



**DOCUMENTO DE TRABAJO N° 3  
DEFENSA PENAL DE INDÍGENAS**

**ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE EN CASOS DE MUJERES  
INDÍGENAS EXTRANJERAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN  
LAS REGIONES DE ARICA Y PARINACOTA, TARAPACÁ Y ANTOFAGASTA.**

**DICIEMBRE DE 2018**

**Unidad de Defensa Penal Especializada.**

**Departamento de Estudios y Proyectos.**

**Defensoría Nacional.**

**Defensoría Penal Pública.**

[udpe@dpp.cl](mailto:udpe@dpp.cl)

## Índice

I.	Introducción .....	3
II.	Breve resumen de la situación de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en el Norte de Chile .....	5
III.	Problema específico.....	8
IV.	Análisis del art. 10 nro. 11.....	10
	1. Evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero .....	10
	2. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar .....	14
	3. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.....	16
	4. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.....	17
	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.....	19
V.	Incumplimiento de uno o más requisitos: aplicación de arts. 73 CP y 10 nro. 1 CP ...	21
VI.	Conclusión .....	24
VII.	Anexos. ....	25
	1. PERFIL SOCIOCULTURAL MUJERES INDÍGENAS EXTRANJERAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS REGIONES DE ARICA-PARINACOTA, TARAPACÁ Y ANTOFAGASTA”.....	25
	2. RESUMEN DE TRATADOS INTERNACIONALES DE UTILIDAD.....	26

## I. 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 antropológico<sup>1</sup> 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 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

---

<sup>1</sup> 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>

especializada desde la óptica de la interseccionalidad, esto es, la existencia de un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas<sup>2</sup>. 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 nro. 11, esto es, el estado de necesidad exculpante, o, en su defecto, el estado de necesidad incompleto del art. 73 o del art. 10 N°11 en relación con el art. 11 N° 1, tomando como base para ello las circunstancias económicas y sociales 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.

Unidad de Defensa Penal Especializada.

---

<sup>2</sup> 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

## **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 sociocultural<sup>3</sup>.

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 cotidianos<sup>4</sup>.

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

---

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

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 26 y 28.

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 transportando<sup>5</sup>.

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<sup>6 7</sup>.

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

---

<sup>5</sup> Fernández., ob.cit., pp. 28 y ss.

<sup>6</sup>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.

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

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 otros<sup>8</sup>.

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 cosmovisión<sup>9</sup>- 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 general<sup>10</sup>.

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.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*, pp. 28.

<sup>9</sup> *Fernández.*, *ob.cit.*, p. 6

<sup>10</sup> *Fernández.*, *ob.cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>11</sup> *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 país<sup>12</sup>-, 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°), la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas 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 – “irreprochable conducta anterior” - o, en su defecto, la del art. 11 n° 9 – “cooperación sustancial con el esclarecimiento de los hechos” -, no existiendo agravantes, se hacen improcedentes las penas sustitutivas de la Ley 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.

---

<sup>12</sup> Ver anexo 2.

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 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 o 73, 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**

A continuación, se revisarán los requisitos del art. 10 nro. 11, 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:*

*11° El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren 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<sup>13 14</sup>, tanto justificante como exculpante, de modo que sin el cumplimiento de esta

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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

hipótesis básica no es posible sostener la concurrencia de alguna eximente de responsabilidad penal y tampoco la posibilidad de cantar 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 20.000<sup>15</sup>, 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 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 nro. 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

---

<sup>15</sup> Fernández., ob.cit., p. 28.

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”<sup>16</sup> 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 exculpante<sup>17</sup>. 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.

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

---

<sup>16</sup> VÁSQUEZ Amarales, Joaquín. “El estado de necesidad exculpante. Análisis teórico del art. 10 N° 11 del Código Penal”. Universidad de Chile. Junio 2015. P. 177

<sup>17</sup> 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.

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 probabilidad<sup>18</sup>.

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

---

<sup>18</sup> Ibíd idem.

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 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 personal<sup>19</sup>, sin perjuicio de que llegue a materializarse o permanezca como una amenaza constante<sup>20</sup>. 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, 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 justificación<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Ibid ídem. P. 704.

### **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 concreto<sup>22</sup>, que 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

---

<sup>22</sup> SCS ROL 4813-2015, SCS ROL 3421-2015, SCS ROL 5223-2015, SCS ROL 5273-2015, SCS ROL 8661-2015.

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 bienes<sup>23</sup>.

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 jurídico es afectado<sup>24</sup>, 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

---

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

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 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.

**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, 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 sabe 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 concurran.*

*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. 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 reprochadas, 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”, es decir, 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 11<sup>25</sup>.

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, 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, en caso de que sea una minoría.

---

<sup>25</sup> 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 necesaria 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 se a 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 si 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.

**VII. Anexos.**

**1. PERFIL SOCIOCULTURAL MUJERES INDÍGENAS EXTRANJERAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS REGIONES DE ARICA-PARINACOTA, TARAPACÁ Y ANTOFAGASTA”.**



Documento de Trabajo N°2

“PERFIL SOCIOCULTURAL MUJERES INDÍGENAS EXTRANJERAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LA  
REGIONES DE ARICA-PARINACOTA, TARAPACÁ Y ANTOFAGASTA”.

Prof. Dra. Francisca Fernández Droguett.

Diciembre 2017

Unidad de Defensa Penal Especializada.

Departamento de Estudios y Proyectos.

Defensoría Nacional.

Defensoría Penal Pública.

2017.

Texto íntegro disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13348.pdf>

## 2. 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”*.<sup>26</sup>

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 entre hombres y mujeres<sup>27</sup>, 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

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.”

mujeres, quedando de este modo, invisibilizadas todas las diferencias existentes tales como sexo, género, edad, raza, etnia, clase social, etc.<sup>28</sup>

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**

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

---

<sup>28</sup> 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.

formas de discriminación por razones de sexo, en todas las esferas de la vida.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Dentro de sus artículos relevantes destacan los siguientes:

**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.*

---

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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 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 reclusas 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”*<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup> Cabría destacar entre ellas las siguientes:

## **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**

---

<sup>31</sup> Preámbulo de la Declaración De Las Naciones Unidas Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer

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

*(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.”<sup>33</sup> 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*”.<sup>34</sup>

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.

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

---

<sup>33</sup> Hernández, Andrea y Lara, María (2015), “Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, Colección Documentos de Política nº 32 pp. 23.

<sup>34</sup> CIDH, Informe de Fondo Nº 53/01, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México).

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 penitenciario<sup>35</sup>. Así se ha establecido como principio básico:

### **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 Mera<sup>36</sup> 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. *Artículo 5.1*

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.

*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, recluido 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, 3 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 suyo 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 no 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*.<sup>37</sup>

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-.

Los individuos que descienden de las poblaciones que habitaban en el país o 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,*

---

<sup>37</sup> 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.

*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.”<sup>38</sup>*

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 Constitucional<sup>39</sup>. 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 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,*

---

<sup>38</sup> Royo, Manuela “Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad.”, Polít. crim. Vol. 10, Nº 19 (Julio 2015), Art. 12, pp. 376.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° Rol 309-2000, Rol N°1050-2008.

*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.*