

INFORME

ALCANCE DEL DERECHO A LA DEFENSA DESDE EL DERECHO PÚBLICO Y EFECTOS DERIVADOS DE LA IMPOSIBILIDAD DE PRESTAR ESTE DERECHO EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PROPÓSITO DE GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

William García Machmar¹
Docente de Administrativo. Universidad Alberto Hurtado

Se me ha consultado acerca del alcance del derecho a la defensa desde la perspectiva del derecho público nacional, para determinar los efectos que se deriven de la imposibilidad de prestar asistencia jurídica letrada a grupos en situación de vulnerabilidad, considerando para ello el principio de igualdad y no discriminación. En este análisis, resulta importante considerar los ámbitos de defensa especializada de la Defensoría Penal Pública, con énfasis en imputados extranjeros.

Esta solicitud sugiere importantes cuestiones de derecho público relativas al alcance del derecho a la defensa, desde la óptica constitucional y administrativa, así como los efectos derivados de la imposibilidad de prestar este derecho en relación al principio de igualdad y no discriminación, a propósito de los grupos en situación de vulnerabilidad. Las conclusiones que se extraigan de estas preguntas tienen implicancias generales para la actividad de la Defensoría Penal Pública entendida como un servicio público.

La presente opinión se organiza de la siguiente manera: (I) Descripción de problemas eventuales que surgen en la defensa de extranjeros imputados. (II) Después, estableceré algunos criterios interpretativos para comprender el problema bajo análisis, a saber, delimitar el objeto de la solicitud, explicar la misión y objeto de la Defensoría Penal Pública, y el alcance del derecho a la defensa. (III) Luego, entregaré los argumentos específicos para resolver la cuestión objeto de este pronunciamiento para demostrar que las funciones de defensa legal de la Defensoría alcanzan a procedimientos que son la consecuencia directa de la imputación penal: primero, porque la calidad de beneficiario alcanza a la completa ejecución de la sentencia; segundo, porque en el caso concreto, acto impugnado en el recurso de amparo es parte del proceso de ejecución de la pena y constituye una limitación de la libertad personal; tercero, porque la igualdad ante la ley exige que la defensa se extienda a los migrantes hasta la ejecución de todas las consecuencias de su condena. Finalmente (IV) el presente informe termina con unas breves conclusiones.

1

Abogado (U. Chile '07), Magíster en Derecho (U. Chile '11), LLM (New York University '12).

I.- Descripción del escenario que se analiza

Justificar la labor de la Defensoría Penal Pública, en casos de extranjeros imputados y sujetos a medida de expulsión administrativa, a consecuencia de la comisión de un crimen, simple delito o falta, desde la perspectiva del derecho público y el principio de igualdad y no discriminación.

II.- Criterios interpretativos

1.- La misión y objeto de la Defensoría Penal Pública

La Defensoría Penal Pública es, desde el punto de vista del derecho administrativo, un servicio público y, en consecuencia, tiene confiada en virtud de la ley la satisfacción regular y continua de necesidades públicas² (artículo 28 LOCBGAE³). Ello lo hace a través de prestaciones que ha de proveer a sus destinatarios. Esta prestación no es optativa de la Defensoría ni una “gracia” que elige entregar. Antes bien, se encuentra en una situación pasiva de deber entregar el servicio a todo quien se encuentre en la posición prevista por la ley.

La prestación que es la razón de ser de la Defensoría está precisada en el artículo 2° de la Ley N° 19.718 - que constituye la ley “orgánica” o habilitante del mencionado servicio público.

Esta norma señala:

“Artículo 2°.- La Defensoría tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado.”

De lo transcrito podemos concluir, ante todo, que la Defensoría entrega una “defensa penal”, esto es, la asesoría letrada y técnica que es constitucionalmente necesaria (artículo 19 N° 3 inciso tercero de la Constitución) para responder a la pretensión penal del Estado dirigida en contra de una persona.

Enseguida, los beneficiarios son los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que, al mismo tiempo, carezcan de abogado. Con ello se sella el carácter subsidiario de la intervención de la Defensoría, a saber, a falta de que los potenciales beneficiarios tengan medios propios para ejercer su defensa. Esta cláusula debe interpretarse conjuntamente con el artículo 35 de la misma ley que precisa

2 Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Santiago, Thomson Reuters/Legal Publishing, 2014, 3ª ed., p. 305.

3 Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N° 1/2000/M. SEGPRES.

que “*son beneficiarios de la defensa penal pública todos los imputados o acusados que carezcan de abogado y requieran de un defensor*”. Así, la Defensoría Penal Pública actúa como la última protección de quienes no tienen los medios económicos, frente a la indefensión.

La calidad de imputado y por tanto de beneficiario del servicio de defensa penal no depende de la categoría migratoria o no. No le corresponde a la Defensoría Penal Pública hacer la exclusión de los beneficiarios, sino adaptar su prestación a los beneficiarios. Lo mismo hace con otros grupos según su situación especial de vulnerabilidad, por ejemplo, adolescentes, miembros de los pueblos indígenas, personas con discapacidad, etc.

Además, las funciones de la Defensoría se extienden a la defensa de los imputados en todo lo que exija la intervención “*de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso*”. Esta norma, como puede verse, tiene una redacción más amplia que las anteriores. En efecto, con la expresión “*en su caso*”, abre las posibilidades de intervención de la Defensoría a diversas situaciones en que sea precisa su defensa ante estos tribunales, incluyendo “*las respectivas Cortes*”.

En este mismo sentido, junto con los artículos recién reseñados, es importante observar el artículo 104 del CPP, relativo a los derechos y facultades del defensor, que dispone “*El defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal*”. En consecuencia, para el legislador la prestación del defensor es definida de forma amplia y son las excepciones las que deben regularse estrictamente.

En efecto, las restricciones a la prestación de defensa legal son establecidas de manera taxativa. Así, el artículo 27 inc. 3° de la ley N° 19.718 dispone que “*los defensores locales no podrán ejercer la profesión de abogado en materias penales, salvo en casos propios o de su cónyuge*”⁴. Esta norma refleja que, cuando el legislador ha querido establecer alguna limitación al ejercicio de funciones propias del cargo (en este caso, que los defensores no podrán ejercer la profesión de abogado en materias penales), lo ha hecho expresamente, estableciendo incluso contraexcepciones bastante calificadas (“*en casos propios*”).

4 Es útil observar lo señalado en el Dictamen N° 70.780/2014: “Finalmente, en relación a la supuesta prestación de asesorías legales por parte de los defensores individualizados en la tabla II de la presentación, en contravención a la prohibición establecida en el artículo 27 de la ley N° 19.718, denuncia que, como se adelantó, se basa en la información obtenida de la página web del Servicio de Impuestos Internos, consta de ésta que algunos de esos funcionarios tienen una actividad declarada diversa a la de servicios jurídicos, y que si bien otros, como el señor Aspe Letelier, registran ese giro, no hay elementos de los cuales pueda desprenderse que el desarrollo de éste se relacione con el ámbito penal, que es lo que está vedado para los defensores locales.”.

o de su cónyuge”). De esta forma, vemos que la regla general es que la función de los defensores, en tanto funcionarios de la Defensoría Penal Pública, alcanza a toda clase de materias penales.

En este punto, es importante señalar que en el Dictamen N° 78.789/2015, la Contraloría General expresó que:

“... es necesario prevenir que la DPP tiene como función legal la ‘entrega de defensa penal pública a los imputados o acusados’ ante determinados tribunales en caso que éstos carezcan de abogado y requieran un defensor, debiendo el Defensor Nacional enmarcar sus actuaciones en el cumplimiento de los propósitos establecidos en la ley, sin que en la anotada ley N° 19.718 se advierta una atribución, objetivo u obligación que determine que la Defensoría deba ‘fomentar o proteger’ los derechos de los ciudadanos antes que ellos pudieran adquirir la calidad de imputados o acusados dentro de un procedimiento de carácter penal.”

Refuerza lo antedicho, la historia de la ley N° 19.718, en especial el mensaje N° 94-340, en el cual se señala que el objeto de la creación de esta nueva entidad pública es poder materializar la garantía constitucional de defensa jurídica, la cual implica la obligación del Estado de proveer a un imputado de un abogado que lo defienda cuando carezca de él. Ello, por cuanto es “la única manera de asegurar efectivamente el derecho de defensa del imputado, ya que sin un profesional jurídico que pueda hacer valer sus derechos e intereses, se verá notoriamente en desventaja frente al Ministerio Público, que por definición está integrado por abogados, para desenvolverse en los procedimientos que contienen complejas regulaciones”.”
(destacado agregado).

Como puede verse, la Contraloría estima que la Defensoría no puede “anticipar” su intervención a materias que escapan de su competencia por no existir aún una persona de quien pueda predicarse la situación de “imputado”. Ello resulta correcto porque antes de un acto concreto de imputación no existe certeza acerca de quiénes pueden ser los beneficiarios de las prestaciones de la Defensoría.

Empero, no ocurre lo mismo respecto de una persona que ya ha sido imputada y objeto de la persecución penal del Estado y que está sufriendo las consecuencias de la pena. En ese caso no se vislumbra un peligro como el que la Contraloría quiso precaver en el dictamen recién citado. Existe completa certeza respecto de la persona beneficiaria de las prestaciones del servicio. En este caso, no puede hablarse de una expansión ilegítima de las competencias de un servicio público.

Una línea similar ha sido explorada por la doctrina. Por ejemplo, Jorge Bermúdez ha señalado en relación con la actividad de servicio público que:

“El problema viene dado aquí por la posibilidad de extender la actividad prestadora a otros ámbitos no previstos expresamente por la norma legal. Recuérdese que el mandato del artículo 2º LBGAEº se refiere a las atribuciones que el ‘ordenamiento jurídico’ entrega a la Administración Pública, pero no dice ‘ley’. Por su parte la norma del artículo 6º CPR habla de normas dictadas conforme a la Constitución. En la práctica, la aprobación parlamentaria de la ley general de presupuestos, aprobación que se limita a aprobar o disminuir, pero no a aumentar gastos, supone un fundamento legal genérico a la actividad prestadora, que incidirá sólo respecto del ámbito o sector de la decisión. Sin embargo, la decisión concreta de los beneficiados con la prestación corresponderá en última instancia a la Administración. Así, la respuesta a la pregunta respecto de las condiciones, requisitos y medios que se emplearán en la prestación será siempre de la Administración.”⁵. (destacado agregado)

Justamente, para realizar esta tarea de precisión de los beneficiarios del servicio, la ley dota a la Administración de una potestad organizatoria (art. 31 LOCBGAE y art. 7º letras a) y d) de la ley N° 19.718).

En este contexto, se debe entender lo instruido por el Defensor Nacional en su resolución exenta N° 37 de 2019, que establece las actuaciones mínimas de defensa penal de migrantes y extranjeros. Dicha resolución, junto con establecer en su punto 2 el Principio de igualdad de igualdad y defensa de extranjeros señalando *“El defensor (a) velará en todo momento por que el imputado (a) o condenado (a) extranjero o migrante sea tratado con igual consideración y respeto que un nacional”*, también establece en su punto 7.1 la actuación de defensa respecto a la expulsión administrativa, señalando:

“El defensor(a) titular de la causa deberá oponerse oportunamente a la expulsión administrativa mediante las acciones o recursos que franquea la ley, sea a través de la reclamación ante la Corte Suprema, regulada en el DL N° 1.094 y en la normativa legal vigente, o mediante recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando esta:

- a) Derive de un hecho penal y así conste en el respectivo decreto de expulsión y;*
- b) Resulte contraria al interés y/o plan migratorio del imputado (a) o condenado (a).”.*

En los términos señalados por Bermúdez, se trata de una determinación administrativa de la prestación del servicio, en ejercicio de la potestad organizatoria y de dirección del servicio.

Finalmente, la prestación del servicio de defensa a los extranjeros imputados o condenados que son objeto de la revocación de su permiso de residencia, o incluso expuestos a una expulsión, busca darle eficacia a la misión de la Defensoría Penal Pública, la cual también está determinada por la ley de presupuestos del sector público. A modo ilustrativo, cabe recordar que el ciclo presupuestario se integra de cuatro etapas: formulación, discusión y aprobación parlamentaria, ejecución y evaluación. En la etapa de formulación, esto es, antes de la presentación del proyecto de ley ante el Congreso de presupuestos, son los ministerios y servicios públicos los que, además de sus gastos permanentes, proponen a la Dirección de Presupuestos nuevos proyectos o programas. Para que estos programas sean aprobados, deben contar con un diagnóstico de su efectividad. Para el año presupuestario 2020, la Defensoría Penal Pública ha propuesto la cobertura de defensa especializada en migrantes y extranjeros. Al hacerlo, ha propuesto un programa piloto en la Región de Antofagasta. La Defensoría, por lo tanto, hoy está demostrando la eficacia de esta prestación para la misión del servicio, en cuanto un rol activo de la Defensoría Penal Pública reduce el número de extranjeros privados de libertad, ya sea como medida cautelar, los condenados a penas privativas de libertad y quienes se encuentran ocupando plazas en los centros de la Policía de Investigaciones a la espera de ser expulsados como pena sustitutiva o sanción dictada por la autoridad migratoria que tenga su origen en un hecho de carácter penal. Asimismo, permite el trabajo coordinado con la Dirección General de Asuntos Consulares, Inmigración y de Chilenos en el Exterior, los consulados, el departamento de Extranjería y Migración, la red Sename y sus organismos colaboradores y el Servicio de Registro Civil e Identificación.

De este modo, sería erróneo pensar que la Administración tiene vedada cualquier actuación o iniciativa propia por el solo hecho de no estar detallada expresamente en la ley. En la medida que esta iniciativa vaya dirigida a cumplir con la misión de servicio público fijada al organismo de la Administración del Estado en cuestión - y desde una perspectiva finalista - ella cuenta con cobertura legal.

2.- El alcance del derecho a la defensa

El alcance del derecho a la defensa, consagrado a nivel constitucional, ha sido desarrollado en el Código Procesal Penal. Desde luego, este cuerpo se encarga de definir quién recibe la calidad de imputado. Así, conforme al artículo 7º, se señala que *“Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”*. Luego, la ley especifica aún más desde cuándo el imputado comienza a recibir tal calidad. Así, el siguiente inciso señala que *“se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con*

competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

Ahora bien, además de definir la calidad de imputado y desde cuándo ella ocurre en una persona, la ley también especifica el ámbito de la defensa penal. El artículo 8º establece que *“El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.”* Le sigue a esto, una cláusula amplia en torno al tipo de defensa penal a la cual tiene derecho el imputado. *“El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”.*

La relación entre el imputado o acusado con su defensor también ha sido regulada por la ley. Así, el artículo 102 del Código Procesal Penal señala que *“Desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza. Si no lo tuviere, el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la ley respectiva. En todo caso, la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado”.* El inciso final hace especial referencia al caso del imputado que prefiere defenderse personalmente. En este caso, *“el tribunal lo autorizará sólo cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa; en caso contrario, le designará defensor letrado, sin perjuicio del derecho del imputado a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el artículo 8º”.* De esta formulación se desprende que el interés del legislador es que todo imputado tenga acceso a un defensa eficaz, objetivo que debe cumplirse ya sea con o sin defensor letrado.

Precisamente, en relación con lo anterior, es útil destacar que la Contraloría General de la República ha establecido que *“cabe manifestar que en el cumplimiento de su finalidad la referida Defensoría se encuentra en el imperativo de realizar todas las actuaciones y utilizar todas las herramientas que el ordenamiento jurídico contemple para otorgar la mejor defensa jurídica que pueda prestarse al imputado”*⁶. Como puede observarse, el sentido de eficacia de la defensa jurídica en el ámbito penal es distintivo. No basta con velar porque la persona afectada tenga un defensor - penal o público - sino con

que la defensa, en su totalidad, sea eficaz en relación a los bienes jurídicos que el sistema legal protege y a los derechos y garantías fundamentales que la Constitución otorga a las personas en el ámbito penal.

III.- Las funciones de defensa legal de la Defensoría alcanzan a procedimientos que son la consecuencia directa de la imputación penal

1.- La calidad de beneficiario alcanza a la “completa ejecución de la sentencia”

De lo señalado anteriormente se extrae que no es nada de obvio que la Defensoría tenga limitadas de forma estricta sus funciones a quienes ostentan la calidad de “imputados” formalmente. Por de pronto, el Código Procesal Penal utiliza un criterio informal para determinar cuándo se tiene la calidad de imputado, la que de hecho es independiente de la intervención del juez. De ahí que la Defensoría pueda entregar sus prestaciones a las personas que carecen de defensa jurídica antes de que formalmente hayan comparecido ante el juez, o incluso después de tener esta calidad, en tanto condenados o absueltos, por ejemplo, mientras se encuentran privados de libertad cumpliendo una pena - precisamente por existir una sentencia ejecutoriada de carácter condenatorio.

Enseguida, es importante señalar que las definiciones generales que se encuentran en las leyes habilitantes de cada uno de los servicios públicos tienen carácter finalista. Precisamente, el legislador ha sido consciente de que esa misión sólo puede quedar fijada en la ley con carácter general y abstracto (artículo 63 N° 20 de la Constitución), de modo que las modalidades específicas que debe adoptar la defensa jurídica penal debe estar abierta a adaptarse a los fenómenos sociales, económicos, culturales que son cambiantes a lo largo del tiempo. Por ello el legislador otorgó al Defensor Nacional la potestad de fijar estándares de defensa a través del artículo 7° letra d) de la Ley N° 19.718. El ejercicio de esta potestad no es un desconocimiento de su mandato legal, sino que por el contrario, es la manera de dotar a esos mandatos de efectividad. Si no se permitiera al servicio público adaptarse a fenómenos sociales, económicos y culturales como la migración masiva y sus complejidades, se terminaría frustrando el objetivo para el cual el legislador lo creó: ofrecer un servicio de defensa jurídico penal de calidad para todos sus usuarios.

Además, sería ilógico que la Defensoría pudiera excusarse de cumplir con sus prestaciones interpretando que la ejecución de la sentencia acaba con la satisfacción de la pena privativa de libertad, frente a una persona cuya representación judicial, en relación a la imputación criminal, ha estado totalmente en manos de la Defensoría Penal Pública, desde la investigación y durante la ejecución de la condena, pasando por el juicio propiamente tal. Acoger esta interpretación bien podría abrir espacios para fundar acciones civiles fundadas en la “**falta de servicio**” de la Defensoría Penal Pública, exponiéndola a responder patrimonialmente por esta omisión. En efecto, no debe olvidarse que el principio general de coordinación (artículos 3° inciso tercero y 5° LOCBGAE) impone a los órganos

administrativos la obligación de cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones. Tal como ya se ha dicho, el programa piloto en materia de defensa de migrantes ya demuestra que un rol activo de la Defensoría Penal Pública reduce el número de extranjeros privados de libertad, ya sea como medida cautelar, los condenados a penas privativas de libertad y quienes se encuentran ocupando plazas en los centros de la Policía de Investigaciones a la espera de ser expulsados como pena sustitutiva o sanción dictada por la autoridad migratoria que tenga su origen en un hecho de carácter penal. Asimismo, permite el trabajo coordinado con la Dirección General de Asuntos Consulares, Inmigración y de Chilenos en el Exterior, los consulados, el departamento de Extranjería y Migración, la red Sename y sus organismos colaboradores y el Servicio de Registro Civil e Identificación.

En efecto, existen razones para pensar que la ejecución de la condena es precisamente una cuestión que afirma y no niega la competencia de la Defensoría en el caso de marras. Al respecto, es útil tener a la vista la siguiente definición de los profesores Ortiz y Arévalo:

“La verdadera significación de la causal [de extinción de la responsabilidad penal por el cumplimiento de la pena] debe buscarse en la situación del condenado luego de cumplida su condena: no puede ser objeto de otra consecuencia de orden penal que importe la privación o restricción de sus derechos personales de manera directa, en razón del merecimiento y la necesidad de la pena. Indirectamente, la condena anterior puede llegar a producir efectos a favor o en contra del condenado, en lo referente a la concurrencia eventual de algunas circunstancias atenuantes (art. 11 N° 6 del CP), agravantes (art. 12 N°s 14, 15 y 16 del mismo cuerpo legal) o al régimen de cumplimiento de una nueva condena (Ley N° 18.216)”⁷.

Precisamente, entre esas consecuencias indirectas se puede agregar la revocación de la residencia definitiva, que está siendo cuestionada en el recurso de amparo de marras. La función de la defensoría no estaría completa si no pudiese intervenir con el objeto de defender al imputado para que no sea objeto de consecuencias que no se ajustan al ordenamiento jurídico, justamente como consecuencia de haber sido imputado y condenado de un delito. Lo contrario significaría que diferentes situaciones en que la Defensoría actualmente interviene en favor de los derechos de una persona respecto de quien no puede decirse que esté actualmente imputado en un proceso penal o que esté cumpliendo una pena privativa de libertad, quedarían sin cobertura prestacional, generando indefensión, tales como: ejercicio del recurso de revisión; asesoría y representación para la eliminación de precedentes prontuarios; acciones constitucionales o de otra naturaleza contra registro civil por errores en registro de condenas; acciones

7 Ortiz, Luis y Arévalo, Javier. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013, pp. 516-517.

constitucionales por derecho a sufragio de personas privadas de libertad; acciones constitucionales por derecho a educación de personas privadas de libertad; participación ante tribunal de conducta y consejos técnicos; tramitación o apoyo en la obtención del canje penal ante el registro civil en caso de proceso de con imputado extranjero que pudieran terminar con pena sustitutiva de expulsión; etc.

2.- Los actos administrativos que disponen la expulsión o abandono del país de extranjeros imputados o condenados, es parte del proceso de ejecución de la pena y constituye una limitación de la libertad personal

Tanto el acto administrativo de expulsión del país como el de revocación de la residencia definitiva, son actos de ejecución de una condena, lo que no le hace perder su calidad de acto administrativo, pero tampoco le priva de relevancia para efectos penales. Se encuentra en la misma relación con la sentencia penal que el acto administrativo que admite a una persona a un determinado recinto penitenciario, que lo traslada de uno a otro o que determina su egreso del mismo. En segundo lugar, en cuanto a la modalidad de ejecución que se incorpora al acto administrativo se termina de demostrar su carácter de accesorio a la imputación penal.

Desde el punto de vista de los elementos del acto administrativo se trata de una modalidad (condición) agregada a un acto de contenido parcialmente discrecional, que no está expresamente prevista en la norma, pero que puede entenderse autorizada de modo de armonizar, de una parte, la legalidad de la pena y, de otra parte, la política migratoria⁸.

3.- La igualdad ante la ley exige que la defensa se extienda a los migrantes hasta la ejecución de todas las consecuencias de su condena

Finalmente, es necesario tener presente que la defensa penal, como cualquier prestación de un servicio público debe entregarse sin discriminación. Este carácter definitorio se ha denominado “generalidad” de la prestación de los servicios públicos⁹. Este primer criterio sirve de rector de toda la actividad prestacional del Estado.

Además, de modo más específico, la ley N° 20.609 pone a la Defensoría Penal Pública en la posición de asumir una política activa antidiscriminatoria. Ello importa que en sus acciones la Defensoría Penal Pública - en cuanto órgano de la Administración del Estado - debe erradicar todas las conductas que

⁸ Véase Velasco, Francisco. *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Madrid, Tecnos, 1996, pp. 200-237.

⁹ Bermúdez Soto, Jorge. ob. cit., p. 306 (“*todas las personas que se encuentren en determinada situación tienen derecho a ser beneficiarios del servicio público, sin que pueda la autoridad beneficiar con la prestación a algunos y negarla a otros*”).

puedan significar, en los hechos, una “distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable”¹⁰. La ley ha definido justamente los criterios de discriminación especialmente prohibidos (categorías sospechosas) en la ley N° 20.609 en su artículo 2° enumerando entre los primeros “la nacionalidad”.

Pues bien, la revocación del permiso de permanencia definitiva y en general las medidas restrictivas que prevé el DL 1094 se aplican únicamente a extranjeros. Además, dicha ley emplea como fundamento para tales decisiones la imputación, acusación o condena en un proceso penal. Es decir, la ley asocia consecuencias desfavorables sólo al imputado o condenado extranjero. Por definición, se trata de una situación en que jamás podría verse involucrado un imputado de nacionalidad chilena.

Por tanto, si la Defensoría Penal Pública no pudiese representar a los extranjeros en los procedimientos en que, a consecuencia directa de un proceso penal seguido en su contra, pueden ser expulsados del país, se estaría creando un verdadero privilegio en favor de los imputados de nacionalidad chilena: respecto de ellos el servicio público siempre se va a prestar en toda su amplitud; más respecto de los extranjeros, y por el solo hecho de serlo, ello no sería posible.

Además, si la Defensoría Penal Pública se excusara de cumplir con sus funciones cuando, con causa directa en la imputación penal, se expulsa o busca expulsar a un extranjero, estaría efectuando una “exclusión” de sus prestaciones únicamente con fundamento en la nacionalidad de los beneficiarios. Esta es una conducta expresamente prohibida por la ley para los funcionarios públicos (artículo 84 letra l) del Estatuto Administrativo).

Lo dicho anteriormente se refuerza al hacer referencia a la Resolución Exenta N° 38 de 7 de febrero de 2019, que establece un Manual de Actuaciones Mínimas de Defensa Penal de Migrantes y Extranjeros. No hay que olvidar que, de acuerdo al artículo 61 letra f) del Estatuto Administrativo, la observancia de este tipo de manuales no puede ser excusada por parte de los defensores. En lo que resulta pertinente al presente caso, el considerando 9° de tal manual señala que *“la circunstancia de ser el imputado migrante o extranjero, obliga al defensor a tener en consideración una serie de normas jurídicas de índole nacional e internacional, así como a preocuparse por eventuales consecuencias que no se presentan en caso de imputados nacionales y, por ellos, es necesario precisar las actuaciones mínimas de quienes se desempeñan como defensores penales públicos de personas migrantes o extranjeras”*. Enseguida, se aclara que las actuaciones mínimas que se aprueban en tal resolución constituyen *“la forma de concretar cada uno de los estándares generales de defensa, por lo que sus contenidos deben*

10 La Contraloría ha respaldado iniciativas administrativas que protegen el acceso a servicios públicos de grupos potencialmente discriminados: Dictámenes 6812/2018, 31968/2018 y 85944/2015.

entenderse como parte integrante de dichos estándares. En consecuencia, cualquier infracción a las presentes actuaciones mínimas se considerará infracción a los estándares de defensa técnica. Del mismo modo, frente a cualquier aspecto dudoso, la interpretación de las presentes actuaciones mínimas se efectuará de la manera que sea más acorde con los mencionados estándares”.

Lo que hace distintivo el caso de la defensa de migrantes es la existencia o no de un proyecto migratorio personal, así como las circunstancias de vulnerabilidad, discriminación y prejuicio en que ellos se puedan encontrar dentro del territorio nacional. Ambos aspectos son claramente destacados por dicho manual. Respecto a los antecedentes del proyecto migratorio personal, ellos deben recabarse desde la primera entrevista entre el migrante afectado y el defensor, puesto que ellos son relevantes durante todo el tiempo en el que el migrante es usuario de la Defensoría. Estos aspectos son relevantes ya que dan sustento material al principio de igualdad ante la ley y a la igual defensa que nacionales o extranjeros deben recibir de parte de la Defensoría en tanto servicio público.

IV.- Conclusiones

La defensa especializada de migrantes, en tanto prestación de servicio público realizada a usuarios con características particulares por parte de la Defensoría Penal Pública, se ajusta al marco legal aplicable a esta institución.

En primer lugar, cabe afirmar que, desde el punto de vista institucional, la Defensoría es un servicio público y, en consecuencia, tiene confiada por mandato legal la satisfacción regular y continua de proveer defensa penal a quienes no cuenten con defensor letrado. De esta manera, se garantiza el fiel cumplimiento de la garantía constitucional del derecho a defensa, establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Este servicio debe ser prestado a quien tenga la calidad de imputado o acusado por un crimen, simple delito o falta, que carezcan de abogado y que requiera de un defensor.

Segundo, de la interpretación de los artículos 2° y 35 de la Ley N° 19.718, se desprende que lo garantizado por la ley es una *defensa efectiva* a raíz de la calidad de imputado o acusado que tenga o haya tenido el usuario del servicio, y de tal forma garantizar sus derechos. Si bien la Defensoría no puede anticipar su intervención antes del momento en que el usuario adquiere la calidad de imputado o acusado, ello no obsta a que la Defensoría, a través de sus defensores penales, desplieguen los esfuerzos necesarios para proveer de defensa penal a las personas beneficiarias de sus servicios durante y hasta la completa ejecución de la condena a la cual se vieran expuestos. Ello se ajusta a la interpretación administrativa existente en esta materia, puesto que en todo momento existe certeza respecto de quién

está siendo el beneficiario (imputado o condenado) de los servicios prestados por la Defensoría. Es la Defensoría, además, la entidad encargada de definir de manera concreta las condiciones, requisitos y medios que se emplearán en la prestación de sus servicios.

Tercero, y como consecuencia de lo anterior, la Defensoría tiene plenas facultades para definir de qué manera presta servicios a migrantes que han sido acusados o condenados dentro del actual sistema procesal penal chileno. Ello por cuanto el caso de los migrantes posee complejidades adicionales que en el caso de los nacionales chilenos no existen. Para proveer defensa en igualdad de condiciones, la Defensoría ha elaborado criterios generales y vinculantes para las actuaciones mínimas de defensa penal en favor de migrantes y extranjeros. En particular, una de estas actuaciones mínimas contempla, específicamente, que el defensor titular de la causa deba oponerse oportunamente a la expulsión administrativa mediante las acciones o recursos que franquea la ley, sea a través de la reclamación ante la Corte Suprema regulada en el DL N° 1.094 y en la normativa legal vigente o mediante recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la expulsión a) derive de un hecho penal y así conste en el respectivo decreto de expulsión y; b) resulte contraria al interés y/o plan migratorio del imputado o condenado.

Cuarto, el derecho a defensa, consagrado a nivel constitucional y desarrollado a nivel legal, establece que las facultades, derechos y garantías en el ámbito penal podrán hacerse valer por la persona afectada desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (artículo 7° del Código Procesal Penal). El defensor debe desplegar todos sus esfuerzos para que tal defensa sea efectiva (artículo 104 del mismo Código), lo cual lógicamente incluye hacerse parte en cada una de las instancias en que el usuario del servicio esté involucrado, especialmente si ellas dicen relación con la ejecución de la condena producto de la cual se ha ordenado su salida del país. En este contexto, especial consideración debe existir en torno a la existencia de un proyecto migratorio consolidado, donde el afectado dé cuenta de los lazos familiares y laborales, así como las proyecciones que ha ido sentando a lo largo del tiempo en nuestro país.

Quinto, es ilógico sostener que la Defensoría cumple sus prestaciones interpretando que la ejecución de la sentencia acaba con la satisfacción de la pena privativa de libertad, frente a una persona cuya representación judicial, en relación a la imputación criminal, ha estado totalmente en manos de la Defensoría desde la investigación, pasando por el juicio propiamente tal y durante la ejecución de la condena. Acoger tal interpretación podría significar un caso fundado de falta de servicio, exponiendo a la Defensoría a responder patrimonialmente por esta omisión. Por ello, la ejecución de la condena es precisamente una cuestión que afirma y no niega la competencia de la Defensoría. La función de la

Defensoría no estaría completa si no pudiese intervenir con el objeto de defender al imputado para que no sea objeto de consecuencias que no se ajustan al ordenamiento jurídico, justamente como consecuencia de haber sido imputado y condenado de un delito.

Finalmente, la igualdad ante la ley exige que la defensa penal se extienda a los migrantes hasta la ejecución de todas las consecuencias de su condena. Si la Defensoría Penal Pública no pudiese representar a los extranjeros en los procedimientos que son una consecuencia directa de un proceso penal seguido en su contra, y por los cuales podrían ser expulsados del país, el servicio de la Defensoría sería incompleto respecto de ellos por el sólo hecho de ser migrantes, cuestión que contraviene el objeto y fin de la institución en tanto servicio público. La Defensoría no puede excusarse de brindar un servicio completo en razón de la nacionalidad de sus usuarios. Ello está vedado a los defensores, en tanto funcionarios públicos, por expresa aplicación del artículo 84 letra 1) del Estatuto Administrativo. La defensa penal debe ser completa, tanto para chilenos como extranjeros, y mayor aún en el caso de migrantes que a lo largo de los años han desarrollado un proyecto migratorio consolidado dentro de nuestro país.



ÍNDICE

2

2

2

6

III.- Las funciones de defensa legal de la Defensoría alcanzan a procedimientos que son la consecuencia directa de la imputación penal⁸

8

10

10

12



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia