

▶ EL PROYECTO DE VIDA: ELEMENTO A CONSIDERAR EN LA DEFENSA PENAL DE EXTRANJEROS

Por **Helena Olea**
Profesora de la Clínica de Migrantes y Refugiados
Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales



DEFENDER ADECUADAMENTE A UNA PERSONA EXTRANJERA EN CHILE NO SÓLO REQUIERE HACER EFECTIVOS CIERTOS DERECHOS QUE HOY PARECEN IRRELEVANTES, SINO DESARROLLAR UN ENFOQUE DIFERENCIADO QUE CONSIDERE SU PROYECTO MIGRATORIO, PARA QUE LA ESTRATEGIA DE DEFENSA RECOJA LOS MOTIVOS Y EL CONTEXTO POR LOS QUE ESA PERSONA SE ENCUENTRA EN EL PAÍS.

La presencia de extranjeros en Chile ha aumentado de manera importante en los últimos años. Aún no se publican los resultados del censo desagregados por origen nacional, pero los estimativos que maneja el gobierno suman cerca de 340 mil extranjeros, el 2,5 por ciento de la población nacional.

Esta cifra es muy menor para aquellos países cuya población es el resultado de oleadas migratorias o que están habituados a flujos migratorios y que, por lo tanto, diseñan políticas públicas considerando a los extranjeros. Sin embargo, esa cifra representa un desafío importante en un Estado y una sociedad que tiene dificultades para pensarse más allá de las fronteras nacionales.

Aún en el siglo XXI y a pesar de la globalización, en este país se sigue omitiendo considerar a los extranjeros en el discurso público, en las políticas públicas y en los imaginarios sociales. Por lo tanto, preguntas por la inclusión y la integración de quienes no son ciudadanos chilenos y por su adecuada consideración en la respuesta estatal a cualquier situación son poco frecuentes.

Sin embargo, recientemente emergen inquietudes y esfuerzos importantes, que merecen destacarse a nivel público y privado. Dentro de las iniciativas que consideran a los extranjeros y su situación particular en Chile se destaca el trabajo que desde hace dos o tres años adelanta de manera progresiva la Defensoría Penal Pública.

Por la naturaleza de la función que cumple, la Defensoría Penal Pública ha sido pionera en el desarrollo o inclusión de perspectivas diferenciadas y programas especializados, como una forma de garantizar efectivamente el derecho a la no discriminación.

Justamente porque no es suficiente que la norma no establezca diferencias, es necesario preguntarse si su aplicación genera el mismo resultado para todas las personas. Es posible que si se omite considerar las condiciones particulares en las que se encuentran las personas, el resultado de la aplicación de una norma aparentemente neutra sea diferente y, por lo tanto, ésta tenga un impacto discriminatorio.

Por ello, la Defensoría se destaca por ofrecer defensa penal especializada a los indígenas, por incluir una perspectiva de género en su trabajo y por haber desarrollado un programa especializado para los menores de edad.

En los últimos años, y frente al incremento del número de usuarios extranjeros, la Defensoría Penal Pública se pregunta cómo y qué debiera considerarse en la teoría del caso, en los medios probatorios y en el litigio de procesos penales cuando el imputado es un extranjero. Con el propósito de contribuir a esta discusión, a continuación se presentan algunos elementos que debieran considerarse en el desarrollo de una defensa penal para extranjeros.

ENFOQUE DIFERENCIADO

La defensa de una persona extranjera requiere del desarrollo de un enfoque diferenciado que considere su proyecto migratorio, de manera que la estrategia de defensa sea acorde con los motivos y el contexto que explican que esa persona se encuentre en Chile. Este elemento, aparentemente simple, resulta fundamental para el extranjero, ya que permite al defensor(a) no sólo representarlo en el proceso penal garantizando su derecho a la defensa -como elemento del derecho a las garantías judiciales o al debido proceso-, sino proteger y defender su proyecto de vida.

Son múltiples las razones por las cuales una persona extranjera puede llegar a Chile. Es importante diferenciar entre quienes se encuentran de paso -y por lo tanto no tienen vocación de permanencia- de quienes han vivido en el país y han establecido relaciones personales, laborales y comerciales. En el caso del segundo grupo, la defensa deberá buscar aquella alternativa menos lesiva en consideración a las normas migratorias, que sancionan ser condenado e incluso formalizado por un delito, como se explicará más adelante.

Adicionalmente, es importante considerar las razones por las cuales cada persona llega a Chile. Quienes lo hayan hecho huyendo y para proteger su vida, su integridad personal o su libertad, podrían ser refugiados. Estas personas se encuentran protegidas por el principio de no devolución y tienen derecho a acceder a un procedimiento para el reconocimiento de dicha condición.

El proyecto migratorio debe hacer parte del diseño de la estrategia de defensa, la cual necesariamente debiera considerar la situación migratoria de la persona y sus planes y necesidades de permanecer en el país. Algunas situaciones pueden requerir de la coordinación y el trabajo jurídico simultáneo en materia penal y migratoria.

ELEMENTOS ADICIONALES

En el caso de personas extranjeras y como elementos integrantes del derecho al debido proceso se deben sumar a la estrategia de defensa los siguientes elementos: el derecho a un intérprete y el derecho a la protección consular. Por último, hay un elemento adicional, que puede mejorar radicalmente la defensa penal y que es la consideración del contexto cultural del imputado.

El derecho a un intérprete es un elemento esencial de las garantías procesales. El imputado que no habla español tiene derecho a una intérprete que se comunique con él en su lengua materna. Solamente así podrá comprender el proceso que afronta y ejercer sus derechos de manera informada. En este aspecto, se hace necesario identificar y resolver la ausencia de intérpretes certificados de muchas lenguas. La interpretación no es necesaria solamente en el marco de las audiencias, sino que es indispensable para que el defendido o defendida y su abogado puedan comunicarse, y éste último pueda hacer bien su trabajo. Deben preverse fondos para sufragar este servicio.

El derecho a la protección consular es un elemento constitutivo del derecho a las garantías judiciales, como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 16, relativa a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La protección consular incluye el derecho a la información sobre la protección consular, el derecho a la notificación consular, el derecho de asistencia consular y el derecho a la comunicación consular..

La garantía de este derecho se materializa en que al momento de la detención debe informarse a la persona extranjera sobre su derecho a la protección consular. Si la persona así lo solicita debe informarse al consulado, debe permitirse que esta protección consular se materialice, así como facilitarse la comunicación con el consulado durante el tiempo de la privación de la libertad.

Para muchas personas extranjeras privadas de la libertad la protección consular es un elemento esencial para la protección de sus garantías al debido proceso y, por ello, la garantía efectiva de este derecho necesita también de misiones consulares con recursos y disposición para responder a las demandas de protección de sus connacionales. La sentencia de Avena y otros contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia ilustra la importancia de garantizar el derecho a la protección consular.

Comprender y acercarse al contexto cultural del cual proviene el imputado es absolutamente esencial para desarrollar una buena estrategia de defensa y una relación de confianza con esa persona. A este respecto, es importante recordar que hay pueblos originarios en muchos otros lugares del mundo y que esos extranjeros pueden necesitar de una defensoría que considere su condición de indígena y de extranjero simultáneamente. También es importante incluir en el análisis de género elementos culturales que deban considerarse para argüir eximentes de responsabilidad y de culpabilidad.

CONSECUENCIAS DE UN PROCESO

Un aspecto fundamental que debe ser considerado en el caso de toda persona extranjera es si el resultado del mismo puede tener un impacto en su permanencia en el país. La legislación migratoria vigente en Chile es el Decreto Ley 1.094 de 1975, y su reglamento el Decreto Supremo 597 de 1984. Estas normas, dictadas bajo el sistema penal antiguo, establecen que los condenados o procesados por crímenes y aquellos que cometan actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres serán expulsados.

Las mismas normas agregan que podrán ser expulsados los condenados o procesados por simple delito. Es decir, la ley establece diferencias entre conductas de diverso nivel de gravedad, permitiendo que el Departamento de Extranjería y Migración –en adelante DEM– establezca sanciones diferenciadas.

En la práctica, el DEM dicta órdenes contra personas condenadas o cuyo proceso penal termine con la suspensión condicional del procedimiento, un acuerdo reparatorio o el sobreseimiento definitivo. En otras palabras, el DEM desconoce las garantías procesales establecidas en la

reforma procesal penal en Chile y sanciona a toda persona como si fuera culpable del delito por el cual fue formalizada.

De otra parte, pese a que la ley distingue entre quienes se les debe revocar la visa y dictárseles una orden de abandono del país, y quienes se les puede sancionar de esta forma, el DEM revoca la visa a todas las personas formalizadas, independientemente de la forma en que termina el proceso penal, excepto por quienes son absueltos. Más grave aún es que en algunos casos no espera a la culminación del proceso para sancionarlos con la expulsión, cuya ejecución queda suspendida hasta la terminación del proceso penal.

Es decir, una buena estrategia de defensa, como puede ser aceptar un procedimiento abreviado, puede tener consecuencias nefastas para una persona extranjera. Puede lograr evitar una pena privativa de la libertad, por no tener antecedentes y en función del delito imputado, pero puede tener gravísimas consecuencias migratorias consistentes en la revocatoria de su visa, que le dicten una orden de abandono y que quede con una prohibición de ingresar al país.

En este ejemplo, una buena defensa penal tuvo gravísimas consecuencias migratorias. Por ello, otras estrategias que busquen persuadir al Ministerio Público de utilizar el principio de oportunidad y desistir de la formalización o afrontar un juicio buscando la absolución pueden ser más efectivas, en función del proyecto de vida de ese extranjero.

A la fecha, las sanciones migratorias por motivos penales omiten considerar los lazos que el migrante haya establecido en el país, la posibilidad de que haya formado una familia, creado un negocio o se encuentre cursando estudios, por ejemplo. Una defensa penal que desconozca el proyecto migratorio puede, por tanto, no sólo afectar gravemente el proyecto de vida una persona extranjera, sino también obligar a los miembros de su familia que pueden tener la nacionalidad chilena a verse obligados a decidir entre permanecer en el país o preservar la unidad de la familia, como resultado de la sanción que impone el DEM.

OTRA MIRADA

Demasiado responsabilidad se le asigna en Chile a la ley, omitiendo considerar el rol que tiene quien la aplica. Incluso

desde el final de la administración Bachelet se venía hablando de una reforma a la legislación migratoria. El gobierno actual ha anunciado que presentará un proyecto de ley. La tramitación en el Congreso nacional podrá tardar varios años, por lo cual no parece prudente esperar a la adopción de nuevas normas.

Bajo el marco legal vigente es posible que la situación descrita sea diferente. Para ello se requiere, en primer lugar, de una defensa penal diferenciada, que considere el proyecto migratorio de una persona extranjera. En segundo lugar, también es necesario que el DEM pondere adecuadamente los derechos que están en juego al revocar una visa y dictar una orden de abandono, diferenciando entre la gravedad de la acción que habría cometido la persona, la respuesta que le dio el mismo Estado chileno según la forma de terminación del proceso y la pena impuesta, y los otros derechos que puedan estar involucrados, tanto de esa persona como de los miembros de su familia.

La Defensoría Penal Pública está trabajando en avanzar hacia la incorporación de un enfoque diferenciado. Este es un elemento fundamental, una buena práctica que debiera ser imitada por los abogados que prestan sus servicios profesionales a personas extranjeras. Este primer paso y la consideración del proyecto de vida de las personas extranjeras es una aproximación que aplica de manera integral el principio *pro personae* y que pondera todos los derechos involucrados, incluyendo los de todas las personas afectadas. ⁹⁸

