**Migrantes e indígenas: dos ejes de discriminación en el acceso a la justicia**

 Francisca Fernández Droguett

Antropóloga, Magíster en Psicología Social, Doctora en Estudios Americanos.

Escuela de Antropología, Universidad Academia de Humanismo Cristiano

Correo: [docenciafernandez@gmail.com](mailto:docenciafernandez@gmail.com)

**La defensa especializada en Chile**

En diciembre de 2000, en las regiones de Coquimbo y la Araucanía se comenzó a aplicar el nuevo sistema de procesamiento de las causas judiciales penales, producto de la Reforma del Código Penal Procesal Penal, estableciendo un esquema acusatorio en que se dividen las funciones de investigar, procesar, y dictar sentencia en las causas. Posteriormente ingresaron las otras regiones de Chile hasta el 2005, cuando comenzó a regir en la Región Metropolitana de Santiago.

En el marco de este proceso, el 2001 se crea la Defensoría Penal Pública, con el fin de proporcionar defensa penal a imputados, como una forma de asegurar el derecho a defensa y el debido proceso en un juicio penal. Al mismo tiempo se crea la unidad de defensa penal juvenil y de defensas especializadas, en el que se incorpora la defensa hacia indígenas y migrantes (Defensoría Penal Pública, 2008).

La defensa penal indígena comienza en el año 2003 con una oficina de atención para imputados mapuche en Temuco, extendiéndose en años posteriores hacia la defensa de pueblos indígenas del norte de Chile (Arica, Iquique y Calama).

Según lo establecido por el organismo, la prestación de esta defensa penal integra tanto la Ley Indígena Nacional y los tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT y las Reglas de Brasilia.

En cuanto a la defensa de migrantes, la Defensoría establece como prioridad el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por Chile en materia de derechos humanos (Naciones Unidas, Corte Interamericana de Derechos Humanos), definiendo como derechos del imputado extranjero los siguientes (Defensoría Penal Pública, 2013):

* Ser tratado como inocente.
* Recibir un trato digno en todo momento.
* Ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla español.
* Ser informado, en un idioma que comprenda, del motivo de su detención.
* Guardar silencio desde su detención.
* Informar a un familiar de su detención.
* Informar, si lo desea, a su Consulado  del hecho de su detención.
* Que su detención en un recinto policial no dure más de 24 horas.
* Tener un abogado defensor y entrevistarse privadamente con él.

Desde el 2012 funciona una mesa de coordinación interinstitucional con el Ministerio Público (Fiscalía), las policías y el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), para abordar esta problemática. A su vez el 2015 fue publicado un Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad en Chile, financiado por el programa EUROsocial II, como material de insumo de la defensoría, para potenciar el trabajo en la especialización de la defensa de migrantes. Es el único texto oficial que aborda la temática indígena y migrante como variables interconectadas.

**Cuatro casos de imputados indígenas y migrantes**

En Chile no existe una política dirigida por parte del sistema judicial para abordar la problemática indígena y migrante en el ámbito del derecho penal. Es más, todavía tanto jueces como fiscales no consideran ambos elementos como relevantes para solicitar/validar la presencia de facilitadores interculturales y de una defensa especializada, pero además actúan bajo una serie de estereotipos basados en la supuesta condición de inferioridad y de deprivación cultural de indígenas y migrantes de países con fuerte presencia indígena, como Bolivia y Ecuador.

A continuación revisaremos cuatro casos desde donde problematizar la situación actual penal de imputados indígenas y migrantes, y reflexionar sobre las representaciones de jueces y fiscales al respecto. Específicamente se abordarán causas en que los imputados son quechuas o aymaras bolivianos, tres casos con defensa especializada (Arica) y uno sin (Rancagua).

1-. José Choque Flores

José es un adolescente quechua boliviano, oriundo de la comunidad de Choquecota, en la provincia de Carangas, del departamento de Oruro, quien fue imputado por el delito de tráfico de drogas, en la frontera de Bolivia y Chile (cerca de Pisiga Choque), y enviado a Santiago a cumplir con las medidas cautelares de prisión, que luego se convirtió en la estadía en un centro juvenil de reclusión (parcial). Se solicita un peritaje antropológico y la presencia de un facilitador intercultural para acreditar la teoría del caso, respecto a su inocencia, ya que según el imputado, después de vivir recién hace dos meses en la ciudad de Oruro, el jefe de la obra de construcción donde se encontraba trabajando le solicita llevar un encargo a la frontera, sin saber que portaba droga. El imputado ni siquiera contaba con un documento de identificación. La pericia es pensada para fundamentar el accionar del sujeto en términos culturales, de respeto y no cuestionamiento a la autoridad, desde su vivencia quechua.

En este caso, después de casi cuatro meses de reclusión, se solicita la pericia y la presencia de un facilitador, ya que manejaba un castellano fuertemente *quechuizado*, por lo que el defensor no lograba comunicarse y por ende no podía establecer la comunidad de origen del imputado. Llama la atención dos hechos, primero, el que se acaba de señalar, y también la medida de enviar a Santiago a José siendo que le correspondía su detención en Pozo Almonte, en las cercanías de Iquique, a cuatro horas de la frontera de Bolivia. Su reclusión en la capital fue compleja, según lo narrado por el mismo sujeto, ya que al inicio no sólo sintió que se le discriminada por la propia institucionalidad penal (tanto de reclusión como de defensa) sino también por los otros reos, situación que va a cambiar al ser derivado al centro de reclusión parcial. En este espacio se le permite cooperar en la cocina, lo que le permitió, según sus propias palabras, “sentirse útil”.

2-. Natividad Castro Coca

Natividad Castro Coca es quechua boliviana, oriunda del pueblo de Sacaba, ubicado en la provincia del Chapare, departamento de Cochabamba. También fue imputada por tráfico de drogas en la ciudad de Rancagua. Según su relato y el de su esposo, al momento de su detención ella no estaba en conocimiento de estar portando drogas. Ambos señalan que habría sido el marido quien habría accedido a llevar la droga para su futura venta en el sur de Chile, y que convenció a su esposa de viajar con él señalando que iba en búsqueda de un empleo, y que tendría varios ofrecimientos. El peritaje es solicitado para contextualizar las dinámicas familiares y de género en el mundo andino, que fundamentara el actuar de la imputada y el tipo de vínculo con el esposo.

Un hecho a destacar es que Rancagua no cuenta con defensores especializados en defensa indígena, sin embargo muchos defensores públicos han asistido a la Academia Indígena que realiza la institución, por lo que manejan el protocolo que se debe llevar a cabo en estos casos.

Al momento de realizar la primera visita a Natividad en el marco de la pericia, ella no había accedido a ningún facilitador intercultural, por lo que será su primera experiencia en que una persona que la entreviste conozca su cultura y la zona de origen. Nuevamente, como en el anterior caso, expresa su rabia y pena respecto a la fuerte discriminación por ser quechua y boliviana, que sufre por parte tanto de la institucionalidad como por parte de las otras reas. El peritaje es la única herramienta que permitió contextualizar la vivencia cultural de la imputada.

3-. Rubén Tusco

Rubén es aymara boliviano, de la comunidad de Hormuni, municipio de San Pedro de Curahua, del departamento de La Paz. Su esposa Herminia Vilca Mamani, de la comunidad de Tola Pata, municipio de Papel Pampa, migra a Azapa, norte de Chile, de manera temporal, donde se hacen pareja, teniendo dos hijos en esa localidad. Es imputado por homicidio simple (cuasidelito) respecto de su hijo menor, quien fallece por intoxicación al ingerir un veneno para detener una plaga en una parcela de Azapa donde se encontraban ambos padres trabajando. A los minutos decide dirigirse por su cuenta a la posta de San Miguel de Azapa en vehículo. A las horas, el niño fallece y el padre es detenido. La pericia es solicitada para fundamentar la teoría del caso respecto al contexto cultural aymara de crianza de hijos y de las actividades laborales.

Cabe destacar que los padres del niño fallecido señalaron que la muerte de su hijo se debió a negligencia hospitalaria, ya que en un inicio la posta de San Miguel de Azapa se negó a atenderlo, por no estar en una situación regular (era un niño migrante, sin papeles, pero al mismo tiempo se le habían llevado a cabo controles de niño sano en el mismo espacio). Finalmente, pasada algunas horas, es ingresado al servicio médico de urgencia falleciendo a los pocos minutos, y culpándose del hecho al padre, por su supuesto descuido y abandono mientras trabajaba en labores agrícolas.

4-. Juan Carlos Quispe

Juan Carlos Quispe, aymara boliviano, es oriundo de Santiago de Machaca, Departamento La Paz, y está actualmente imputado por homicidio calificado por el asesinato de dos Carabineros de Chile, en las cercanías de Visviri, zona tri-fronteriza (Chile, Perú y Bolivia), quien señala a su favor que se habría encontrado realizando su servicio militar en el Regimiento Max Toledo, de Viacha, en las fechas estipuladas del delito (21 y 22 de enero del 2015). La libreta militar indicaría que entre junio del 2014 y junio del 2015, habría estado recluido, con escasas ausencias. El peritaje es solicitado para pedir la sustitución de la cautelar y avalar teoría del caso, además de señalarse la trascendencia del caso por su contexto intercultural y por la vulneración de los derechos del imputado por su condición indígena y de extranjero.

En cuanto al caso en particular, en diciembre del 2015, el imputado habría sido entregado por una comunidad aymara boliviana (Charaña) a Carabineros de Chile, ya que se habría auto inculpado del asesinato. Luego el sujeto indicaría haber hecho esta declaración para eludir el linchamiento por parte de los comuneros, quienes lo acusaban de robar diversas especies y luego de huir hacia la frontera.

En marzo del 2016, producto de mi visita al Ministerio de Defensa de Bolivia, ubicado en La Paz, se logró contar con un informe oficial donde se detallaba el accionar del imputado mientras realizaba su servicio militar, y corroborar que en la fecha del asesinato de ambos Carabineros se encontraba en servicio para la erradicación del excedente de hoja de coca en la zona de Los Yungas, sin embargo el documento fue desestimado por el Ministerio Público por no contar con una serie de timbres que le diese validez como documento oficial.

**Ser indígena y migrante en el sistema penal chileno**

Los cuatros casos descritos anteriormente tienen en común la aplicación de una serie de representaciones y estereotipos por parte de la institucionalidad penal, respecto de lo indígena y lo migrante, lo que no se escapa del propio defensor público. Nos encontramos con una visión dominante de negación e invisibilización de lo indígena, simbolizando lo salvaje, lo negativo, lo exótico, lo precario pero también lo extranjero. Son sujetos que se encontraría en una suerte de inferioridad moral, naturalizándose su condición de sujetos expuestos a situaciones penales, tanto por desconocimiento de la normatividad de la sociedad nacional como por el hecho de ser indígenas y extranjeros. Es así que en el caso de homicidio simple el imputado es percibido como un mal padre por supuestamente abandonar al hijo o en el homicidio calificado donde se desvalida un documento por porvenir de una fuente no confiable, de una institución boliviana.

Por otra parte nos encontramos con la esencialización de lo indígena como un sujeto en situación de aislamiento geográfico y de deprivación cultural, argumento que es utilizado por el Ministerio Público para cuestionar la condición de indígena del imputado por utilizar servicios públicos, tener cuenta corriente, teléfonos celulares. Existe un caso emblemático en Arica, el de Gabriela Blas, aymara chilena, acusada de homicidio simple por la muerte de su hijo, supuestamente por una caída cuando buscaba un llamo que había arrancado mientras pastoreaba. Los argumentos del Ministerio Público para deslegitimar la teoría del caso de que su comportamiento se adecuaba a las pautas de crianza aymara, es que usaba celular, toallas higiénicas y que había demandado a un empleador en la inspección del trabajo, todos elementos que daban cuenta de una vida moderna y no indígena.

Los indígenas son reconocidos como tales en la medida que se compruebe esta situación de deprivación, en tanto sujeto campesino, pobre y carente, pero a su vez por el cumplimento de ciertos rasgos culturales inalterables, como poseer apellidos indígenas, ser hablante de lengua indígena o habitar en una comunidad. Para muchos de los jueces que se enfrentan a este tipo de causa el hecho de que un imputado indígena viaje, viva o haya vivido en una ciudad es considerado como un elemento de pérdida de la calidad indígena.

**Comentarios de cierre**

En el actual sistema de justicia chileno prevalece la idea de que todo elemento vinculado a la diversidad cultural es un factor de riesgo, tanto interna como externamente, ya que no se ajustaría al derecho penal nacional, y por ende a la normatividad hegemónica (Giordano, 2010; Lachenal, 2008). Bajo esta premisa se nos plantea que no todas las culturas son válidas, algunas son “deficitarias”, como las indígenas pero sobre todo además si son extranjeras.

“En las sociedades actuales se observa una tendencia a hacer absolutas las culturas locales, regionales y nacionales con objetivos políticos, nacionalistas e independentistas, o simplemente con finalidades de reforzamiento de la propia identidad, en un marco de luchas políticas y de redistribución del poder” (García, Pulido y Montes, 1993, p.13).

La dimensión cultural no ha sido central para la construcción del sistema normativo judicial, ni tampoco ha sido considerado como un factor relevante para el Estado en general, limitándose en la mayoría de los casos a una mera generalización descriptiva, y no a la incorporación de fondo de otras matrices de entendimiento, imponiéndose exclusivamente el modelo dominante, caracterizado por la hegemonización de ciertas prácticas culturales. Esta dinámica ha invisibilizado el carácter de construcción cultural de la Ley y los marcos situados en que ha sido creada.

“La ley (penal) es un fenómeno cultural al igual que el delito que persigue y condena. La ley es, además, un conjunto de sentidos que se ponen en juego, usan y ejercitan. La aplicación del Código Penal no se reduce a proporcionar parámetros de castigo para determinadas infracciones; es, también, la legitimación de los sentidos sociales que se otorgan a los valores humanos más preciados, en tiempos y lugares históricamente determinados” (Kalinsky, 2002, p,32).

**Bibliografía**

Defensoría Penal Pública (2008). *La defensa de imputados indígenas en la Defensoría Penal Pública*.

Recuperado de:

<http://www.dpp.cl/resources/upload/7b2bbb2dab6e978eda31ebf9f61ea010.pdf>

Defensoría Penal Pública. (2013). Informe de jurisprudencia defensa de migrantes. Recuperado de:

<http://www.dpp.cl/resources/upload/1d89ca362f89b6fe020b7b7df6c69d99.pdf>

García, J., Pulido, R. y Montes, A. (1993). La educación multicultural y el concepto de cultura. *Revista Iberoamericana de Educación.*

Recuperado de: <http://rieoei.org/oeivirt/rie13a09.htm>

Giordano, C. (2010). Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales. Sistema de control penal y diferencias culturales. *Anuario de Derecho Penal*.

Recuperado de:

<http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_11.pdf>

Kalinsky, B. (2003). Antropología y derecho penal. Cinta moebio, *16*, pp. 25-37.

Lachenal, C. (2008). Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México. En R. Huber, J. Martínez, C. Lachenal y A. Rosembert (Coord.). *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (pp. 187-200). Bogotá, Colombia: Editorial Konrad Adenauer Stiftung.