de largo aliento lo que provoca la afectación a los derechos de los internos, así como el deseo de procurar evitar que éstos participen en nuevas actividades ilícitas.”*

2.1.2. Reducción de condena antes de la concesión de la pena mixta

La misma disposición contenida en el artículo 4 de la Ley N° 19.856 nos lleva a la preocupación de lo que ocurre con la reducción reconocida antes de que se otorgue la pena mixta.

En este caso la supuesta incompatibilidad se manifestaría en que aquel condenado que solicita o se le concede la interrupción de la condena del artículo 33 de la Ley N° 18.216, perdería el tiempo de rebaja que la Comisión respectiva ha considerado rebajarle, en principio, y que se harán efectivos sólo al término de la condena.

Existen aún, dos argumentos que se pueden utilizar para fundar la tesis de la incompatibilidad en este sentido y que se derivan del tenor literal de la normativa de la rebaja de condena. El primero de ellos se refiere a la exigencia del cumplimiento efectivo y la segunda, al hecho que se requiere para hacer valer la rebaja que se haya cumplido toda la pena.

El primero se refiere a que la reducción de condena como exige cumplimiento efectivo, excluiría al titular de pena mixta de este beneficio, que se encuentra cumpliendo su condena de manera alternativa y por lo tanto, aquel condenado cuya pena se termine en una modalidad distinta a la privación de libertad no podría hacer valer al final de su condena la rebaja que se le hubiere reconocido con anterioridad por la Comisión de Rebaja.

En efecto, tal como establece el artículo 2 de la Ley 19.856 *“La persona que durante el cumplimiento efectivo de una condena privativa de libertad, hubiere demostrado un comportamiento sobresaliente, tendrá derecho a una reducción del tiempo de su condena equivalente a dos meses por cada año de cumplimiento.”*

Sin embargo, en términos estrictos, no señala que el cumplimiento de la condena deba ser efectivo por todo el tiempo, sino solamente que durante el cumplimiento efectivo haya tenido un comportamiento sobresaliente. Como sabemos, para optar a la pena mixta el condenado debe haber cumplido a lo menos un tercio de la pena de manera efectiva lo que debiese otorgarle la rebaja durante ese tiempo de todas formas.

El segundo argumento consistiría en que como el artículo 4° de la Ley N° 19.856 indica que la rebaja se hace efectiva al momento del total cumplimiento de la pena efectiva, sólo quien cumpla la pena total originalmente impuesta podría acceder a la rebaja. Esto implicaría, evidentemente, excluir de la rebaja a quienes su pena les fue interrumpida de acuerdo al artículo 33 de la Ley N° 18216.

El problema surge con el artículo 4 de la misma ley porque señala que *“Los beneficios regulados en los artículos anteriores tendrán lugar sólo en el momento en que se diere total cumplimiento a la pena impuesta, una vez aplicadas las rebajas que correspondieren de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley. De esta forma, se entenderá que se da cumplimiento a la pena una vez transcurrido el tiempo de cumplimiento fijado en la condena originalmente impuesta, menos el descuento que, por aplicación de esta ley, fuere del caso aplicar.”*

Al referirse a “la condena originalmente impuesta” podría sostenerse que el otorgamiento de la pena mixta es una condena distinta de la originalmente impuesta. Esta tesis parece apoyada por la redacción del artículo 33 de la Ley 18.216 que en su inciso primero señala *“El tribunal podrá (...) disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva...”*. Bajo esta premisa, llegado el final del cumplimiento fijado, podrían negarse los meses de reducción de condena que le corresponderían al condenado de acuerdo a lo que hubiere decidido la Comisión de Rebaja para los respectivos períodos, aduciendo que no ha habido total cumplimiento de la pena originalmente impuesta en los términos del artículo 4 ya citado.

Sin embargo, cosa distinta a la incompatibilidad tiene que ver con la manera en que se hace valer la rebaja de condena, cuando el condenado ha sido favorecido con reducción de su condena. En efecto, como señala el artículo 4° de la Ley N° 19856, este beneficio se hace valer al fin la de tiempo de cumplimiento

de condena. Para ello será necesario que aun cuando la pena privativa se vea interrumpida, se tenga presente la rebaja al final de la condena, puesto que la única manera de perder la rebaja reconocida por la Comisión en un período determinado, es que posteriormente la Comisión declare su caducidad; o bien que se trate de un caso de exclusión del artículo 17 de la Ley.

Por último, en el artículo 62 bis del Decreto 685 que fija el reglamento en materia de rebaja de condenas, señala en términos precisos que *“las personas condenadas que gozaren de libertad condicional y que hubieren presentado conducta sobresaliente en el período de cumplimiento efectivo, tendrán siempre derecho al beneficio a que alude el artículo 8° (...) conservando la reducción de condena que hubieren obtenido durante el tiempo que permanecieron privadas de libertad”*. Esto permiten concluir que el legislador no ha excluido a del beneficio a quienes cumplen su condena fuera de los márgenes de la cárcel. Es decir, el sentido de la norma es mejorar las condiciones en que se cumplen las sanciones penales y también la búsqueda de reinserción de los condenados por lo tanto difícilmente podría considerarse que limitar las alternativas y beneficios ofrecidos a éstos sea concordante con la intención legislativa.

2.2. Incompatibilidad entre pena mixta y libertad condicional

Se ha informado además por Gendarmería de la imposibilidad de solicitar la pena mixta y participar a la vez en los listados que van a la Comisión de Libertad Condicional.

Parece fundamental destacar que es el propio artículo 33 de la Ley N° 18.216 quien, en su numeral 4° se remite a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 2442. Este decreto fija el texto del Reglamento de la ley de Libertad Condicional, estableciendo los requisitos para su otorgamiento.

Los argumentos de Gendarmería parecen enfocarse en dos aspectos: Por un lado, que el liberto condicional pueda postular a la pena mixta. Por otro, que se formulen la solicitud de pena mixta y de libertad condicional conjunta o coetáneamente; o bien, que en el caso de haber obtenido la pena mixta, pueda pedir la libertad condicional con posterioridad a su egreso del penal.

2.2.1. En cuanto a la primera hipótesis, es decir que encontrándose el condenado cumpliendo bajo el régimen de libertad condicional, solicite la interrupción de su condena de acuerdo al artículo 33 de la Ley 18.216

Si bien esta hipótesis es poco probable que se haga masiva, pues el liberto condicional está sujeto a menores restricciones y controles que quien cumple bajo libertad vigilada intensiva, no existe norma alguna que limite esta petición. Sólo podría esgrimirse como argumento de rechazo el que uno de los requisitos de la pena mixta es haber observado buena o muy buena conducta los últimos 3 bimestres, y, no encontrándose bajo la custodia de un recinto penal no sería objeto de calificación de su conducta.

Este razonamiento no considera que el liberto condicional se encuentra sujeto y depende del Tribunal de Conducta, que es el mismo que determina la conducta. Cuando esto no sea posible, porque no hay un Tribunal de Conducta en el lugar, la persona se encontrará sometida a otras autoridades como "... el Oficial de Registro Civil; y en lugar del Jefe de Policía Fiscal, por el Comandante de Policía Comunal o por el Jefe de algún destacamento o grupo de Carabineros". Es posible que la dificultad de no encontrarse el condenado en un recinto penitenciario no impide que su conducta sea calificada, adaptándose las instituciones administrativas para dar cumplimiento al mandato legal.

2.2.2. En cuanto al segundo caso, esto es, que un condenado solicita que se decrete la pena mixta y posteriormente (sea que se le haya concedido o no), postula a la libertad condicional

Al igual que en el caso de la rebaja, no existe una norma de apoyo per se, pero suponemos puede centrarse en el artículo 33 de la Ley 18.216 que señala en sus incisos 13 y 14:

"En caso de disponerse la interrupción de la pena privativa de libertad, el tribunal fijará el plazo de observación de la libertad vigilada intensiva por un período igual al de duración de la pena que al condenado le restare por cumplir. Además, determinará las condiciones a que éste quedará sujeto conforme a lo prescrito en los artículos 17, 17 bis y 17 ter de esta ley.

Si el tribunal no otorgare la interrupción de la pena regulada en este artículo, ésta no podrá discutirse nuevamente sino hasta transcurridos seis meses desde de su denegación”.

En cuanto al primer inciso citado, podría Gendarmería sostener que al fijarse la libertad vigilada por el tiempo que resta de condena, se entiende que no puede alterarse por un nuevo régimen. Sin embargo, la libertad condicional no altera el tiempo de cumplimiento de la pena, sino la forma en de ese cumplimiento.

El inciso 14, también citado anteriormente, limita la posibilidad de solicitar la pena mixta una vez denegada por el plazo de 6 meses pero dicha limitación se establece en términos estrictos respecto de la pena mixta y no parece factible extenderla a otras instituciones, como la libertad condicional. Hacerla extensible limitaría las posibilidades de los privados de libertad de acceder a beneficios a los que habrían podido acceder en caso de no haber solicitado la pena mixta, ni siquiera en base al otorgamiento, sino a la solicitud misma del beneficio.

Incluso podría sostenerse que existe una privación arbitraria del derecho a petición del artículo 19 N° 14 de la Constitución. No puede Gendarmería inhibir a una persona de postular a este beneficio, respecto del cual por lo además, no decide su concesión o rechazo. Todo lo que se condice con el derecho a elevar peticiones a la autoridad competente, por parte de los privados de libertad, según dispone el artículo 9 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Es decir, mediante un instrumento de rango reglamentario, se estaría restringiendo, esencialmente, un derecho previsto en la Constitución y regulado en una norma de carácter general.

No existiendo norma alguna que establezca esta posibilidad, ni la facultad de Gendarmería, su posición en este punto excede sus facultades legales.

En cuanto a la posibilidad de solicitar la libertad condicional estando egresado del sistema cerrado el condenado, al haber sido beneficiado por la sustitución con la pena mixta, se podría sostener que no es posible ser además beneficiado con libertad condicional puesto que el condenado no podría cumplir con todos los requisitos. En particular con el requisito 2°, esto es, tener una conducta intachable al interior del recinto penitenciario. La imposibilidad se funda simplemente en que al no estar en el penal, no es posible calificar su conducta para el informe correspondiente.

El argumento anterior, sin embargo, no considera la normativa en su conjunto ni la remisión directa que hay desde el artículo 33 al Decreto N°2442 que fija el Reglamento de la ley de Libertad Condicional. Lo fundamental no está en la remisión sino en ciertas disposiciones del Decreto que permiten que la calificación sea realizada por otras instituciones.

No entendemos como dicha adaptación no podría aplicarse igualmente en el caso de estar el condenado bajo libertad vigilada intensiva. Es decir, existe un procedimiento ya establecido para llevarlo a cabo respecto de la libertad condicional y como principio general el derecho penal debe buscar la situación más beneficiosa para el condenado.

Más aún, y como conclusión en esta materia cabe destacar que la normativa nacional es clara al señalar que respecto de los condenados gozando de libertad condicional se considerará la conducta durante el tiempo de cumplimiento efectivo, para el otorgamiento de beneficios de reinserción. No se ve por qué no podría aplicarse el mismo criterio al tratarse de una pena mixta.

3. Medios de Impugnación

Aunque, por las razones que se han invocado, no es posible sostener por Gendarmería que existe una incompatibilidad entre la pena mixta y otros beneficios intrapenitenciarios, los actos administrativos que Gendarmería funde en base a estos argumentos, son evidentemente impugnables.

Sea que se haga suscribir al condenado un acta de renuncia o derechamente por la mera comunicación (aunque en este caso la prueba de la infracción es más compleja). En ambos casos se trata de un acto administrativo, el cual se puede impugnar judicialmente mediante una cautela de garantías(4). Desde esta perspectiva es necesario cuestionar el objeto o fin del acto(5).

Evidentemente, también se puede cuestionar por la vía del examen de vulneración de derechos constitucionales. En este caso, es procedente el amparo ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal o las acciones constitucionales de amparo o protección (en este último caso invocando la vulneración de la igualdad ante la ley.

Finalmente, también procederá eventualmente (en aquellos casos en que se impugne una decisión judicial que se impugne una decisión judicial que se pronuncie en los términos de GENCHI, y cuando se discuta sobre pena mixta), la apelación prevista en el artículo 37 de la Ley N° 18216, amparo ante el juez de Garantía, acción de protección o amparo constitucional.

4. Notas

(1) César Ramos. 2015. *“La Pena mixta del artículo 33 de la Ley 18.216” (Informe en Derecho, Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2015).*

(2) *“Será principio rector de dicha actividad (penitenciaria) el antecedente que el interno se encuentre en relación de derecho público con el Estad, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Artículo 2 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Artículo 1 del DL 2859.*

(3) *Artículo 1 del DL 2859.*

(4) *Para el caso que se cuestione el uso de la cautela de garantías por ser sólo procedente para los imputados, se puede invocar el artículo 466 del Código Procesal Penal, que regula la ejecución penal.*

(5) *Ver Cordero, Eduardo, 2008. “El Control Jurisdiccional de los actos de la administración penitenciaria”. Informes en Derecho, Defensoría Penal Pública 2009.*

Traslado de cárcel de personas adultas privadas de libertad

Autores: Nicolás Cisternas Vázquez, Rodrigo Lillo Vera,
Alejandro Gómez Raby, Pablo Aranda Aliaga

Unidad de Defensa Penal Especializada
Departamento de Estudios y Proyectos
Defensoría Penal Pública

La presente minuta pretende explicar la naturaleza jurídica del traslado, entendiéndolo como la modificación del lugar o centro carcelario de cumplimiento de condena o prisión preventiva¹. Conforme al artículo 6° número 10 del Decreto Ley 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (GENCHI), los traslados constituyen una potestad pública encomendada a Gendarmería. Sin embargo, esto no obsta a que sea objeto de control judicial, según lo ha señalado la propia Corte Suprema².

Además, conforme a la normativa, se desprende que la facultad de GENCHI no es discrecional, sino que reglada y por ende, debe ajustarse a derecho conforme a los elementos de todo acto administrativo.

El artículo 6° número 10 del Decreto Ley 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería, señala que es una obligación y atribución del Director Nacional de GENCHI “determinar los establecimientos en que los reos rematados cumplirán sus condenas y disponer los traslados de ellos de acuerdo con la reglamentación vigente”.

Cabe distinguir entre dos tipos de traslado: el traslado activo es aquel solicitado por una persona privada de libertad en resguardo de sus derechos, mientras que el traslado pasivo

es aquel dispuesto por Gendarmería fundado en razones administrativas o de seguridad. Si bien no existe una regulación sistemática, distintas normas deben ser aplicadas en la materia.

1. Traslado Activo

Al respecto es importante tener en cuenta que:

a) Según lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³ y por la Corte Interamericana⁴, el Estado tiene respecto de las personas privadas de libertad, una posición especial de garante relativa a todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad, por tanto el Estado debe hacerse cargo de satisfacer los derechos y necesidades no suspendidas de aquellas personas, las que se encuentran precisamente bajo su custodia.

b) El artículo 1° del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP) describe las finalidades de la actividad penitenciaria, distinguiendo por un lado la custodia y asistencia y ,por otro, la reinserción, que constituye el fin de la pena. A su vez, el artículo 2° del REP refuerza la dignidad de las personas reclusas al reconocer que sólo se encuentra privado de los derechos restringidos por sentencia judicial. De esto deriva la obligación del Estado de favorecer que las personas privadas de libertad mantengan y fortalezcan sus redes familiares y sociales extramuros, factores que son fundamentales para el logro de la reinserción social.

1.1. Estándares Internacionales

El 17 de diciembre de 2015 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó “Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)” , que vienen a reemplazar a las antiguas Reglas Mínimas aprobadas en Ginebra en 1955. Su objetivo es establecer “principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria” . Constituyen una especie de estándar básico ante la imposibilidad de instaurar un sistema único de administración penitenciaria.

En su versión original, Las Reglas ya contenían reglas sobre la relación con su entorno, como forma de lograr la reinserción. Sin embargo, “Las Reglas Mandela” son aún más explícitas sobre este punto señalando derechamente que:

“Regla 59: En la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social”.

Adicionalmente, corresponde al Estado garantizar los demás derechos respecto de los que los condenados no se encuentran privados, como el derecho a la salud, a la educación, a no ser objeto de afectación a la integridad física y psíquica, acceso a la justicia, etc. En particular, entre los derechos que se resguardan con el traslado se cuenta el derecho de a la protección de la familia, establecido en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y conforme a lo cual el REP dispone en su artículo 53, inciso 2:

“En resguardo de las visitas, los condenados deberán ser recluidos preferentemente cerca de su lugar habitual de residencia”.

La Corte Interamericana también ha resuelto que es obligación del Estado, en virtud de la posición de garante, “facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares”⁵.

Por otra parte, la Comisión Interamericana ha señalado que, en relación al deber del Estado de proteger la vida e integridad personal de toda persona privada libertad, esto “incluye la obligación positiva de tomar todas las medidas preventivas para proteger a los reclusos de los ataques o atentados que puedan provenir de los propios agentes del Estado o terceros, incluso de otros reclusos”⁶. Entre estas medidas es necesario considerar el traslado de cárcel o de módulo a la persona privada de libertad cuya integridad física o psíquica se encuentre en riesgo, especialmente si ella lo solicita.

2. Traslado Pasivo

El artículo 28 del REP se refiere a los motivos de procedencia del traslado, y al procedimiento que debe seguirse para decretarlo. En efecto, de acuerdo a esta disposición los traslados sólo se justifican con el objeto de:

- a) “Garantizar la vida e integridad física o psíquica de las personas”; y
- b) “El orden y la seguridad del recinto”.

Por tanto, sólo en base a estos objetivos se puede justificar legalmente el traslado de un recluso.

El inciso segundo del mismo artículo 28 señala, a modo de ejemplo, algunas circunstancias que pueden influir en la afectación de la integridad de las personas o el orden y seguridad del recinto: la reincidencia, el tipo de delito, reiteradas infracciones al régimen normal de los establecimientos penitenciarios, requerimientos sanitarios, y otros antecedentes de carácter técnico que las hagan necesarias. Todas estas circunstancias deben ser consideradas, justificadas y desarrolladas por la administración penitenciaria.

Finalmente, también a partir del artículo 28 del REP, podemos establecer al menos 3 requisitos formales que establecen reglas mínimas de debido proceso sobre este punto:

- I) El traslado sólo puede disponerse por resolución fundada del Director Nacional o Regional, previa delegación,
- II) Se debe notificar personalmente al afectado, el mismo día del traslado o al día siguiente, entregándole copia de la resolución; y
- III) La resolución que ordene el traslado, deberá estar precedida de un informe técnico que las recomiende.

3. Consideraciones Generales

Siempre que se ejerce una potestad pública se afectan derechos subjetivos. La disyuntiva que se presenta al decidir qué medidas tomar no se encuentra en la fórmula binaria de optar por un derecho, excluyendo el otro. La autoridad, y en su defecto el juez, debe hacer un examen de ponderación.

En el ámbito de la administración de las cárceles, las autoridades administrativas deben velar por el cumplimiento de los derechos del recluso que solicita su traslado, pero también debe velar por el resguardo de los derechos de

las demás personas privadas de libertad que pudieran verse afectadas, por ejemplo por efectos de sobrepoblación⁷ o inseguridad. Pero la ponderación realizada por la autoridad debe verse reflejada en el acto administrativo que dispone el traslado y debe estar suficientemente fundamentada. Por ejemplo, de la sola mala conducta o faltas disciplinarias que acumule la persona en su registro de conducta, no se sigue necesariamente que su presencia en un recinto penal pueda resultar peligrosa para otra(s)⁸.

4. Control jurisdiccional de la decisión de la autoridad penitenciaria sobre el traslado

Gendarmería de Chile forma parte de la administración del Estado, por lo que tanto en su organización como en el ejercicio de sus funciones se han de regir por el Derecho Administrativo. Se sigue de ello que sus actuaciones, en tanto actos administrativos, deben cumplir con las condiciones y requisitos comunes a todos ellos y que corresponde a los jueces, en el ejercicio de sus funciones, velar porque efectivamente éstos actos sean válidos y ejecutados conforme al principio de legalidad.

Corresponde entonces que el juez revise todos y cada uno de los elementos de un acto administrativo: los elementos subjetivos (investidura, competencia), los objetivos (motivos o fundamentos, de hecho o de derecho, objeto, fin), y los formales (procedimiento, formas de extensión del acto). Todos estos elementos se deben ajustar a su regulación, sea que esté contenida en normas específicas (en este caso en el REP) o generales y subsidiarias (en este caso, en la Ley de bases de procedimientos administrativos, N° 19.880).

La jurisprudencia nacional ha ido acogiendo paulatinamente la idea de que los actos de la administración penitenciaria pueden ser también objeto del control jurisdiccional. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha entendido que los traslados pasivos ordenados por GENCHI, debe fundamentarse de conformidad al artículo 28 del REP. Esto implica, entre otras cosas, el deber de explicitar la finalidad del acto, lo que a su vez debe justificarse mediante el pertinente informe técnico.

Cabe observar que la impugnación de los actos administrativos de Gendarmería no implica la pretensión de que los tribunales sustituyan la labor de

dicha autoridad. La impugnación tiene como objetivo controlar que, al decidir sobre un traslado, la autoridad se ajuste a los derechos que la legislación reconoce a los sujetos condenados a penas privativas de libertad y a los estándares mínimos que su condición humana impone⁹.

Por lo mismo, es importante recordar que no corresponde pedir a los tribunales que dispongan por sí, el traslado de una persona privada de libertad, sino que lo que procede es que el juez ordene a GENCHI que resuelva en términos legales.

4.1. Acta Administrativa N° 1303-2007 de 17 de Diciembre de 2007

El Acta Administrativa N° 1303-2007 de 17 de diciembre de 2007, es habitualmente esgrimida por Gendarmería como instrumento que exime su actuar del control jurisdiccional. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, en primer lugar, esta acta es un mero pronunciamiento administrativo de la Corte Suprema y no un auto acordado dictado a petición de la Asociación Nacional de Oficiales Penitenciarios, el subdirector operativo de Gendarmería y el jefe del Departamento de Seguridad de Gendarmería. En segundo lugar, se da en un contexto puntual: la sobrepoblación de la cárcel de Alta Seguridad en Santiago y la gran cantidad de decisiones de Jueces de Garantía de Santiago que habían determinado que las prisiones preventiva se cumplieran en dicho recinto, por motivos de hacinamiento o riñas en otros establecimientos penales de la región. Ante esta coyuntura, la Corte apreció necesario recordar que la facultad de determinar el lugar donde se cumplen las prisiones preventivas corresponde a Gendarmería de Chile.

De lo dicho anteriormente debemos entender que, en cuanto al fondo, el Acta Administrativa 1303-2007 en nada contradice lo sostenido hasta aquí respecto al control judicial que pueden ejercer los tribunales respecto a las solicitudes o medidas de traslado resueltas por Gendarmería, puesto que, si bien no le corresponde a los jueces determinar el lugar de reclusión –sino que al órgano encargado de la administración de las cárceles–, los jueces pueden pronunciarse al respecto existiendo una razón fundamental, como puede ser la vulneración de derechos.

5. Conclusiones

En nuestro actual sistema de ejecución, en el que no existe juez de ejecución, el traslado es un asunto administrativo, cuya definición corresponde –en principio– a Gendarmería. Sin embargo, al ejercer esta potestad no se pueden afectar arbitrariamente derechos de las personas privadas de libertad. La resolución que determine un traslado debe ajustarse a los requisitos que establece tanto la normativa penitenciaria, como la administrativa, en tanto constituyen actos administrativos. Además la decisión debe ponderar los derechos en juego para determinar si procede o no el traslado, cuestión que siempre puede ser objeto de control jurisdiccional, especialmente si se están infringiendo garantías y derechos protegidos por el derecho internacional e interno y que no deben verse afectados por la condena privativa de libertad.

6. Notas

1. *No se considera traslado de adolescentes, que tienen una regulación particular, ni lo que en doctrina se conoce como “conducciones”, que se refieren al traslado material de reclusos.*

2. *Ver nota 9.*

3. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, de 31 de diciembre de 2011, <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>>, pp.17–18.*

4. *Caso Díaz Peña vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de junio de 2012; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas; Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111, y Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, párr. 42.*

5. *Caso Norín Catrیمان y otros contra Chile, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 29 de mayo de 2014, párr. 408.*

6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No 41/99, Caso 11.491, Fondo, Menores Detenido, Honduras, 10 de Marzo de 1999, párr. 136 y 140.

7. Aunque es dudoso que pueda esgrimirse este argumento para rechazar un traslado o forzar uno, toda vez que todas las cárceles en el país padecen de hacinamiento.

8. Corte de Apelaciones de Copiapó, 19 de abril de 2013, Rol N°120-2013 Corte Suprema, 30 de octubre de 2014, Rol N° 26.492-2014; 20 de agosto 2013, Rol N° 5932-2013: 26 de junio de 2014, Rol N° 16.575-2014; 11 de diciembre de 2014, Rol N° 3158-2014.

Ley 20.931 en relación con la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente

Autores: Nicolás Cisternas Vázquez, Rodrigo Lillo Vera,
Alejandro Gómez Raby, Pablo Aranda Aliaga

Unidad de Defensa Penal Especializada
Departamento de Estudios y Proyectos
Defensoría Penal Pública

Ante la promulgación de la reciente Ley 20.931 que “Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal de dichos delitos”, más conocida como “ley de agenda corta antidelincuencia”, y que modifica en algunas disposiciones al Código Penal, la presente minuta pretende aclarar si esta ley afecta de alguna forma la determinación de las penas en materia de responsabilidad penal adolescente.

Entre otras cosas la Ley 20.931 agrega al Código Penal un artículo 449 que vino a establecer un sistema distinto de determinación de las penas aplicable a la mayoría de los delitos contra la propiedad, estableciendo un estatuto menos beneficioso.

1. El Marco Rígido del artículo 449 del Código Penal

En concreto el artículo 449 es aplicable a los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, es decir, a la mayoría de los delitos

contra propiedad (1), excluyendo para ellos la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal y estableciendo un estatuto menos beneficioso. Sin embargo, fuera de los supuestos de aplicación del artículo 449, siguen rigiendo las normas contenidas en el Código Penal en sus artículos 50 a 77 relativas a la determinación de las penas.

La especial gravedad con la que se miran los delitos protegidos por la ley 20.931 se verifica en cuanto el artículo 449 en su numeral 1° señala que “dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia”. De esta forma establece un marco rígido de determinación de la pena que, pese a tener en consideración las circunstancias agravantes y atenuantes, y la mayor o menor extensión del mal causado para determinar la pena concreta, no podrá escapar del límite de pena abstracta establecido por la ley para los delitos contra la propiedad señalados en el encabezado.

Por su parte el numeral 2° del artículo 449 señala que “Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado”. Esto quiere decir, que en los casos en que concurren las circunstancias agravantes de haber sido condenado culpable anteriormente por delitos a los que la ley señale igual o mayor pena, o por delito de la misma especie, la determinación de la pena no podrá comenzar en los mínimos señalados.

2. ¿Podría Influir el artículo 449 del Código Penal en la Responsabilidad Penal Adolescente?

Frente a estas modificaciones podría caber la pregunta respecto a si ellas producirían algún efecto en materia de responsabilidad penal adolescente, en cuanto la ley 20.084 que lo regula señala en su artículo 1 que “en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales”. De responder afirmativamente esta pregunta implicaría limitar el rango de decisión de los jueces en materia de determinación de la pena por la responsabilidad penal de los adolescentes, puesto que: 1) obligaría a que en el ámbito de los delitos de propiedad cubiertos por el artículo 499 del Código Penal, el juez no pudiese condenar aplicando la rebaja desde la cual se debe partir para estimar el mínimo de la pena, establecida en el artículo 21 de la ley 20.084; 2) impediría que las atenuantes y agravantes operaran como lo hacen normalmente acorde a los artículos 65 a 69 del Código Penal; y 3) en caso de reincidencia se excluirían como posibilidades para comenzar la determinación de la pena el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado. En conjunto esta serie de medidas implicaría imponer a los adolescentes penalmente responsables de alguno de los delitos contra la propiedad cubiertos por el artículo 449 del Código Penal, un marco agravado para la determinación de sus penas, igualando su estatuto con el de los mayores de edad penalmente responsables por los mismos delitos.

La Defensoría sostiene que la modificación al Código Penal introducida por la ley 20.931 respecto al artículo 449 no puede venir a afectar de esta forma a las normas de determinación de la pena contempladas en la ley de responsabilidad penal adolescente, esencialmente por dos razones: 1) porque la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente contiene normas expresas de determinación de la pena por lo que no habría un vacío que completar con las normas del Código Penal más allá de lo que se hacía con anterioridad a la modificación producida por la ley 20.931; y 2) porque aplicando el criterio de especialidad en la interpretación de las normas, debe primar la aplicación de los estándares de la ley 20.084 por sobre el marco agravado de determinación de la pena impuesto por el artículo 449 del Código Penal en materia de delitos contra la propiedad.

2.1. La Ley 20.084 Contiene Normas Especiales sobre Determinación de la Pena

Como punto de partida para entender la postura de la Defensoría debemos entender que la Ley 20.084 conforma un conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos, y por tanto constituye un estatuto especial de responsabilidad. Esta especialidad viene dada por múltiples factores entre los se pueden contar la menor capacidad de los adolescentes para evaluar y apreciar las consecuencias lesivas de sus acciones delictivas y el menor control de la voluntad para controlar impulsos; y los fines del derecho penal y de las penas que se le aplican a los adolescentes.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho que el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter “supletorio” respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084, es decir, cumplen o integran lo que falta en esta ley, o remedian sus carencias. “Por tanto, deberá acudirse a las disposiciones del Código Penal o de otras leyes especiales sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto extraño en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contraríe no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes” (2) (la cursiva es nuestra).

Vemos que la ley 20.084 contempla reglas especiales de determinación de la pena entre sus artículos 20 y 26, estableciendo que la finalidad de las sanciones y otras consecuencias establecidas en la ley de responsabilidad penal adolescente tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Por otra parte, la misma ley señala en su artículo 21 que para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la mencionada ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código. Se añade que si la sanción calculada en la forma dispuesta en el artículo 21 supera los límites de 5 años en caso de que el infractor tuviera menos de 16 años, o 10 años si tuviera más de esa edad, su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites (artículo 22 en concordancia 18).

Finalmente, el artículo 24 indica que para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, entre otros criterios, a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal y a la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

De esta forma la ley de RPA establece un sistema con particulares consideraciones respecto a los sujetos (adolescentes) a los que es aplicable. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que “será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley N° 20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente, ya sea que se hallen en la propia Ley N° 20.084, o en la Constitución o en algún Tratado internacional”(3).

En conclusión, si la ley 20.084 establece expresamente que las circunstancias atenuantes o agravantes serán consideradas en la determinación de la pena, que esta determinación partirá en la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, y que se limita en su máximo a 5 o 10 años dependiendo de la edad del adolescente, tenemos que esta ley no contiene un vacío en la materia que merezca el uso supletorio del artículo 449 del Código Penal, sino que muy por el contrario, la especialidad de la ley 20.084 con sus principios rectores priman por sobre la regla de determinación de la pena del citado artículo de Código Penal.

2.2. Conforme al Criterio de Especialidad Prima la Aplicación de los Estándares de la Ley 20.084

En cuanto a la segunda línea argumentativa, la doctrina ha construido una serie de criterios que ayudan a resolver posibles antinomias que se presenten en el derecho en general, siendo los principales el criterio de jerarquía, el cronológico y el de especialidad. El criterio jerárquico implica que la norma de rango superior, en caso de conflicto normativo, prevalece sobre la de rango inferior (*lex superior derogat legi inferiori*). Por su parte el criterio cronológico es aquel según el cual la norma posterior en el tiempo, en caso de conflicto normativo, prevalece sobre la anterior (*lex posterior derogat legi priori*). Finalmente la especialidad opera cuando se produce un conflicto normativo entre una norma general y otra especial respecto de aquella, que se resuelve dando preferencia a la norma especial (*lex specialis derogat generali*).

Bajo estos criterio hay quienes podrían pensar que la modificación al Código Penal producida por la ley 20.931 haría primar sus criterios por sobre los de la ley 20.084 por ser posterior. Sin embargo, la profesora Henríquez observa a este respecto que si bien este criterio se aplica para resolver verdaderos conflictos diacrónicos entre normas válidas y de igual jerarquía, este tiene limitaciones: “a) ha de predicarse respecto de normas comunes, en otro caso la eficacia derogatoria de la norma posterior puede corregirse mediante la aplicación de la excepción del criterio de especialidad; b) sólo se puede aplicar respecto de normas homogéneas, o sea, que pertenezcan al mismo ámbito de competencia” (4) (la cursiva es nuestra). Debemos entender entonces, tal como lo señala el profesor Bobbio, que el criterio de especialidad debe primar por sobre el criterio cronológico: “También aquí se ha establecido una regla general: *lex posterior generalis nono derogat priori specialis*. Con base a esta regla el conflicto entre criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto en favor del primero: la ley general posterior no elimina la especial anterior” (5).

En la misma línea, la profesora Henríquez señala que “el sentido del criterio de especialidad es hacer posible la aplicación de normativas singulares a grupos sociales diferenciados, permitir que determinados sectores no se rijan por el patrón general, habilitándoles una regulación específica que se adapte en mayor medida a sus necesidades”(6). Misma utilidad destaca

el profesor Bobbio diciendo que “El paso de la una regla más amplia (que abarca cierto genus) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una especie del genus) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría. Dada o descubierta la diferenciación, persistir en la regla general implicaría dar igual tratamiento a personas que pertenecen a categorías diversas, y, por tanto, una injusticia”(7). Es esta la idea esencial que debe rescatarse para entender que es la ley 20.084 la que prima siempre en materia de responsabilidad penal adolescente por poseer un enfoque especial respecto sus principios rectores y tratarse de una ley diseñada para atender de mejor manera las necesidades especiales del grupo objeto de regulación, los adolescentes, quienes por sus particularidades merecen mayor protección.

2.3. El artículo 449 N° 2 y la Reincidencia en Adolescentes

Igualmente cuestionable es querer aplicar el numeral 2 del artículo 449 del Código Penal que vuelve más perjudicial la circunstancia agravante de la reincidencia al excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado. La reincidencia ha sido generalmente cuestionada por la doctrina en materia penal por no encontrarse un fundamento acorde a un Estado de Derecho que justifique su conservación en los Códigos Penales modernos. En materia de responsabilidad penal adolescente la doctrina y la jurisprudencia han señalado que “el aumento de pena que supone la imposición de una agravante, ya es atentatorio en sí contra los fines socioeducativos que se persiguen a través del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil”(8), lo que demuestra que cualquier agravamiento de la pena asignada abstractamente en la ley para el delito cometido, en base a circunstancias anexas o disociadas del injusto del ilícito -como lo es la reincidencia- deben “constituir una alerta para el intérprete al momento de examinar su procedencia dentro de este régimen penal diferenciado”(9). Específicamente la circunstancia agravante de la reincidencia radica en una concepción basada en la peligrosidad “probable” e incierta, que contradice los fines y principios orientados a la inserción y rehabilitación del joven penalmente responsable. La jurisprudencia en la materia ha señalado que “el fundamento que se halla detrás de las agravantes de reincidencia

contempladas en los ordinales 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal -si logra descubrirse alguno-, no puede suplir o complementar el sistema de responsabilidad penal adolescente consagrado en la Ley N° 20.084, por cuanto colisiona abierta y frontalmente con los principios, fines y propósitos de dicho sistema, razón por la que no puede considerarse dentro de aquellas normas a las que genéricamente se remiten los artículo 1°, inciso 2°, 21 y 24 letra c) de dicha Ley” (10) (la cursiva es nuestra). Dicho esto respecto a la agravante de reincidencia establecida genéricamente en los numerales 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal, con mayor razón deberá rechazarse la aplicación del numeral 2 del artículo 466 del mismo cuerpo legal en tanto agrava todavía más la situación de quien ha reincidido, debiendo enfrentar una pena que no podrá partir del grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el *mínimum* si consta de un solo grado.

3. Conclusiones

Por todo lo antes dicho resulta claro que en materia de responsabilidad penal adolescente no sería aplicable el artículo 449 del Código Penal en ninguna de las tres consecuencias enunciadas anteriormente, es decir, no sería aplicable el marco rígido de determinación de la pena establecido en el numeral 1 del artículo 449, puesto que la misma ley 20.084 establece expresamente que el rango para determinar la pena debe partir desde la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente acorde a su artículo 21; tampoco se debiesen excluir las reglas bajo las que operan las agravantes y atenuantes acorde a los artículos 65 a 69 del Código Penal; y finalmente no cabría aplicar el numeral 2 en cuanto a la exclusión del grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el *mínimum* si consta de un solo grado en caso de reincidencia. El artículo 449 contradice los fines y principios orientados a la inserción y rehabilitación del joven penalmente responsable, además de los criterios de idoneidad de la pena que deben ser tomados en cuenta en la determinación de la sanción según la ley especial.

4. Notas

1. *Quedan excluidos solamente el hurto de hallazgo y la apropiación de pelos o plumas.*
2. *Corte Suprema, causa Rol N° 4419-13, Considerando 7°.*
3. *Corte Suprema, causa Rol N° 4419-13, Considerando 7°.*
4. *HENRÍQUEZ, Miriam, "Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno", en Estudios Constitucionales, Año 11, N°1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, (2013), p.467.*
5. *BOBBIO, Norberto, "Teoría general del Derecho", Editorial Temis, Bogotá, Colombia (2005), p.203.*
6. *HENRÍQUEZ, Miriam (2013), p.470.*
7. *BOBBIO, Norberto, "Teoría general del Derecho", Editorial Temis, Bogotá, Colombia (2005), p. 195.*
8. *Carnevali R. y Källman E. "La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal." Polít. crim. n° 4, 2007. D1, pp. 20-21.*
9. *Corte Suprema, causa Rol N° 4419-13, Considerando 8°. La Corte agrega en el Considerando 9° que "los autores, a su turno, coinciden en reconocer que el silencio de la Ley N° 20.084 no supone una puerta abierta para la aplicación indiferenciada de todo el catálogo de circunstancias agravantes del sistema penal de adultos a los adolescentes infractores, en ese sentido, por ejemplo, se ha puesto en duda la agravación de la responsabilidad de los adolescentes en los delitos de robo y hurto, por la pluralidad de hechos, del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, al considerarse inherente al comportamiento de aquéllos, quienes normalmente viven y se desenvuelven en grupos de pares (Carnevali, ob. cit., pp. 18 y ss.). Igualmente, se ha defendido que no deben surtir efecto las agravantes que supongan una determinada percepción y valoración frecuentemente ausente en los adolescentes, producto de una socialización deficiente, tal sería el caso, v.gr., de las circunstancias de los numerales 9°, 13, 17, y 18 del artículo 12 del Código Penal (Hernández, ob. cit., pp. 214- 215)".*
10. *Corte Suprema, causa Rol N° 4419-13, Considerando 8°.*



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
www.dpp.cl