



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

**PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN CHILE
ANÁLISIS DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO
COMPARADO**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

AUTOR:

CARLO CÉSAR PÉREZ BASAURE

PROFESORA GUÍA:

SALVADOR MILLALEO HERNÁNDEZ

SANTIAGO DE CHILE

2024

A mi abuela Isabel y a mi abuelo Raúl, por el cariño entregado

*Agradezco especialmente el apoyo de mi madre y de mi padre, de bellas
amistades, de María Antonieta y la compañía de Alina*

Agradezco igualmente la ayuda de Carlos Guerrero y de Marcelo Gaete

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO 1. PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN CHILE	19
1.1. SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO.....	21
1.1.1. HISTORIA DEL SISTEMA PENITENCIARIO	21
1.1.2. MARCO NORMATIVO DEL SISTEMA PENITENCIARIO	26
1.1.2.1. ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS.....	28
1.1.2.2. REGÍMENES PENITENCIARIOS	30
1.1.2.3. DERECHOS DE LOS INTERNOS.....	31
1.1.2.4. REINSERCIÓN SOCIAL.....	32
1.2. CONDICIONES CARCELARIAS DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA	34
1.2.1. DIAGNÓSTICO DE LA POBLACIÓN GENERAL	35
1.2.2. DIAGNÓSTICO DE LA POBLACIÓN INDÍGENA.....	40
1.3. PROBLEMÁTICA DEL IMPACTO DEL ENCARCELAMIENTO EN LAS PERSONAS INDÍGENAS EN LA ACTUALIDAD	55
1.3.1. RESPUESTA DEL PODER EJECUTIVO.....	58
1.3.1.1. RESOLUCIÓN EXENTA N°3925 DE GENDARMERÍA DE CHILE	59
1.3.1.2. DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONALES EN MATERIA CULTURAL Y RELIGIOSA EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS.....	61
1.3.1.3. MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS N° 518 Y CONSULTA INDÍGENA.....	65
1.3.2. RESPUESTA DEL PODER LEGISLATIVO	71
1.3.2.1. COMISIONES ESPECIALES INVESTIGADORAS DE LA CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS.....	73
1.3.3. RESPUESTA DEL PODER JUDICIAL	78
1.3.3.1. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES SUPERIORES.....	78

CAPÍTULO 2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD.....	81
2.2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD SEGÚN LA OC 29/22.....	84
2.2.1. EL ESTADO SE ENCUENTRA EN UNA POSICIÓN ESPECIAL DE GARANTE DE LOS DERECHOS DE TODA PERSONA QUE SE HALLE BAJO SU CUSTODIA	85
2.2.2. EL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL TRATO DEBIDO A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD	86
2.2.3. LA PROHIBICIÓN Y PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES.....	86
2.2.4. LA REINSERCIÓN DE LOS CONDENADOS COMO FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN DE LA PENA	87
2.2.5. EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.....	88
2.2.6. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	89
2.2.7. EL ACCESO A SERVICIOS BÁSICOS PARA UNA VIDA DIGNA EN PRISIÓN.....	91
2.2.8. EL CESE DE LA CONTINUIDAD DE LA SITUACIÓN GENERALIZADA DE SOBREPoblACIÓN Y HACINAMIENTO	92
2.2.9. GESTIÓN PENITENCIARIA BASADA EN EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS	92
2.3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LAS PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD SEGÚN LA OC 29/22.....	93
2.3.1. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	94
2.3.2. LA PREFERENCIA DE PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN RESPECTO DE LAS PERSONAS INDÍGENAS	94
2.3.3. LA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD	96
2.3.4. EL USO DE LA LENGUA INDÍGENA DURANTE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE REINSERCIÓN E INTEGRACIÓN CULTURALMENTE ADECUADAS.....	98

2.3.5. LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD	99
CAPÍTULO 3. PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN AMÉRICA LATINA ...	101
3.1. ANTECEDENTES GENERALES	102
3.1.1. PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA	102
3.1.1.1. SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA.....	104
3.1.2. SISTEMAS PENITENCIARIOS EN AMÉRICA LATINA	110
3.2. DERECHO COMPARADO.....	112
3.2.1. PERÚ	114
3.2.1.1. REGLAMENTO DEL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL.....	114
3.2.1.2. POLÍTICA NACIONAL PENITENCIARIA AL 2030 Y PLAN ESTRATÉGICO MULTISECTORIAL	115
3.2.1.3. ACCIONES IMPLEMENTADAS POR EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO.....	116
3.2.1.4. POLÍTICA DE TRANSVERSALIZACIÓN DEL ENFOQUE INTERCULTURAL..	117
3.2.2. PARAGUAY	117
3.2.2.1. CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL Y PROTOCOLO DE ATENCIÓN PARA PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD.....	118
3.2.3. ECUADOR.....	119
3.2.3.1. REGLAMENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE REHABILITACIÓN SOCIAL..	120
3.2.3.2. SENTENCIA Nº 112-14-JH/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.....	122
3.2.4. COLOMBIA	124
3.2.4.1. CÓDIGO PENITENCIARIO Y ENFOQUE DIFERENCIAL	125
3.2.4.2. DIAGNÓSTICO DE LAS PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN COLOMBIA.....	126

3.2.4.3. RUTAS DE INGRESO DE LAS PERSONAS INDÍGENAS A LAS CÁRCELES COLOMBIANAS.....	127
3.2.4.4. CENTROS DE ARMONIZACIÓN INDÍGENAS	128
3.2.4.4. PROPUESTAS PARA EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO COLOMBIANO	131
3.2.5. CUADRO RESUMEN COMPARATIVO Y HALLAZGOS.....	133
CONCLUSIONES.....	138
BIBLIOGRAFÍA.....	148

RESUMEN

La problemática del impacto del encarcelamiento en la identidad e integridad cultural de las personas indígenas es un tema que, en Chile, ha adquirido cierta visibilidad en los últimos años, a raíz de la denuncia de algunos presos mapuche sobre la falta de reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de las personas indígenas en la normativa del sistema penitenciario. Durante el segundo gobierno de Sebastián Piñera y en el actual de Gabriel Boric se han implementado medidas institucionales para avanzar en el reconocimiento de estos derechos. No obstante, ciertos sectores políticos han intentado instalar la idea de que no se trata de derechos sino de privilegios que atentan contra la igualdad ante la ley.

En este contexto, se indaga en las condiciones carcelarias en Chile, observando que la precariedad de las cárceles afecta desproporcionadamente a los miembros de pueblos indígenas, ya que sus formas de vida y cosmovisión no son protegidas en estos establecimientos. El limitado acceso a la medicina tradicional, las dificultades para practicar el culto o la espiritualidad y la falta de actividades de reinserción social culturalmente adecuadas, entre otros problemas, dan cuenta de que los derechos de estas personas no son respetados ni garantizados en el sistema penitenciario, agravando los procesos de asimilación cultural forzada que históricamente han afectado a los pueblos indígenas.

Esta problemática se analiza desde los avances recientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha establecido el deber de los Estados de aplicar enfoques diferenciados para proteger los derechos de las personas privadas de libertad de mayor vulnerabilidad. Asimismo, el análisis se complementa con la experiencia de cuatro países de América Latina, donde los Estados han adoptado medidas positivas para garantizar los derechos de las personas indígenas en las cárceles. Se concluye que el sistema penitenciario chileno resulta ser el más insuficiente en esta materia, por lo que el Estado podría beneficiarse de algunos de los aportes destacados en el derecho comparado.

INTRODUCCIÓN

No existen registros de que la privación de libertad como medida para sancionar las conductas reprochables haya sido aplicada por los pueblos indígenas del continente americano, o *Abya Yala*. Esta práctica llegó con los sistemas de justicia occidentales que impusieron los imperios europeos a partir del siglo XVI en los territorios habitados por los pueblos indígenas. Así, las primeras experiencias de las personas indígenas con la privación de libertad ocurrieron bajo la dominación de los regímenes coloniales. Posteriormente, con la conformación de los Estados nacionales a partir del siglo XVIII, esta medida continuó utilizándose contra las personas indígenas, bajo la justificación de una legitimidad que estos Estados se adjudicaron unilateralmente para imponer sanciones penales. Debido al impacto que el encarcelamiento genera en la identidad e integridad cultural de las personas y pueblos indígenas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce actualmente a las personas indígenas privadas de libertad como sujetos de derechos de especial protección.

Las causas de esta privación de libertad no pueden reducirse al simple hecho de la aplicación de sanciones penales a miembros de pueblos indígenas que quebrantan las normas establecidas por los Estados. El encierro carcelario que experimentan las personas indígenas debe entenderse desde el contexto de violencia estructural que afecta a los pueblos indígenas. De este modo, las causas de esta privación de libertad pueden rastrearse en dos fenómenos históricos que constituyen expresiones profundas de dicha violencia.

Por un lado, el éxito de la dominación ejercida por los Estados nacionales y la cultura hegemónica, dirigida a someter política y culturalmente a los pueblos indígenas, y por otro, el fracaso de las políticas de integración adoptadas por estos mismos Estados, orientadas a que las personas indígenas accedan a las condiciones de desarrollo cultural, social y económico de la sociedad occidental. Estos

fenómenos, en mayor o en menor medida, han estado presentes en todos los países del *Abya Yala*.

La dominación ejercida contra estos pueblos como causa estructural de la privación de libertad de las personas indígenas ha sido explícitamente política e implícitamente cultural. En ambos casos, el sometimiento de los pueblos indígenas ha sido un fenómeno exitoso para los Estados nacionales y la cultura hegemónica en los últimos dos siglos.

En primer lugar, ha sido explícitamente política, por cuanto los Estados han desplegado dentro de las estrategias de control sobre los pueblos indígenas el uso de los sistemas penales para castigar aquellas conductas que amenazan el orden político, social o económico dominante. En este sentido, la privación de libertad se ha usado para controlar las expresiones políticas de los pueblos indígenas en defensa de sus culturas, tierras, territorios y autonomías. En los últimos años, este problema se ha visibilizado a través del concepto de criminalización de los pueblos indígenas¹.

En segundo lugar, la dominación ha sido implícitamente cultural, ya que los Estados y la cultura hegemónica han desplegado procesos de asimilación cultural forzada a través de los cuales se han suprimido las identidades de las personas y pueblos indígenas para ser superpuestas por otras identidades culturales. Han sido procesos fundamentados en la ideología de la superioridad de las culturas europeas respecto de las culturas indígenas. La imposición de la religión y la educación occidental son ejemplos de los mecanismos que han sido utilizados en los proyectos de los Estados nacionales para transformar las identidades indígenas².

Asimismo, la imposición del sistema jurídico y de justicia occidental a las personas y pueblos indígenas es un ejemplo del proceso de asimilación cultural

¹ NACIONES UNIDAS. 2018. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/39/17. NACIONES UNIDAS. 2024. Informe del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. E/C.19/2024/6.

² Las dinámicas de transformación de las identidades indígenas producidas bajo la dominación cultural occidental se pueden analizar desde las teorías poscoloniales y decoloniales de la mano de autores como Pablo González Casanova, Fausto Reinaga, Silvia Rivera Cusicanqui y Aníbal Quijano, entre otros.

forzada a través del cual se han suprimido las instituciones de los pueblos indígenas, en este caso, los sistemas jurídicos y de justicia indígena³. Por tanto, la privación de libertad de las personas indígenas ha sido una consecuencia implícita de la dominación cultural, al ser una medida que se ha impuesto por la cultura hegemónica producto de un proceso histórico de anulación de las identidades e instituciones de los pueblos indígenas.

Por otro lado, como señalamos, el fracaso de las políticas de integración adoptadas por los Estados también se puede entender como una causa estructural de la privación de libertad de las personas indígenas. Los Estados no solo han buscado someter a los pueblos indígenas, también han buscado su integración pacífica en la vida social, proceso que ha tenido lugar desde el siglo pasado de la mano de las corrientes indigenistas. En este caso, sin que pierdan necesariamente su identidad, las personas indígenas son integradas a la sociedad mayoritaria con la finalidad de que accedan a la cultura hegemónica y a los bienes y servicios que ofrece el sistema económico dominante.

Sin embargo, como dan cuenta los indicadores socioeconómicos en gran parte de los países del continente, las personas indígenas suelen representar los segmentos sociales más empobrecidos⁴, por lo que las políticas de integración no han logrado revertir las condiciones materiales de los pueblos indígenas, disminuidas desde el periodo colonial por el impacto del sometimiento sobre sus propios desarrollos productivos, lo que está relacionado con el despojo territorial y el proceso de migración campo ciudad que han padecido. Además, la desigualdad y la exclusión social basada en la discriminación étnica, son factores que han repercutido fuertemente en el fracaso de la integración de este grupo social al proyecto unificador de los Estados nacionales.

³ STAVENHAGEN, Rodolfo. 1988. Derecho indígena y derechos humanos en América Latina. YRIGOYEN, Raquel. 2012. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista.

⁴ CEPAL y FILAC. 2020. Los pueblos indígenas de América Latina - Abya yala y la agenda 2030 para el desarrollo sostenible: Tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial.

Siguiendo con esta idea, entenderemos que, dada la relación que existe entre los niveles de pobreza y exclusión social con la criminalidad y la privación de libertad, la segregación social de las personas indígenas es un factor que incide en la tasa de criminalidad y en la tasa de privación de libertad de las personas indígenas. Los casos de sobrerrepresentación de la población carcelaria indígena en países como Canadá⁵, Nueva Zelanda⁶ o Australia⁷ dan cuenta claramente de este fenómeno, donde, habiendo una población indígena minoritaria en la sociedad, ha tenido una mayor presencia en las cárceles en proporción a la población no indígena mayoritaria.

La privación de libertad de las personas indígenas puede problematizarse no solo a partir de las causas estructurales que hemos señalado, sino que también, como ha ocurrido en los últimos años, pueden problematizarse sus consecuencias. En diferentes países del mundo se ha visibilizado el impacto que genera la privación de libertad en la identidad e integridad cultural de las personas y pueblos indígenas. Especialmente, se ha visibilizado el impacto que genera aquella forma de cumplimiento de la privación de libertad que ocurre dentro de los muros de los recintos carcelarios.

La mayoría de las cárceles presentan condiciones críticas de encierro en todos los países del continente⁸. La sobrepoblación y el hacinamiento generalizado son factores que dificultan el tratamiento de las personas privadas de libertad. En este contexto, los sistemas penitenciarios y las penas privativas de libertad no logran cumplir con la tarea de reinsertar en la sociedad a las personas condenadas como

⁵ CHARTRAND, Vicki. 2019. Unsettled Times: Indigenous Incarceration and the Links between Colonialism and the Penitentiary in Canada.

⁶ NACIONES UNIDAS. 2023. Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre el séptimo informe periódico de Nueva Zelanda. CAT/C/NZL/CO/7. Párrafo 31.

⁷ NACIONES UNIDAS. 2017. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a su visita a Australia. A/HRC/36/46/Add.2. Párrafo 66 a 86.

⁸ CIDH. 2011. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. FUCHS, Marie-Christine y GONZÁLES, Leonel. 2021. Sistemas penitenciarios y ejecución penal en América Latina. Una mirada regional y opciones de abordaje.

se refleja en las altas tasas de reincidencia. Además, existen sendas investigaciones que dan cuenta de los efectos que tiene el encarcelamiento más allá de la privación de la libertad personal, algunos de los cuales se refieren a problemas psicológicos, prisionización, deterioro de las relaciones familiares y sociales, estigmatización y exclusión social⁹. En la práctica, las condiciones de encarcelamiento transforman la privación de libertad en una medida mucho más gravosa. Así también, se terminan afectando más derechos que el derecho a la libertad personal.

Las condiciones de encierro y los efectos del encarcelamiento terminan afectando todavía más a grupos de personas privadas de libertad, que por su condición o situación, tienen particularidades y necesidades propias, como es el caso de las mujeres (en especial las embarazadas y cuidadoras), las personas de la diversidad sexual, las personas mayores, las personas migrantes y las personas indígenas, entre otros grupos. Esto se debe a que las cárceles y el tratamiento penitenciario suelen estar diseñados para una población penal con características homogéneas.

El impacto que genera el encarcelamiento en la identidad e integridad cultural de las personas y pueblos indígenas ha sido problematizado desde los propios pueblos indígenas, también desde instituciones de derechos humanos, investigaciones académicas y organismos internacionales¹⁰. En general, este impacto se relaciona con el hecho de que los sistemas penitenciarios no reconocen las particularidades y necesidades propias de las personas indígenas durante la privación de libertad.

⁹ Autores como Donald Clemmer, Gresham Sykes, Craig Haney, Bruce Western, Michelle Alexander, Loïc Wacquant, Michael Foucault, Angela Davis, Iñaki Rivera, Jesús Valverde y Raúl Zaffaroni, entre muchos otros, han desarrollado importantes estudios sobre los efectos del encarcelamiento, desde perspectivas sociológicas, psicológicas y jurídicas.

¹⁰ BENITEZ, Christian, et al. 2017. Fueros constitucionales y derecho penal: resocialización de indígenas en prisión. CRUZ, Michael, et al. 2020. Indígenas en prisión. La imposición estatal de la cárcel y el deber de respetar la justicia indígena en Colombia. CÓRDOVA, Machi Celestino, et al. 2019. Demandas y propuestas elaboradas por los presos políticos mapuche centro penitenciario de Temuco, equipos técnicos, profesiones, académicos, organizaciones de derechos humanos y afines. ROYO, Manuela. 2020. Libertad religiosa y pluralismo cultural: nuevos desafíos del derecho penitenciario.

Entre las expresiones de la identidad e integridad cultural que se ven afectadas por la privación de libertad se encuentran el acceso a la medicina tradicional (por ejemplo a través del uso de plantas y del tratamiento de parte de personas que ejercen roles medicinales), el acceso a la alimentación tradicional, el uso de la lengua y de la vestimenta tradicional, el acceso a los vínculos familiares, comunitarios y territoriales, y la posibilidad de ejercer la espiritualidad. Esta última expresión tiene una importancia especial, por cuanto la espiritualidad es una dimensión de la integridad cultural que fundamenta buena parte de las prácticas culturales de los pueblos indígenas. De ahí también que el impacto del encarcelamiento resulta complejo por el hecho de que separa a las personas indígenas de su territorio y comunidad, lugares tradicionales donde yacen las representaciones simbólicas para el ejercicio de su espiritualidad y cosmovisión indígena.

Desde el punto de vista de la reinserción social, las particularidades culturales de las personas indígenas tampoco son consideradas, ya que las actividades relacionadas con la educación, el trabajo y la religión que se ofrecen para el tratamiento de la población penal se enmarcan en el contexto de la cultura dominante. Como consecuencia, la política de reinserción social omite que en el caso de la población indígena, las actividades deben poder orientarse a la protección de la identidad e integridad cultural, así como al fortalecimiento de las relaciones familiares y comunitarias indígenas, con el objetivo de prevenir los procesos de aculturación y asimilación cultural forzada que se dan en los recintos carcelarios.

También resulta complejo el impacto del encarcelamiento en las familias y comunidades indígenas, ya que los vínculos colectivos, las tradiciones culturales e incluso la economía se ve impactada con la ausencia de alguno de sus miembros. Asimismo, la integridad cultural del pueblo se puede ver amenazada por el desequilibrio que genera la alienación carcelaria en la salud de la persona que regresa de la cárcel. Aún más, en el caso de los roles tradicionales que ejercen funciones comunitarias, la privación de libertad les impide cumplir con los deberes

medicinales, espirituales o políticos que prestan en su comunidad, que puede terminar afectada, por ejemplo, por la falta de acceso a la medicina tradicional impartida por una autoridad espiritual, o por la falta de acceso a la justicia propia impartida por una autoridad política.

Dado que las consecuencias del encarcelamiento afectan desproporcionadamente a las personas indígenas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ido desarrollando estándares para que los Estados les entreguen protección, respetando y garantizando el reconocimiento de sus derechos. Ya desde la celebración del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989 se reconoce que los miembros de los pueblos indígenas tienen derecho a que cuando sean procesados penalmente, los Estados deben dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento, y que, respecto de la imposición de sanciones penales en general, deben tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

A su vez, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó recientemente la Opinión Consultiva 29/22, mediante la cual delimita el contenido y alcance de las obligaciones internacionales de los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos de determinados grupos de personas privadas de libertad, dentro de los cuales se encuentran las personas indígenas. Estos avances han sido coherentes con el esfuerzo de los organismos internacionales y de los mismos pueblos indígenas de proteger y promover sus derechos a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Tomando en cuenta estos antecedentes generales, nos preguntamos lo siguiente: ¿cuál es la situación de las personas indígenas privadas de libertad en Chile, con respecto a la problemática del impacto del encarcelamiento en su identidad e integridad cultural, considerando los avances del Derecho Internacional? Agregando a lo anterior, también nos preguntamos: ¿cuál es la situación en otros

países?, ¿han reconocido otros Estados de la región los derechos de las personas indígenas privadas de libertad?

A partir de estos cuestionamientos, en la presente investigación nos proponemos como objetivo general indagar la situación de las personas indígenas privadas de libertad en Chile, para ser analizada desde el Derecho Internacional, en especial de los últimos desarrollos del Sistema Interamericano. Asimismo, nos proponemos como objetivo específico indagar la situación de las personas indígenas privadas de libertad en otros países del *Abya Yala*, para conocer las medidas que algunos Estados han adoptado en la protección de la identidad e integridad cultural de este grupo y contrastarlas con el caso chileno.

La metodología de esta investigación será de tipo documental, a partir de la cual, se revisará distinta bibliografía relacionada con la privación de libertad, sistemas penitenciarios, derechos humanos, pueblos indígenas y derecho comparado en materia de personas indígenas privadas de libertad. Principalmente, se tratará de una investigación descriptiva con base en distintas fuentes, provenientes de investigaciones académicas, informes públicos, jurisprudencia y normas jurídicas, con la cual se pretende arribar a una propuesta de análisis conclusiva sobre la situación de las personas indígenas privadas de libertad en Chile en la actualidad.

Valorando el aporte de los derechos humanos como herramienta política y jurídica, para la configuración de condiciones sociales más inclusivas y pacíficas en el contexto de los Estados contemporáneos, en esta investigación, se emplearán los estándares de derechos humanos para evaluar la brecha entre la situación actual de las personas indígenas privadas de libertad en las cárceles chilenas y la forma en que el Estado chileno cumple con las obligaciones internacionales de derechos humanos que ha asumido en esta materia. Por su lado, valorando el aporte de la experiencia del derecho comparado, se identificarán las medidas adoptadas en otros Estados de la región, las que serán contrastadas con el caso chileno, con el objetivo de nutrir el análisis conclusivo de esta investigación.

Así, para el desarrollo de este trabajo, se propone una estructura de tres capítulos. En el primer capítulo se indagará la situación de las personas indígenas privadas de libertad en Chile. El marco documental abordará tres asuntos, el sistema penitenciario, las condiciones carcelarias de la privación de libertad y la problemática del encarcelamiento en las personas indígenas en la actualidad.

En el segundo capítulo se describirán los estándares internacionales de derechos humanos en materia de las personas indígenas privadas de libertad, para lo cual se sintetiza el contenido del principal instrumento normativo que especifica las obligaciones estatales en esta materia, la Opinión Consultiva 29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instrumento que corresponde ser aplicado por el Estado chileno en virtud del control de convencionalidad preventivo que debe ejercer dentro de su ordenamiento jurídico.

En el tercer capítulo se indagará el panorama en la región de América Latina sobre la situación actual de los pueblos indígenas, de sus sistemas de justicia y de la situación de los sistemas penitenciarios, para tener un contexto amplio del estudio de los casos del derecho comparado. Los casos que se estudiarán son Perú, Paraguay, Ecuador y Colombia. Si bien en un principio el objetivo fue indagar distintos países a lo largo del continente americano, la pesada carga de esa tarea derivó en que se privilegiaran estos cuatro países situados en la región de Sudamérica.

CAPÍTULO 1. PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN CHILE

Como expusimos en la introducción, la cuestión de la privación de libertad de las personas indígenas puede ser problematizada a partir de sus causas y también de sus consecuencias. En cuanto a las primeras, en Chile se ha visibilizado el uso político del sistema penal por parte del Estado para perseguir a personas y comunidades indígenas en el contexto de la causa mapuche a partir de la década del noventa, a partir de lo cual, centenares de personas mapuche han sido privadas de libertad en las cárceles chilenas¹¹. También se ha visibilizado, en menor medida, la asimilación cultural que ha significado la imposición del sistema jurídico estatal sobre los sistemas jurídicos indígenas. En este caso, se ha investigado la forma en que ciertas conductas que no resultan reprochables dentro de la cultura y los sistemas jurídicos indígenas han sido castigadas con penas privativas de libertad por representar delitos para el derecho estatal y la cultura hegemónica¹².

Por otro lado, poco se ha investigado respecto de los efectos que ha tenido la imposición del sistema de justicia estatal en la vigencia de los sistemas de justicia indígena, en relación con la aplicación de medidas privativas de libertad que no son aplicadas por los pueblos indígenas en Chile¹³. Igualmente, poco se ha ahondado en los efectos en las tasas de encarcelamiento que ha tenido el empobrecimiento de los pueblos indígenas como consecuencia de la dominación ejercida por el Estado chileno sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, y como consecuencia del fracaso de las políticas de integración social¹⁴.

¹¹ AYLWIN, José, et al. 2013. Los pueblos indígenas y el derecho. p. 310 a 313. VILLEGAS, Myrna. 2013. Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social, con especial referencia a los indígenas. CORTE IDH. 2024. Caso Huilcamán Paillama y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. CORTE IDH. 2014. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.

¹² ROYO, Manuela. 2015. Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad. CHÁVEZ, Nicole. 2018. Entrevista Nancy Yáñez sobre el caso Gabriela Blas.

¹³ VILLEGAS, Myrna y MELLA-SEGUEL, Eduardo. 2017. Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile.

¹⁴ En esta parte destacamos el estudio de Grau y Rivera que da cuenta de un patrón de discriminación en la aplicación de la prisión preventiva respecto de las personas de más bajos ingresos y las personas mapuche, que además incide en la perpetuación de la pobreza dado el impacto del encarcelamiento en el campo laboral.

No obstante, a pesar de que estas líneas de investigación resultan relevantes para entender las causas profundas de por qué las personas indígenas llegan a experimentar la privación de libertad en Chile, relacionadas con el contexto de violencia estructural que afecta a los pueblos indígenas, en este trabajo nos enfocaremos en las consecuencias de la privación de libertad, ya que el impacto del encarcelamiento en las personas indígenas así como en otros grupos especiales, es una problemática que se ha visibilizado recientemente en los contextos penitenciarios por parte de los mismos pueblos indígenas e incluso de algunos órganos del Estado.

Para abordar esta problemática, indagaremos la situación de las personas indígenas privadas de libertad en Chile desde tres dimensiones. En primer lugar, estudiaremos el sistema penitenciario chileno, por ser el contexto material y normativo de la privación de libertad. Revisaremos sus antecedentes históricos, que nos ilustran así también la historia de la privación de libertad y de la cárcel. Además, revisaremos sus antecedentes normativos vigentes en la actualidad, especialmente, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518.

En segundo lugar, expondremos las condiciones carcelarias de la privación de libertad, para lo cual daremos cuenta de los resultados de diferentes informes que se han realizado en Chile, que han aportado un diagnóstico tanto respecto de la población penitenciaria general, como de la población penitenciaria indígena. Esta parte nos permitirá conocer las razones por las cuales el encarcelamiento genera un impacto desproporcionado para las personas privadas de libertad y más aún para las personas indígenas, entre otros grupos de personas privadas de libertad.

En tercer lugar, ahondaremos en el desarrollo que ha tenido esta problemática en Chile en la actualidad. Nos referiremos a las tensiones políticas que

GRAU, Nicolás y RIVERA, Jorge. 2018. Discriminación e impacto negativo de la prisión preventiva en la vida de las personas. También destacamos el estudio de Lillo que da cuenta de un problema de sobrerrepresentación carcelaria de las personas indígenas imputadas, que en relación al estudio anterior, se explicaría por la discriminación étnica y socioeconómica que se presenta en la aplicación de la prisión preventiva. LILLO, Rodrigo. 2019. El impacto de la prisión preventiva en las personas indígenas.

se han suscitado entre personas mapuche privadas de libertad y la institucionalidad estatal, así como la forma en que el Estado chileno ha abordado este problema en los últimos años, desde el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. En cuanto a la respuesta del Ejecutivo, nos detendremos en distintos hitos institucionales que han sido impulsados tanto por el gobierno de Sebastián Piñera como por el gobierno de Gabriel Boric desde el año 2020 a la actualidad, momento en el que se está desarrollando una consulta indígena sobre la modificación del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518, por cuanto constituyen primeros avances en el reconocimiento de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad en Chile.

1.1. SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO

1.1.1. HISTORIA DEL SISTEMA PENITENCIARIO

Siguiendo a León, a partir de la conquista, con la incorporación del territorio chileno al imperio español, se organizaron las primeras instituciones encargadas de representar el poder de la monarquía en el reino de Chile. La Real Audiencia y el Cabildo fueron las instituciones encargadas de la nueva administración de justicia, las que extendieron su competencia en territorios habitados por pueblos indígenas. Justamente, las primeras prisiones fueron establecidas bajo la administración del Cabildo. En ese entonces, el uso de la prisión tuvo principalmente una función cautelar, para asegurar la presencia de la persona infractora en el procedimiento hasta el término del juicio. En algunos casos, además de las penas corporales y la pena de muerte que la autoridad podía establecer, también se mantenía el encierro en la prisión cuando se trataba de condenados peligrosos¹⁵. En este contexto, es que personas pertenecientes a pueblos indígenas muy probablemente hayan tenido su primer contacto con la privación de libertad en Chile, bajo el dominio del imperio español.

¹⁵ LEÓN, Antonio. 2019. Las moradas del castigo. Origen y trayectoria de las prisiones en el Chile republicano. p 35.

Antes de que la cárcel pasara a conformar parte importante del catálogo de penas, la administración de justicia española heredaba las características del derecho penal europeo del Antiguo Régimen. Este derecho se caracterizaba por la dureza de las penas corporales, la espectacularidad en torno a la ejecución de las penas, y la evidente discriminación hacia las personas más pobres como consecuencia de una sociedad profundamente estamental. En este contexto, los castigos impuestos por las autoridades españolas en el territorio chileno consistieron principalmente en la aplicación de penas corporales. La cárcel recién empezó a ser considerada como pena durante el siglo XVIII, con las transformaciones ilustradas que dieron lugar al nuevo derecho penal¹⁶.

Si bien los castigos corporales se mantuvieron en muchas legislaciones dentro del catálogo de penas de los códigos penales del siglo XIX, bajo la justificación de que servían como sanciones ejemplificadoras, desde el siglo XVIII en adelante, empezaron a tener mayor importancia las penas privativas de libertad. Esta transición se fue dando de la mano de los movimientos liberales de reforma penal que tuvieron lugar en Europa, que buscaban mejorar la administración de justicia y humanizar el derecho penal. La nueva penalidad propuesta pretendía una forma de castigo que dejara atrás los castigos corporales y humillantes, permitiendo la transformación del alma del infractor mediante el control de sus actos cotidianos a través de la privación de libertad junto con actividades que propiciaran su rehabilitación a la sociedad. La finalidad que empezaban a tener las penas es que éstas debían ayudar a corregir la conducta del infractor.

En este sentido, la cárcel, que tuvo una aplicación reducida como pena durante el periodo colonial, pasaba a convertirse en el centro de la política penal para el castigo de los infractores en los inicios de la República en Chile¹⁷. Los trabajos

¹⁶ El recorrido histórico de las prisiones, desde una perspectiva crítica, puede seguirse de la lectura de autores como Michel Foucault, David Garland, Georg Rusche y Otto Kirchheimer, entre otros.

¹⁷ Paralelamente, las autoridades de la época probaron otras formas de privación de libertad distintas de la prisión. Las experiencias penales de Juan Fernández, el presidio ambulante, y la colonia de Magallanes, fueron intentos que combinaron características punitivas del Antiguo Régimen, como el castigo corporal, la humillación

de los ingleses John Howard y Jeremías Bentham, fueron influyentes sobre cómo debía ser el modelo de las nuevas cárceles, las que debían permitir el control absoluto de los reclusos. La vigilancia constante y la clasificación de acuerdo con la edad, el sexo, o los tipos de delitos, tuvieron expresión en el proyecto panóptico de Bentham, sirviendo de guía para los reformadores de las prisiones durante el siglo XIX¹⁸. Estas nuevas ideas nutrieron el pensamiento de las autoridades chilenas de la época, sobre la política penal que debía garantizar la seguridad pública en la sociedad. Frente a esto, el régimen penitenciario se propuso como una solución ideal para abordar el problema de la criminalidad, propuesta que no se limitaba al encierro, sino que más bien, estaba pensado como un complejo sistema de vigilancia y rehabilitación de los infractores. Para los reformadores penales de América Latina, la penitenciaría fue concebida como un símbolo de la modernidad y la civilización.

Es así como el régimen penitenciario surge en Chile con la creación de la Penitenciaría de Santiago, en 1843, basado en modelos provenientes de Estados Unidos y Europa, teniendo como características centrales, el aislamiento de los presos en celdas individuales, la imposición de una disciplina común y la obligatoriedad del trabajo al interior de las prisiones junto con la asistencia religiosa como métodos para lograr la rehabilitación del infractor y el control de la criminalidad. Los esfuerzos de las autoridades, también se concentraron en lograr una mayor organización y eficacia de la administración carcelaria y centralizar su funcionamiento, por lo que estos principios correctivos buscaron ser extendidos al resto de las cárceles chilenas ubicadas en las diversas provincias del país.

A inicios del siglo XX, la administración carcelaria contará, en 1911, con un primer reglamento general para todas las cárceles, presidios y penitenciarías del país, y con el Cuerpo de Gendarmería de Prisiones, encargado de la custodia de los reclusos, mientras que su organización se intentará a través de la Dirección General

y el trabajo forzado, con las nuevas ideas penales. Por ejemplo, el presidio ambulante, consistió en carros en los que se exponía públicamente a los presos y que los conducían a trabajar en obras públicas.

¹⁸ LEÓN, Antonio. 2019. Las moradas del castigo. Origen y trayectoria de las prisiones en el Chile republicano. p. 179.

de Prisiones en 1930 y del Servicio de Prisiones para la década de 1960. Luego, encontramos una importante reformulación, en materia de formación de los funcionarios de las prisiones a mediados de la década de 1960, a través de un reglamento que incorpora los postulados generales de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas de 1955, reconociendo la importancia de los estándares internacionales en el mejoramiento del sistema penitenciario¹⁹. Finalmente, en 1975, el Servicio de Prisiones pasará a llamarse Gendarmería de Chile, nombre con el que se conoce en la actualidad a la institución encargada de la vigilancia y tratamiento de las personas reclusas en los establecimientos penales.

Por otro lado, la historia de la cárcel también es el inacabado problema de las condiciones carcelarias que han tenido las prisiones en Chile. Es desde los primeros establecimientos penales en el periodo colonial que se tienen registros de problemas relacionados con deficiencias normativas, económicas y de infraestructura, que se fueron transformando en el diagnóstico generalizado de la precariedad de las prisiones en Chile, presente durante todo el periodo republicano hasta la actualidad. Asimismo, el imaginario social de que las cárceles son lugares donde los infractores se vuelven más peligrosos, o que son “escuelas del crimen”, también ha estado presente a lo largo de la historia, contribuyendo a la discriminación y exclusión social de quienes han estado privados de libertad, anulando las posibilidades de la reinserción social. En este sentido, el proceso de reforma penal adoptado en la mitad del siglo XIX en Chile que postuló la idea de que las penas privativas de libertad, por medio de un nuevo régimen penitenciario, podrían contribuir a la rehabilitación del infractor, no pudo tener el éxito que se esperaba.

El nuevo régimen penitenciario estuvo tempranamente superado por la realidad social de una época donde la criminalidad se vio en aumento. El hacinamiento en las prisiones y la sobrepoblación de reclusos fueron problemas que

¹⁹ LEÓN, Antonio. 2019. Las moradas del castigo. Origen y trayectoria de las prisiones en el Chile republicano. p. 504.

la infraestructura carcelaria nunca logró superar. El modelo de la celda individual se frustró frente a la necesidad de encerrar a más personas, y la precariedad de las condiciones de encierro mermaron las posibilidades de la rehabilitación social. Las autoridades no asumieron que tanto la prevención del delito como la rehabilitación de los infractores una vez cumplidas sus condenas, debía ser una tarea conjunta entre el Estado y la sociedad civil. Finalmente, tampoco existieron controles efectivos para saber en qué medida se estaba logrando la rehabilitación como fruto de las medidas penitenciarias que contemplaban además de la disciplina, el trabajo, la educación y la asistencia religiosa de los reclusos.

En lo que respecta a los pueblos indígenas, no existen mayores antecedentes sobre la población penal correspondiente a personas indígenas en la historia de las prisiones. Los documentos oficiales de la actividad penitenciaria no distinguieron la presencia de personas indígenas dentro del régimen penitenciario, de lo que se desprende que probablemente fueran asimilados como chilenos. Por tanto, desconocemos cómo fueron en particular las condiciones carcelarias para esta población penal, y de qué manera les afectaron las actividades penitenciarias destinadas a la rehabilitación, que implicaron una fuerte concepción uniformadora dentro del proyecto de Estado nación a través del trabajo, la educación y la religión. Sin embargo, sabemos con claridad que especialmente en el caso del pueblo mapuche, desde mediados del siglo XIX, a partir del proceso de ocupación del Estado chileno del territorio mapuche, se desplegó dentro de las estrategias penales para controlar la criminalidad y asegurar la ocupación la creación de numerosas cárceles en la frontera. Por tanto, deducimos que miembros de pueblos indígenas muy probablemente fueron encerrados en las cárceles chilenas.

Por último, dentro de las características que encontramos en la historia de las prisiones, no podemos dejar de mencionar la estrecha relación que ha existido entre pobreza y criminalidad. Han sido los grupos sociales más empobrecidos quienes, desde las primeras prisiones hasta la actualidad, han integrado mayoritariamente las poblaciones penales en las cárceles. Bajo esta lectura, podemos constatar como

un patrón histórico el hecho de que la política del Estado se ha enfocado en emplear la cárcel como una herramienta penal preferente para abordar la criminalidad, perpetuando la pobreza, la desigualdad y la exclusión social.

1.1.2. MARCO NORMATIVO DEL SISTEMA PENITENCIARIO

La privación de libertad es una medida que afecta la libertad ambulatoria de la persona. En el sistema penal chileno ésta puede ser impuesta en el marco de un proceso penal como una medida cautelar de arresto domiciliario o de prisión preventiva, o como una pena de prisión, reclusión o presidio. Dentro de este sistema, estas penas constituyen la respuesta penal más frecuente frente a la criminalidad. Tanto la prisión preventiva como las penas privativas de libertad obligan a que la persona sometida al proceso penal cumpla con el tiempo de duración de la medida dentro de alguno de los establecimientos penitenciarios chilenos.

El sistema penitenciario es un conjunto de instituciones, normas y procedimientos encargados de administrar el cumplimiento de la privación de libertad. En Chile, la institución encargada del sistema penitenciario es Gendarmería de Chile, regulada en el Decreto Ley N° 2859 de 1979 que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile. De acuerdo a su artículo 1, "Gendarmería de Chile es un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que, por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley".

A partir de esta disposición se desprenden tres funciones que esta institución debe cumplir con respecto a las personas privadas de libertad, la custodia, atender los distintos subsistemas penitenciarios y contribuir a la reinserción social. Además, de acuerdo a su artículo 2, se trata de una institución jerarquizada, disciplinada y obediente. En efecto, se puede sostener que Gendarmería es en cierto modo una institución militarizada, cuestión que responde al deber que debe cumplir de asegurar la custodia de las personas privadas de libertad, por lo que la formación

del personal penitenciario está más inclinada a dicha función que a las otras de atención y de reinserción.

La principal norma que regula la actividad penitenciaria es el Decreto N° 518 de 1998 que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Esta norma regula los establecimientos penitenciarios, el régimen penitenciario, los derechos y obligaciones de los internos, el régimen disciplinario, las actividades y acciones para la reinserción social y la administración de los establecimientos penitenciarios. En su artículo 1 se establece que, "La actividad penitenciaria tendrá como fin primordial, tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas". Así, Gendarmería de Chile es la institución que asume la función de la administración penitenciaria y está encargada de toda la actividad penitenciaria.

Una de las críticas que se presenta respecto de este reglamento es que regula materias que son propias de ley. En virtud de que la persona no deja de ser sujeto de derecho por el hecho de estar privada de libertad, cuando es la regulación reglamentaria de la actividad penitenciaria la que dispone la limitación de sus derechos, se contraviene el principio de legalidad, ya que, siguiendo los estándares internacionales de derechos humanos, los derechos solo pueden ser limitados por una ley²⁰.

Por otro lado, existe una importante dispersión normativa en el sistema penitenciario chileno, lo que constituye otra crítica respecto del marco normativo penitenciario. Algunas de sus normas importantes son el Decreto Ley N° 321 que establece la Libertad Condicional para las Personas Condenadas a Penas Privativas de Libertad, el Decreto N° 943 que establece un Estatuto Laboral y de Formación para el Trabajador Penitenciario, el Decreto N° 703 sobre el Reglamento de

²⁰ ARRIAGADA, Isabel y ROCHOW, Diego. 2015. Privación de libertad en Chile: desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal. HORVITZ, María Inés. 2018. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?

Asistencia Religiosa en Establecimientos Penitenciarios y Similares, la Ley 19856 que crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la base de la Observación de Buena Conducta, y la Ley 18216 que establece Penas que Indica como Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad. A pesar de que todas estas normas abordan materias relacionadas con la reinserción social, no se han sistematizado dentro de un mismo cuerpo normativo, dificultando su conocimiento y aplicación.

En esta parte revisaremos el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios N° 518 en lo que respecta a las disposiciones sobre establecimientos penitenciarios, régimen penitenciario, derechos de los internos, y actividades y acciones para la reinserción social. Cabe señalar que en ninguna parte de este Reglamento se reconocen expresamente los derechos de las personas indígenas privadas de libertad. Asimismo, tampoco se reconocen en las otras normas que regulan las materias propias de la ejecución penal. La única excepción es la Resolución Exenta N° 3925 dictada por Gendarmería de Chile en el año 2020, que es una norma infra reglamentaria, que abordaremos más adelante.

1.1.2.1. ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

De acuerdo al inciso 1 del artículo 11 del Reglamento N° 518, "Se denominan genéricamente establecimientos penitenciarios, los recintos donde deban permanecer custodiadas las personas privadas de libertad en razón de detención y mientras están puestas a disposición del tribunal pertinente; las personas sometidas a prisión preventiva y las personas condenadas al cumplimiento de penas privativas de libertad, todas las cuales estarán sujetas a la atención, vigilancia y custodia de la administración penitenciaria, según corresponda".

Agrega el inciso 2, que son parte de esta denominación, "los establecimientos destinados al cumplimiento de las penas sustitutivas, los destinados al control de los beneficios legales y reglamentarios que se ejecuten en el sistema abierto, como, asimismo, las dependencias que brindan apoyo postpenitenciario a las personas que

hubiesen dado cumplimiento a su condena y las que supervisan y controlan la libertad condicional”.

Así, dentro de los tipos de establecimientos penitenciarios se encuentran: (i) aquellos destinados a la atención de detenidos y sujetos a prisión preventiva, que se denominan Centros de Detención Preventiva (CDP), (ii) establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad, es decir, para sujetos condenados en virtud de una sentencia firme y ejecutoriada, que se denominan Centros de Cumplimiento Penitenciario (CCP), los que podrán tener un régimen cerrado, semiabierto y abierto, (iii) centros penitenciarios destinados a la atención de mujeres, los cuales se llaman Centros Penitenciarios Femeninos (CPF), y (iv) aquellos centros que contemplan un determinado tipo de tratamiento de reinserción social, que se les conoce como Centros de Educación y Trabajo (CET), Centros Abiertos, Centros Agrícolas u otra denominación específica aprobada por la administración penitenciaria.

Por otro lado, respecto de aquellas personas que se están en el medio libre encontramos, (v) Centros de Reinserción Social (CRS), que son los encargados de seguir, asistir y controlar a las personas condenadas a cumplir la sanción penal en libertad, es decir, que se encuentran con alguna pena sustitutiva, y (vi) Centros de Apoyo para la Integración Social (CAIS), destinados a las personas que habiendo cumplido sus condenas, requieran de apoyo para su reinserción social, las personas condenadas que se encuentren haciendo uso del beneficio de libertad condicional y a quienes estén en proceso de eliminación de antecedentes penales.

De acuerdo al Compendio Estadístico Penitenciario de Gendarmería de Chile²¹, al año 2022 se encontraban operativos 164 establecimientos penitenciarios, de los cuales 80 corresponden a establecimientos del régimen cerrado, 21 a Centros de Educación y Trabajo, 41 a Centros de Reinserción Social y 22 a Centros de Apoyo para la Reinserción Social.

²¹ Gendarmería de Chile. 2022. Compendio estadístico penitenciario. p. 12.

Además, dentro del sistema penitenciario, los establecimientos se agrupan en diferentes subsistemas penitenciarios: (i) el subsistema cerrado, que se basa en el tratamiento de las personas que ingresan al sistema penitenciario privadas de libertad por disposición de los tribunales competentes, en aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, en cumplimiento de pena privativa de libertad o de una medida de apremio, (ii) el subsistema abierto, que contempla a las personas que ingresan condenadas por disposición de los tribunales competentes en cumplimiento de pena sustitutiva a la pena privativa o restrictiva de libertad, y (iii) el subsistema postpenitenciario, en el que participan personas que han egresado de los subsistemas cerrado o abierto y que han accedido a un control que les permite acceder a la eliminación de antecedentes prontuarios o a la conmutación del saldo de una pena privativa o restrictiva.

1.1.2.2. REGÍMENES PENITENCIARIOS

Se señala en el artículo 24 del Reglamento N° 518, que el régimen penitenciario “es el conjunto de normas y medidas destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que, por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados”. Este régimen de acuerdo al artículo 25, se debe sujetar a lo establecido a la Constitución Política de la República, así como a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, entre otras normas legales y reglamentarias afines del ordenamiento jurídico chileno.

Los tipos de regímenes penitenciarios regulan la actividad penitenciaria de los establecimientos que forman parte del subsistema cerrado. En este sentido, (i) el artículo 29 señala que, en los establecimientos de régimen cerrado, “los principios de seguridad, orden y disciplina, son los propios de un internado”. Aquí, todas las actividades son programadas, autorizadas y controladas por la administración penitenciaria, (ii) el artículo 30 indica que, “Los establecimientos de

régimen semiabierto se caracterizan por el cumplimiento de la condena en un medio organizado en torno a la actividad laboral y la capacitación, donde las medidas de seguridad adopten un carácter de autodisciplina de los condenados”, agregando el inciso 2, que son establecimientos que se caracterizan “por el principio de confianza que la administración penitenciaria deposita en las personas internas, quienes pueden moverse sin vigilancia en el interior del establecimiento y están sujetos a normas de convivencia que se asemejan a las del medio libre”, (iii) finalmente, encontramos los establecimientos donde se aplica el régimen abierto, que de acuerdo al artículo 31, son aquellos donde, “el orden y la disciplina serán los propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, allanamientos, requisas, intervención de visitas y correspondencia”.

1.1.2.3. DERECHOS DE LOS INTERNOS

La actividad penitenciaria debe desarrollarse dentro de los márgenes del Estado de derecho, es decir, que debe estar sometida a los principios y normas que regulan la función pública, y por tanto respetar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Así, el mismo Reglamento N° 518 se encarga de establecer disposiciones que reconocen los derechos de las personas privadas de libertad dentro de la actividad penitenciaria. En el artículo 2 se establece como principio rector de la actividad penitenciaria “el antecedente de que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”, y en el inciso 1 del artículo 4 se establece que, “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales”.

Por su parte, en el inciso 1 del artículo 5 se señala que las normas establecidas en el Reglamento, "deben ser aplicadas imparcialmente no pudiendo existir diferencias de trato fundadas en el nacimiento, raza, opinión política, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias". Además, el inciso 2 indica que, "La Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno". En el mismo sentido, el inciso 1 del artículo 6 expresa que, "Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del Reglamento". De acuerdo al inciso 2, "Se garantiza la libertad ideológica y religiosa de los internos, su derecho al honor, a ser designados por su propio nombre, a la intimidad personal, a la información, a la educación y el acceso a la cultura, procurando el desarrollo integral de su personalidad, y a elevar peticiones a las autoridades, en las condiciones legalmente establecidas". Por último, destacamos también el inciso 3, que establece que "La Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal".

1.1.2.4. REINSERCIÓN SOCIAL

Tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados suscritos por Chile, se establece que las penas privativas de libertad y el régimen penitenciario deben tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. De este modo la reinserción social ha pasado a formar parte de la política del Estado de Chile.

La función de reinserción social se encuentra presente en diversas normas penales y penitenciarias. A nivel normativo, encontramos la Ley 18216 que establece como penas sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad la remisión condicional, la reclusión parcial, la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva, la expulsión, y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, o El Decreto

Ley 321 que establece la posibilidad de conceder la libertad condicional a la persona condenada que demuestra avances en su proceso de reinserción social.

Por mandato legal Gendarmería de Chile tiene el deber de contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad. Para esta institución, la reinserción social tiene por finalidad que las personas que han cometido delito modifiquen su conducta y se integren a la vida en comunidad, y entiende que constituye una tarea para la sociedad en su conjunto. En este sentido, sustenta su trabajo de reinserción social en dos ejes, (i) la intervención psicosocial criminológica, que aborda el conjunto de actividades específicas y estructuradas dentro del proceso de gestión de caso, que aborda el ámbito criminológico y cuya finalidad es crear condiciones individuales e interpersonales que favorezcan la modificación de factores que pudieron haber influido en la conducta delictual, de manera que disminuyan el riesgo de reincidencia delictiva y propendan a la reinserción social de los usuarios/as de los distintos subsistemas de la Institución, y (ii) prestaciones para la integración social, que aborda el conjunto de prestaciones que tienen por objetivo, por una parte, promover el ejercicio de los derechos políticos, sociales y culturales no afectados por la condición de reclusión, y por otra, buscan promover el desarrollo de conductas prosociales en la persona orientadas a su integración social²².

En el Reglamento N° 518, se regulan las actividades y acciones para la reinserción social. De acuerdo al artículo 1, la actividad penitenciaria debe tener como fin primordial, además de la atención, custodia y asistencia, la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas. Luego en el artículo 92, se establece que, "La Administración Penitenciaria desarrollará actividades y acciones orientadas a remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva y estarán dirigidas a las personas privadas de libertad o que se encuentren en el medio libre, cuando corresponda, a fin de prepararlas para que, por propia voluntad, participen de la

²² La finalidad de la reinserción social y los ejes de trabajo se mencionan en la página web de Gendarmería de Chile, disponible en: <https://www.gendarmeria.gob.cl/reinsercion.html>

convivencia social respetando las normas que la regulan". Estas actividades y acciones se deben enmarcar dentro del carácter progresivo del proceso de reinserción social y deberán tomar en cuenta las necesidades específicas de cada persona a quien se dirigen. Además, se establece que Gendarmería de Chile debe fomentar el desarrollo de actividades deportivas, recreativas y culturales por parte de los internos.

En el artículo 96 se establecen los permisos de salida, indicando que, "son beneficios que forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad. Dichos permisos de salida son los siguientes: a) la salida esporádica; b) la salida dominical; c) la salida de fin de semana, y d) la salida controlada al medio libre".

Los permisos de salida solo pueden concederse a quienes demuestren avances efectivos en el proceso de reinserción social, para lo cual es necesario un informe psicológico que de cuenta de la conciencia del delito, del mal causado con la conducta y de la disposición al cambio. Estos permisos solo pueden concederse a los internos que gocen de informe favorable del Consejo Técnico, que es el organismo que asesora a la autoridad penitenciaria del establecimiento. Además, se establecen como requisitos, (i) haber observado muy buena conducta en los tres bimestres anteriores a su postulación, (ii) haber asistido regularmente y con provecho a la escuela del establecimiento, (iii) haber participado en forma regular y constante en las actividades programadas, tales como de capacitación y trabajo, culturales, recreacionales, y (iv) tener la posibilidad cierta de contar con medios o recursos de apoyo o asistencia.

1.2. CONDICIONES CARCELARIAS DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA

Dar cuenta de las condiciones carcelarias nos permite aproximarnos a las problemáticas a las que se enfrenta el sistema penitenciario chileno. Si bien, es de conocimiento público la precariedad de las condiciones carcelarias, es necesario revisar la documentación que da cuenta en específico cuáles son estas condiciones.

Asimismo, nos permite dimensionar el impacto que genera el encarcelamiento en la población penitenciaria.

A estos efectos, expondremos el diagnóstico de las condiciones carcelarias en términos de la población penitenciaria general, y posteriormente, expondremos el diagnóstico de las condiciones carcelarias en términos de la población penitenciaria indígena. Cabe hacer presente que, como ya hemos señalado, el impacto que genera el encarcelamiento es mayor para las personas indígenas, así como para otros grupos de personas privadas de libertad, por cuanto no solo se ven afectados por las condiciones carcelarias en general, si no que, además, se ven afectados porque estas mismas condiciones no están diseñadas para atender las necesidades especiales de estos grupos dentro de la cárcel.

1.2.1. DIAGNÓSTICO DE LA POBLACIÓN GENERAL

Respecto de la información estadística, de acuerdo a los últimos datos aportados por Gendarmería de Chile en el Compendio de Estadísticas Penitenciarias del año 2022²³, la población penal total atendida por el sistema penitenciario es de 131.256 personas, de las cuales 49.214 están sujetas al subsistema cerrado, 65.157 al subsistema abierto y 16.889 al subsistema postpenitenciario. Dentro del subsistema cerrado, 44.780 personas están sujetas al régimen de control cerrado, 558 al régimen semiabierto y 3.876 al régimen abierto. La tasa de reclusión de personas sometidas al régimen de control cerrado (es decir, que están las 24 horas encerradas), por cada cien mil habitantes, es de 226.

Dentro de la población penal del régimen de control cerrado, en cuanto a la distribución por sexo, el 92,7% son hombres y solo el 7,3% son mujeres. En cuanto a la calidad procesal, el 62,5% se encuentran condenado y el 37,5% en calidad de imputados. Respecto del tipo de delito, la mayor concentración son los robos con el 46% y drogas con el 24,6%. Asimismo, respecto de la edad, la mayor población

²³ Gendarmería de Chile. 2022. Compendio estadístico penitenciario. p. 15 a 17. A la fecha del término de esta investigación aún no se encuentra disponible el Compendio del año 2023.

penal se encuentra entre los 30 y 59 años, representado el 59,2%. También es un dato relevante, que el 76% de la población penal de este régimen tiene una condena entre 3 a 15 años.

Por otro lado, con relación a la información cualitativa disponible sobre el diagnóstico de la población penal general, podemos dar cuenta que se han elaborado distintos informes sobre las condiciones carcelarias de las personas que se encuentran privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios chilenos.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) ha monitoreado las condiciones de vida de las personas al interior de las prisiones mediante la elaboración de cinco estudios, publicados en los años 2013, 2017, 2018, 2020 y 2021. Estos estudios se han encargado de monitorear y observar las condiciones de vida de quienes están privados de libertad en las cárceles en Chile, evaluando el nivel de cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos²⁴.

El INDH ha visitado la totalidad de las cárceles chilenas en sus diferentes estudios, presentando observaciones generales sobre las condiciones carcelarias de todo el sistema penitenciario, y también, observaciones específicas de cada uno de los establecimientos penales que conforman el subsistema cerrado a cargo de Gendarmería de Chile. Las investigaciones se han centrado en la observación de los diversos ámbitos relacionados con la vida de las personas al interior de las prisiones, desde el punto de vista de la protección de la integridad personal de toda persona privada de libertad.

Estas observaciones han permitido que el INDH elabore recomendaciones al Estado de Chile para que avance en el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. Además, la publicación de los estudios ha

²⁴ En el estudio del año 2013 se visitaron 44 establecimientos y en el estudio del año 2017 se visitaron los mismos establecimientos. En el estudio del año 2018 se visitaron 40 establecimientos correspondientes a aquellos que no habían sido visitados anteriormente. En el estudio del año 2020 se visitaron 36 establecimientos, y en el estudio del año 2021 se visitaron 44 establecimientos.

permitido que la sociedad chilena tome conocimiento de las condiciones carcelarias que presentan las prisiones en la actualidad.

Respecto de las conclusiones, en todos los estudios del INDH se constata que en el sistema penitenciario chileno se vulneran los derechos de las personas privadas de libertad, observándose una grave persistencia de problemáticas que el Estado no ha logrado resolver²⁵. En el estudio del año 2013, el INDH daba cuenta que el uso de la cárcel como principal herramienta para combatir la criminalidad tiene como consecuencias el hacinamiento, las malas condiciones carcelarias, y una situación generalizada y sistemática de vulneración de los derechos de las personas privadas de libertad²⁶.

En particular, de acuerdo con las problemáticas observadas en el último estudio publicado en el año 2021, podemos exponer lo siguiente: (i) con relación a las condiciones materiales y necesidades básicas de la población penal, de las 83 cárceles, 45 tienen un nivel de ocupación que supera el 100%, con situaciones gravísimas para 19 de ellas, que superan el 140% de ocupación, existiendo un número importante de establecimientos penales con hacinamiento crítico, niveles que también se presentan en espacios específicos de algunas cárceles, como módulos, celdas o pabellones. Esta situación de sobrepoblación carcelaria tiene consecuencias diversas para las personas privadas de libertad, por ejemplo, en el acceso a una cama individual debidamente equipada, agravando las condiciones de habitabilidad. También existen establecimientos donde no hay acceso al agua potable durante las horas de encierro para toda la población penal, tampoco hay servicios higiénicos en buenas condiciones, ni acceso a una buena alimentación.

(ii) En materia de aplicación de procedimientos disciplinarios, se constata que persiste el uso de celdas solitarias para castigo o aislamiento, así como de sanciones

²⁵ INDH. 2021. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad. p. 296.

²⁶ INDH. 2013. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad. p. 9.

extra reglamentarias. Además, estos procedimientos administrativos no aplican principios del debido proceso, no existiendo órgano imparcial que imponga las sanciones, instancias de contradicción, ni derecho de defensa, que respete el derecho a ser oído, a rendir prueba, a apelar de la sanción impuesta y sin que se apliquen dos sanciones por el mismo hecho. Se constata que en prácticamente todas las cárceles se usa la amenaza de traslado como una forma de control disciplinario y persiste el uso del traslado como sanción. Tampoco existe un sistema de denuncias que permita resguardar a los denunciados cuando éstas se formulan contra funcionarios.

Entre otras problemáticas, podemos mencionar que, (iii) en cuanto a las visitas y procedimientos de ingreso, persisten prácticas de desnudamiento de personas adultas que concurren como visitas a las cárceles, registrándose situaciones humillantes que incluso han afectado a mujeres, niños, niñas y adolescentes. (iv) Con respecto a la relación entre personas privadas de libertad y funcionarios, se constata en diferentes establecimientos malos tratos de parte de funcionarios, registrándose dificultades para acceder a información, discriminación, falta de acceso a procedimientos y atención médica, entre otros.

(v) En cuanto a la preparación para la puesta en libertad y reintegración en la comunidad, se observa una falta de disponibilidad permanente de profesionales. (vi) Por último, a nivel normativo, el INDH da cuenta de la falta de una ley de ejecución penal que regule orgánicamente el estatus, derechos y deberes de las personas privadas de libertad, acorde a los estándares internacionales de derechos humanos.

Además del INDH, existen otras instituciones del Estado que también realizan visitas a las cárceles con la finalidad de observar las condiciones carcelarias son la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema y los Jueces de Garantía y Ministros de Cortes de Apelaciones.

La Fiscalía Judicial, en su último informe general sobre los principales problemas detectados en las visitas de cárceles, del año 2018²⁷, da cuenta del hacinamiento y sobrepoblación. Horarios de encierro y desencierro disfuncionales con objetivos de reinserción social, constatándose periodos de hasta 16 horas de encierro. Horarios de alimentación que en algunos casos implican periodos de hasta 16 horas en que los reclusos no reciben alimentos. Uso de celdas de castigo, aislamiento o de tránsito, con deficientes condiciones higiénicas. Carencia de comunidades terapéuticas para tratamiento de consumo de drogas y alcohol. Acceso insuficiente en algunos establecimientos al agua. Falta de acceso a la salud. Oferta de capacitación laboral insuficiente y acciones educativas reducidas. Deficiencias en la infraestructura, especialmente en cuanto a instalaciones eléctricas, de agua, alcantarillado. Falta de espacios donde servir alimentos. Y deficiente clasificación de los reclusos en algunos establecimientos penales.

Por otro lado, en el último tiempo se han observado las condiciones carcelarias de grupos de personas privadas de libertad que por su condición o situación tienen necesidades particulares que generalmente no son atendidas o consideradas en el sistema penitenciario. Así, se ha constatado la existencia de una doble vulnerabilidad en los contextos carcelarios respecto del grupo de mujeres, diversidades sexuales, extranjeros, adolescentes, adultos mayores y personas indígenas, entre otros. En estos casos, estas personas no solo se ven afectadas por las condiciones generales de encarcelamiento, sino que también se ven afectadas porque sus características y necesidades particulares no son atendidas, por lo que padecen más gravemente las consecuencias del encarcelamiento. Esto responde al hecho de que los sistemas penitenciarios son diseñados para el encierro de personas con características homogéneas, particularmente el encierro de hombres.

Por ejemplo, en el caso de las mujeres, se observan afectaciones a su integridad psíquica producto de la privación de libertad por cortos periodos de

²⁷ Fiscalía Judicial. 2018. Informe sobre los principales problemas que aparecen relevantes respecto de las visitas realizadas por los fiscales judiciales a los recintos penitenciarios durante el año 2017.

tiempo a la que en general se ven sometidas. Particularmente, el encierro es una realidad compleja para aquellas mujeres que viven con sus hijos y para las mujeres embarazadas, toda vez que, no todas las cárceles cuentan con espacios habilitados o programas vigentes para la maternidad. Por otro lado, el alto nivel de exclusión social de las mujeres privadas de libertad es una problemática que también ha sido investigada. En el caso de las diversidades sexuales, la falta de procedimientos efectivos de identificación de esta población penal impide que puedan adoptarse medidas que aseguren los derechos de estas personas en todos los establecimientos penitenciarios, existiendo diferentes situaciones de discriminación, especialmente en cárceles que carecen de políticas de inclusividad. En cuanto a la población penitenciaria extranjera, se trata mayoritariamente de migrantes empobrecidos que sufren diferentes situaciones de discriminación, especialmente cuando no comprenden bien el español, encontrando dificultades para acceder a la comunicación con sus familiares y a la traducción de sus derechos penitenciarios.

1.2.2. DIAGNÓSTICO DE LA POBLACIÓN INDÍGENA

Siguiendo con los últimos datos aportados por Gendarmería de Chile en el Compendio de Estadísticas Penitenciarias del año 2022²⁸, la población penitenciaria sometida al régimen de control cerrado perteneciente a pueblos indígenas es de 2.198 personas, que representa el 4,7% de la población penal total sometida a este régimen²⁹. Dentro de este grupo, se encuentran 1.055 personas que pertenecen al pueblo mapuche, 614 al pueblo quechua, 411 al pueblo aimara, 27 al pueblo diaguita, 17 al pueblo atacameño, 10 al pueblo rapa nui, 7 al pueblo colla, 3 al pueblo kawésqar, y 54 personas que declaran pertenecer a otros pueblos. En cuanto a la distribución por sexo, las mujeres representan el 17,9% del total de la población penal indígena. En relación a la población total del régimen cerrado, la población

²⁸ Gendarmería de Chile. 2022. Compendio estadístico penitenciario. p 17. Se indica que la contabilización de la población indígena se hace a partir de la declaración de pertenencia a un pueblo originario, según el artículo 1 de la Ley 19253.

²⁹ En esta parte la estadística presenta un error, por cuanto el porcentaje de la población indígena, respecto del total de la población sometida al régimen cerrado que son 44.780 personas, es de 4,91%.

penal de hombres indígenas es de 4,38%, mientras que, en el caso de la población penal de mujeres indígenas es de 11,66%.

Resaltamos el hecho de que esta estadística solo entrega información respecto de la cantidad de población indígena que está sujeta al régimen cerrado, por lo que no sabemos cuántas personas indígenas se encuentran en el régimen semiabierto y en el abierto, tampoco cuantas se encuentran atendidas en el subsistema abierto y en el subsistema postpenitenciario. Por tanto, el porcentaje total de personas indígenas atendidas en todo el sistema penitenciario probablemente sea mayor. Al mismo tiempo, sobre la información aportada, llama la atención la cantidad de personas (54) que declaran pertenecer a otros pueblos, sin conocerse a qué pueblos específicamente.

En el Compendio de Estadísticas Penitenciarias del año 2022 no se presenta información relativa a la calidad procesal, sin embargo, en la edición del año 2021³⁰, se informaba que el 53% de las personas indígenas se encuentran en calidad de condenados y el 47% en calidad de imputados.

A partir de estos datos, comparándolos con la estadística de la población total, identificamos una sobrerrepresentación carcelaria de la población de mujeres indígenas. Según la estadística penitenciaria del año 2022, en relación a los hombres, el porcentaje total de la población de mujeres sometidas al régimen cerrado es de 7,3%, mientras que el porcentaje de mujeres indígenas sometidas al mismo régimen es de 17,9%. Asimismo, la cantidad de mujeres indígenas con respecto al total de mujeres privadas de libertad en este régimen es de 11,6%, mientras que en el caso de los hombres indígenas es solo de 4,38%.

También observamos una sobrerrepresentación carcelaria de personas indígenas en calidad procesal de imputados, a partir de la información entregada en la estadística del año 2021. De sus datos se desprende que en cuanto a la población total sometida al régimen cerrado, el 37,5% de las personas estaba en calidad de

³⁰ Gendarmería de Chile. 2021. Compendio estadístico penitenciario. p. 19.

imputada, mientras que en cuanto a la población indígena, el 47% estaba en esta calidad. Este problema ya se había visibilizado en el estudio realizado por Lillo en el año 2019, al señalar que el uso excesivo de la prisión preventiva afecta particularmente a los pueblos indígenas, revelando que, en el año 2018, el 12,6% de los imputados indígenas estuvieron en prisión preventiva, mientras que en el caso de los imputados no indígenas esa proporción fue solo de 7,4%³¹.

Al respecto, también destacamos el estudio realizado por Grau y Rivera en el año 2018, quienes observaron que en el caso de las personas de origen mapuche, las probabilidades de que se les aplique una medida cautelar de prisión preventiva son mayores con relación a las personas no mapuche, en rangos que varían entre el 3,3% y 25%, concluyendo que en el sistema penal chileno existe discriminación étnica en esta materia³².

El INDH ha investigado en sus cinco estudios de las condiciones carcelarias en Chile las condiciones de las personas indígenas en los establecimientos penitenciarios. El INDH ha fundamentado esta investigación indicando que, “considerar las especificidades de los pueblos indígenas no solo es imprescindible por la situación de diferencia cultural que presentan las personas ante la ejecución de la pena privativa de libertad, sino porque además según la legislación internacional son portadores de características que deben ser considerados en el ámbito penal”³³. Asimismo, desde el primer estudio del año 2013 ha señalado la importancia de que los lugares de privación de libertad deben contar con espacios para que las personas indígenas sean capaces de mantener sus tradiciones³⁴.

La información estadística recibida por el INDH de parte de Gendarmería de Chile, como se da cuenta en el último estudio del año 2021, revela que en 68 de las 83 cárceles del país se registra al menos una persona indígena, es decir, en un

³¹ LILLO, Rodrigo. 2019. El impacto de la prisión preventiva en las personas indígenas.

³² GRAU, Nicolás y RIVERA, Jorge. 2018. Discriminación e impacto negativo de la prisión preventiva en la vida de las personas.

³³ INDH. 2017. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. p. 38.

³⁴ INDH. 2013. p. 171.

81,9% de ellas. Las regiones en las que se encuentra mayor presencia de población penal indígena son las regiones de Tarapacá con el 18,1%, Araucanía con el 13,5%, Magallanes con el 11,5%, Aysén con el 11,2%, y Arica y Parinacota con el 9,8%. Los establecimientos penitenciarios donde se registran más de 100 personas indígenas son el CP Arica con 182 personas y el CP Alto Hospicio con 360 personas. Los establecimientos que siguen con mayor presencia de población indígena son el CDP Pozo Almonte, CCP Isla de Pascua, CCP Nueva Imperial, CDP Puerto Aysén, CPF Temuco, CDP Porvenir, y CCP Lautaro³⁵.

No obstante, se indica en el mismo estudio que “no existe absoluta precisión sobre la cantidad de personas de pueblos originarios en las cárceles y no siempre coinciden las fuentes de información consultadas”³⁶. Esta problemática, relacionada con la identificación de las personas que pertenecen a pueblos indígenas también se ha observado en los estudios anteriores, constatándose que en muchos casos los registros entregados por la autoridad penitenciaria revelan una menor cantidad de personas indígenas de las que efectivamente se encuentran en los establecimientos penitenciarios.

En efecto, se ha observado que la autoridad penitenciaria no siempre contabiliza a las personas indígenas ni determina el pueblo al que éstas pertenecen. Además, carece de un criterio de identificación preestablecido en los establecimientos que permita una acertada contabilidad de esta población penitenciaria. En muchos casos la autoridad penitenciaria afirma desconocer el criterio empleado para identificar a las personas indígenas, mientras que, en otros, se registran formas diversas de identificación como el reconocimiento del apellido indígena, la autoidentificación o la consideración del delito por el que la persona ingresa³⁷.

³⁵ INDH. 2021. p. 60.

³⁶ INDH. 2021. p. 61.

³⁷ INDH. 2021. p. 62. INDH. 2017. p. 56.

Lo anterior representa una dificultad a la hora de abordar las condiciones carcelarias de las personas indígenas, puesto que, el desconocimiento en la determinación de su cantidad, así como de los pueblos a los que estas personas pertenecen, obstaculiza la investigación de antecedentes objetivos sobre la vida en las cárceles, lo que es relevante para la elaboración de medidas afirmativas que garanticen los derechos de las personas indígenas privadas de libertad.

También se debe tener presente que, tal como se observa en el primer estudio del 2013³⁸, en muchos casos, se registran personas indígenas por tener un apellido indígena, pero que, no necesariamente quieren conservar la identidad cultural indígena, afirmando más bien la pertenencia a la cultura chilena, problemática que también puede darse a la inversa, es decir, que personas sin apellido indígena se identifiquen con un pueblo indígena y quieran conservar su identidad, pero que pueden no ser registradas. En tal sentido, el hecho de que no se considere como criterio preestablecido la autoidentificación, que es un derecho reconocido en el Convenio 169 de la OIT, impide contar con una fórmula que tenga relación con el ejercicio de la forma de vida indígena, e implica una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas.

Habiendo expuesto la problemática que se presenta en torno a la identificación de las personas indígenas, a continuación, expondremos las observaciones realizadas por el INDH en sus estudios de las condiciones carcelarias en lo relativo a las condiciones carcelarias de las personas que pertenecen a pueblos indígenas.

Desde ya, debemos indicar que tales estudios ofrecen una mirada parcial de la realidad que viven las personas indígenas en las cárceles, lo que se debe al hecho de que las observaciones en cada estudio comprenden solo una parte de todos los establecimientos y no examinan la totalidad de éstos, sumado a que el transcurso del tiempo sin observaciones impide contar con un seguimiento constante y

³⁸ INDH. 2013. p. 172.

actualizado. Con todo, las informaciones que estos estudios proporcionan representan un hito en cuanto a la visibilidad de las problemáticas de las personas indígenas privadas de libertad, por lo que, siendo antecedentes públicos y oficiales, contribuyen en la dirección de que se garanticen los derechos de estas personas.

A lo largo de sus cinco estudios, el INDH ha enfocado sus observaciones en tres aspectos relacionados con las condiciones carcelarias de las personas indígenas, salud, alimentación y celebración de ceremonias indígenas, sin perjuicio de lo que ya indicamos a propósito de la identificación. En este sentido, los estudios han indagado si las cárceles ofrecen una salud y alimentación pertinente con la cultura de los pueblos indígenas y si cuentan con espacios para garantizar el ejercicio de la libertad de conciencia y religión de las personas indígenas.

En cuanto a la (i) salud, se ha observado que en gran parte de los establecimientos no se ofrecen prestaciones de salud que consideren la medicina tradicional de las personas indígenas. La autoridad penitenciaria en algunos casos ha señalado que esto se debe a que no se encuentran personas indígenas, mientras que en otros, ha alegado que se presentan otras necesidades en salud que son más urgentes. En los establecimientos en donde se ha registrado un acceso a la medicina tradicional, se constata el permiso para usar plantas medicinales o el ingreso de autoridades ancestrales para la atención de personas indígenas. También, en algunos casos, se registra el permiso para que estas personas puedan atenderse en el exterior, en sistemas de salud intercultural³⁹.

De igual manera, se han constatado reclamos de parte de personas indígenas sobre la falta de acceso a la medicina tradicional, en relación con la falta de espacios para la celebración de ceremonias. En este sentido, el INDH ha expresado que aquello "reviste mayor gravedad cuando, de acuerdo a la concepción indígena, la sanación está estrechamente relacionada con la espiritualidad indígena, y ligado a

³⁹ INDH. 2021. p. 162 a 164. INDH. 2013. p. 172. INDH. 2020. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. p. 123.

ello con el acceso a lugares para la práctica del culto⁴⁰, problemática que estaría siendo desconocida por parte de las autoridades penitenciarias⁴¹.

En cuanto a la (ii) alimentación, se ha observado que el acceso a dietas o alimentos que forman parte de la cultura de los pueblos indígenas solo se garantiza en algunos establecimientos. Al respecto, la autoridad penitenciaria reitera que esto es así porque en otros establecimientos no se encuentran personas indígenas o porque simplemente estas dietas no son solicitadas. En los casos en que se ha garantizado el acceso, se indica que las dietas especiales son ofrecidas cuando son solicitadas, permitiendo el ingreso de alimentos requeridos por personas indígenas. También se ha permitido el ingreso de alimentos con motivo de la celebración de ceremonias indígenas dentro de los establecimientos⁴².

En cuanto a la (iii) celebración de ceremonias indígenas, el INDH toma en cuenta este aspecto como parte del ejercicio de la libertad de conciencia y religión que tiene las personas privadas de libertad. En general, los estudios dan cuenta que la celebración de ceremonias de pueblos indígenas es restringida, lo que depende de la identificación de las personas indígenas en los establecimientos, de la habilitación de espacios adecuados para la celebración de las ceremonias, y del permiso que debe otorgar la autoridad penitenciaria del respectivo establecimiento.

En muchos casos, se constata que las solicitudes de personas indígenas para la celebración de ceremonias dependen de trabadas negociaciones que no aseguran el correcto ejercicio de los derechos de estas personas. Asimismo, cuando se permiten las ceremonias al interior de los establecimientos, no habiendo espacios adecuados, éstas deben realizarse en patios o gimnasios, a pesar de que existen espacios exclusivos para las ceremonias religiosas de las celebraciones católicas o evangélicas⁴³. Al respecto, el INDH, afirma que esto es consecuencia de “la

⁴⁰ INDH. 2017. p. 130.

⁴¹

⁴² INDH. 2021. p. 135 a 137. INDH. 2020. p. 107. INDH. 2017. p. 74.

⁴³ INDH. 2021. p. 265. INDH. 2013. p. 173.

pendiente falta de consideración e inclusión de las necesidades culturales de la población de pueblos originarios al interior de las cárceles, y de la invisibilidad de sus necesidades y derechos”⁴⁴.

Por otro lado, el INDH ha observado otros aspectos de las condiciones carcelarias de las personas indígenas que solo han sido constatados en un único estudio, sin darle la misma continuidad que a los aspectos anteriores, pero que vale la pena exponer debido a que se identifican problemáticas que pueden seguir vigentes en el sistema penitenciario.

Así, encontramos que en el estudio del año 2013, se observó en algunos establecimientos que respecto del (iv) idioma, como derecho de ser practicado por las personas indígenas, el uso de idiomas indígenas no es una práctica recurrente al interior de los establecimientos penales, siendo su práctica algo que depende del régimen interno y de las mismas personas indígenas. Sin embargo, se evidenciaba el interés por aprender y hablar más el idioma dentro de los establecimientos.

En el mismo estudio, se registraron situaciones de (v) discriminación contra personas que pertenecen a pueblos indígenas que han sido ofendidas o mal tratadas por parte de otras personas privadas de libertad.

También, se consideró el (vi) acceso a la información, observándose un acceso deficiente para las personas indígenas en el conocimiento de derechos procesales y penitenciarios, así como de los requisitos para postular a beneficios penitenciarios.

En el estudio del año 2017, se abordó la (vii) segmentación de las personas indígenas privadas de libertad, aspecto que guarda relación con la facultad que tiene Gendarmería de Chile, de acuerdo al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Nº 518, de separar a la población penitenciaria, que en el caso de las personas indígenas ha respondido, por lo general a la segmentación en consideración de

⁴⁴ INDH. 2020. p. 214.

delitos cometidos en contexto de reivindicación territorial. En este sentido, se constató en dicho informe la existencia de módulos diferenciados para personas indígenas en algunos establecimientos penitenciarios.

La problemática presente en este aspecto responde al hecho de que la segregación sea preferentemente según delitos cometidos en contexto de reivindicación territorial, en establecimientos donde también se encuentran otras personas indígenas que ingresaron por delitos distintos, pero que son reclusas en módulos comunes, debilitando un criterio de segregación que podría ser funcional a los objetivos de resocialización de las personas indígenas en respeto de sus formas de vida. Este escenario se contrasta con la medida penitenciaria en torno a la creación de los módulos "APAC", donde se encuentran personas privadas de libertad pertenecientes a la religión evangélica, que han tenido resultados positivos en materia de rehabilitación.

Precisamente, el estudio del año 2020, da cuenta que de la información remitida por Gendarmería se indica que los módulos para este grupo existen específicamente en dos regiones. Por un lado, en la Región Tarapacá el CP Alto Hospicio dispone de un módulo destinado al pueblo aimara y quechua. Asimismo, en el sur del país, en la Región de la Araucanía, en el CCP Collipulli, CCP Temuco y CDP Angol.

Siguiendo con el estudio del año 2017, se trataron las (viii) condiciones laborales, en el contexto del desarrollo de actividades dentro de los establecimientos que permiten obtener ingresos para las personas privadas de libertad, observándose que en general, no se identifican casos en que estas actividades tengan relación con los conocimientos culturales de las personas indígenas, salvo en contadas excepciones, como las actividades relacionadas con la orfebrería o la carpintería.

Finalmente, otro aspecto que también fue abordado en el estudio del año 2017 es el referido a los (ix) traslados, constatándose que en algunos establecimientos se encontraban personas indígenas de territorios lejanos,

generándose un problema para las visitas de las familias, especialmente en consideración de las relaciones comunitarias que se presentan en los pueblos indígenas.

Lo relevante de los estudios elaborados por el INDH, además del diagnóstico que entrega sobre las condiciones carcelarias, son las recomendaciones que se proponen en la parte final, dirigidas al Estado de Chile, con la finalidad de que implemente las medidas correspondientes en el sistema penitenciario, a partir de lo que expresan los estándares internacionales de derechos humanos.

Expondremos resumidamente las recomendaciones que el INDH ha propuesto en sus cinco estudios en cuanto a la mejora de las condiciones carcelarias de las personas indígenas.

(i) Disponer de dietas especiales por condiciones de salud o culturales, considerando la alimentación particularizada de las personas pertenecientes a pueblos originarios que así lo soliciten.

(ii) Garantizar el acceso a un sistema de salud intercultural y a la práctica de ceremonias indígenas relacionadas, incluyendo como modalidades tanto el acceso a los servicios de salud intercultural del Estado como a las propias formas de salud impulsadas por los pueblos indígenas, debiendo desarrollarse un protocolo para su implementación.

(iii) Habilitar espacios adecuados para la realización de ceremonias de pueblos indígenas.

(iv) Generar información estadística actualizada respecto de la pertenencia a pueblos indígenas, disponible para las instituciones públicas y privadas que lo requieran.

(v) Implementar y mejorar la incorporación de elementos culturales propios de los pueblos indígenas, procurando que ello sea en todos los establecimientos penitenciarios, estableciendo directrices a nivel nacional que permitan replicar las

prácticas positivas que favorecen esta incorporación en determinados establecimientos.

(vi) Disponer de talleres laborales que consideren los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

(vii) Considerar la necesidad de que la privación de libertad sea en establecimientos cercanos a la comunidad de origen de las personas indígenas.

(viii) Establecer sanciones en la normativa penitenciaria para aquellos casos en que personas indígenas sean discriminadas por parte de otras personas privadas de libertad o de funcionarios del sistema penitenciario.

(ix) Capacitar a los funcionarios del sistema penitenciario con la finalidad de mejorar el tratamiento de las personas indígenas.

(x) Garantizar el acceso a la información de los derechos procesales y penitenciarios, así como de los requisitos para postular a beneficios penitenciarios.

(xi) Garantizar el acceso a la comunicación con autoridades del Estado que trabajen en temáticas de derechos de los pueblos indígenas.

Además de los aportes del INDH, también destacamos otros estudios sobre las condiciones carcelarias de las personas indígenas. En particular, respecto de las condiciones carcelarias de las personas mapuche privadas de libertad se han elaborado dos estudios. En el año 2018, el Centro de Estudios Socioculturales de la Universidad Católica de Temuco publicó un trabajo, titulado "Estudio sobre condiciones intrapenitenciarias de imputados y condenados mapuche según estándares de derechos humanos e indígenas vigentes en Chile"⁴⁵. Este informe se centró en tres Centros de Cumplimiento Penitenciario de la región de la Araucanía, ubicados en la comunas de Angol, Victoria y Temuco, e indagó sobre tres ámbitos

⁴⁵ CES UCT. 2018. Estudio sobre condiciones intrapenitenciarias de imputados y condenados mapuche según estándares de Derechos Humanos e indígenas vigentes en Chile.

relevantes, el ejercicio de la lengua mapuche, el estado de salud y el acceso a la medicina mapuche, y el ejercicio de las creencias y prácticas religiosas mapuche.

Dentro de sus conclusiones se destacó el caso del CCP de Angol, en donde se observó un mayor cumplimiento de los estándares de derechos humanos e indígenas, particularmente en los ámbitos del acceso a la medicina mapuche y el ejercicio de las prácticas y creencias religiosas, motivado por la existencia de relaciones de diálogo basadas en el respeto y el reconocimiento de parte de la autoridad penitenciaria, de las prácticas y creencias socioculturales mapuche. A la inversa, el caso del CPP de Temuco y Victoria dieron cuenta de condiciones carcelarias limitadas e insuficientes para el ejercicio de los derechos de los presos mapuche, dando lugar a relaciones de negación, discriminación y desconocimiento de las diferencias socioculturales de esta población penal.

También se constató la arbitrariedad con la que la autoridad penitenciaria trata el reconocimiento de los derechos de las personas mapuche privadas de libertad. En este sentido se afirmó que, "El estudio de brechas y las circunstancias que rodean el ejercicio o cumplimiento efectivo de los estándares de derechos humanos e indígenas en los tres centros penitenciarios estudiados, revela el carácter discrecional y/o eventual que este tiene. Antes que estar sujeto a un marco efectivamente encarnado de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de los internos mapuche, se advierten medidas y acciones de orden individual que representan vaivenes institucionales"⁴⁶.

El segundo estudio es del año 2022, elaborado por el Comité para la Prevención de la Tortura en Chile, titulado "Misión de observación en la región de la Araucanía: interculturalidad y derechos de personas mapuche privadas de libertad"⁴⁷. En este estudio, se buscó comprender los factores de riesgo asociados a la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

⁴⁶ Ídem. p. 93.

⁴⁷ CPT. 2022. Misión de observación en la región de la Araucanía: interculturalidad y derechos de personas mapuche privadas de libertad.

que afectan a las comunidades mapuche en la región de la Araucanía, con énfasis en las personas privadas de libertad. En su parte final, se concluyó que las distintas instituciones estatales que intervienen en el contacto de las personas mapuche con el sistema penal, presentan importantes brechas en la adopción de un enfoque intercultural efectivo, y propuso una serie de recomendaciones relevantes, dirigidas a diferentes órganos del Estado.

Dentro de sus hallazgos, en la parte de las condiciones carcelarias, se valoró como avances las adaptaciones de las reglas penitenciarias a las necesidades y características de la población mapuche privada de libertad en los penales de Angol y Temuco, ilustrada en la flexibilidad en los criterios de segmentación, habilitando un módulo de comuneros mapuche, y en las reglas de encierro y desencierro, encomiendas, visitas y venustero. Sin embargo, dentro de los aspectos críticos, se observó: “[i] la falta de módulos especiales para población femenina o masculina mapuche que por distintos criterios no puede residir en el módulo comunero establecido, [ii] la escasa formación del personal de custodia y el personal técnico en interculturalidad, [iii] la falta de oferta formativa y laboral y una mirada respecto a la reinserción con pertinencia cultural, [iv] las dificultades constatadas para el acceso a salud ancestral a través del ingreso de *machis* a los penales (al igual que de otras autoridades ancestrales), y [v] [las dificultades para] el ejercicio efectivo del derecho a petición de las/os comuneras/os, dadas las reiteradas denuncias sobre el mal funcionamiento de los mecanismos de solicitudes y quejas que operan actualmente al interior de las cárceles visitadas”⁴⁸.

Respecto de la postulación a los permisos de salida y traslado a CET, se señaló que “la población mapuche privada de libertad no se encuentra actualmente en igualdad de condiciones en comparación al resto de la población penal, para poder acceder a permisos de salida y traslado a CET, dado que, entre otros elementos, no existe una oferta actual de programas o actividades con pertinencia intercultural”. En este sentido, se sugirió que, “debe ser actualizado el proceso de evaluación

⁴⁸ Ídem. p. 89.

[realizado por el Consejo Técnico] y los instrumentos utilizados para elaborar los informes, para que incorporen elementos con pertinencia cultural y sean capaces de evaluar efectivamente el riesgo de reincidencia y valorar los recursos de apoyo social, familiar y comunitario de las personas pertenecientes a pueblos originarios”⁴⁹.

Este informe también se refiere a la experiencia de los adolescentes mapuche privados de libertad en el Centro de Internación Provisoria y de Reclusión Cerrada (CIP-CRC) Chol-Chol. Se indicó que, “el primer elemento que se destaca es la exposición temprana y persistente de la infancia mapuche a la violencia, relatando experiencias en que niñas, niños y jóvenes son testigos de violentos allanamientos en sus hogares y comunidades, persecuciones, detenciones de familiares, o bien, han estado expuestos a vigilancia o detenciones en primera persona”⁵⁰, lo que representa un diagnóstico de las consecuencias intergeneracionales de la falta de reconocimiento de los derechos del pueblo mapuche. Si bien se observó que se han adoptado ciertas estrategias positivas, como brindar espacios para que los adolescentes expresen su cultura y utilizar un criterio de segmentación dentro de recinto, se constató que no existe una oferta programática intercultural dirigida a los adolescentes indígenas, al igual que en otros centros.

Finalmente destacamos un tercer estudio, centrado en el caso de las mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad. Se trata de un protocolo de atención elaborado a iniciativa de la Defensoría Penal Pública de Chile en el año 2015⁵¹, focalizado en la situación de vulnerabilidad y discriminación de las mujeres indígenas, provenientes principalmente de Perú y Bolivia, acusadas en territorio chileno de la comisión de delitos relacionados con el tráfico de drogas. Se indicaba para ese año, que en las regiones del norte grande de Chile se concentraba alrededor del 24% de las personas imputadas indígenas del país, principalmente pertenecientes a los pueblos aymara, quechua y likanantay o atacameño, de las

⁴⁹ Ídem. p. 91.

⁵⁰ Ídem. p. 80.

⁵¹ LARA, María y HERNÁNDEZ, Paulina. 2015. Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad.

cuales, una cantidad importante son mujeres indígenas que han sido privadas de libertad en los establecimientos penales chilenos.

Se daba cuenta de las mujeres indígenas que cruzan las fronteras internacionales con ocasión de la comisión de un delito, principalmente tráfico de drogas, ingresando solas al país, sin haber informado a su familia el real motivo de su viaje. Así, con la privación de libertad quedan en absoluto desarraigo ya que no cuentan con redes de apoyo. Además, pierden contacto con su territorio, comunidad y tradiciones. Son mujeres que provienen de contextos económicos precarios, muchas de ellas son jefas de hogar y están a cargo de sus hijos, situación por la que se ven presionadas a tener que acceder a fuentes de ingreso ilícitas, más aún, cuando los traficantes, identificando esta vulnerabilidad, son quienes las contactan para trasladar la droga a Chile.

Las principales problemáticas derivadas del encierro que identifica este estudio, se relacionan con el hecho de que estas mujeres ingresan a un sistema diseñado ideológica, física y normativamente para personas del género masculino, que además no considera la variable extranjera ni indígena. En este sentido, se observó que representan problemas específicos para este grupo, (i) la limitada o nula comunicación con la familia, (ii) la precariedad material por la falta de acceso a mínimos enseres personales, (iii) la carencia de redes de apoyo, y (iv) la discriminación de la que son objeto por parte de otras internas e inclusive de funcionarios penitenciarios. Se indicó que en algunos penales no les permiten el uso de su vestimenta tradicional, comunicarse en su lengua originaria, preparar sus comidas tradicionales o que son objeto de términos despectivos. No obstante, también se dio cuenta de algunas acciones que reconocen la identidad indígena como la celebración del año indígena o la incorporación de funcionarios que tienen una mirada más comprensiva de estas problemáticas⁵².

⁵² Ídem. p. 21 a 25.

1.3. PROBLEMÁTICA DEL IMPACTO DEL ENCARCELAMIENTO EN LAS PERSONAS INDÍGENAS EN LA ACTUALIDAD

La privación de libertad de las personas indígenas en Chile ha sido problematizada en las últimas décadas principalmente desde la experiencia del pueblo mapuche, también a partir del diagnóstico de diferentes organismos nacionales e internacionales. Como señalamos al inicio de este capítulo, desde la década de los noventa se ha visibilizado la aplicación de la privación de libertad, como prisión preventiva y como sanción penal, en los procesos penales seguidos contra personas pertenecientes al pueblo mapuche en el contexto de la llamada causa mapuche. En este caso, se ha denunciado el uso que el Estado le ha dado al sistema penal como parte de su estrategia política para mantener el control del pueblo mapuche, especialmente de las personas y comunidades que han levantado demandas territoriales y de autonomía.

Por otro lado, se ha visibilizado el impacto que genera el encarcelamiento en las formas de vida de las personas y comunidades indígenas. La privación de libertad de personas mapuche en el contexto del conflicto del Estado chileno con el pueblo mapuche, ha dado lugar a la visibilidad de la problemática que representa la cárcel para las formas de vida y cultura de los pueblos indígenas. Así, algunos presos mapuche no solamente han denunciado los abusos del sistema penal y de los procesos penales impulsados por el Estado en su contra, también han denunciado la falta de condiciones carcelarias para ejercer su identidad cultural y formas de vida tradicionales, apelando a los derechos específicos que les reconocen los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

Desde la década del dos mil en adelante las tensiones políticas han sido constantes. Ante la falta de soluciones de parte de las autoridades penitenciarias y de la institucionalidad estatal para resolver las demandas penitenciarias de los presos mapuche, sumado al contexto de alta conflictividad social en los temas relacionados con la causa mapuche, han ocurrido sucesivas huelgas de hambre realizadas por los presos mapuche en diferentes cárceles del sur del país como forma

de protesta para visibilizar la problemática carcelaria. Afuera de las cárceles, estas huelgas han sido acompañadas por los familiares y comunidades de los presos mapuche, también por organizaciones mapuche y no mapuche. Igualmente han sido acompañadas por diferentes expresiones de protesta social indígena y no indígena. Incluso, muchas de estas huelgas han sido respaldadas por diferentes actores políticos y han tenido apoyo importante de parte de la sociedad chilena⁵³.

De esta forma, las huelgas de hambre y la protesta social han permitido abrir canales de comunicación con las autoridades penitenciarias y con altas autoridades políticas para buscar soluciones a las demandas penitenciarias. Así, en algunas cárceles se han habilitado módulos especiales para personas indígenas, también se ha autorizado la realización de ceremonias indígenas, el ingreso de alimentos especiales, horarios de visitas diferenciadas para las familias provenientes de sectores rurales, entre otros permisos. Sin embargo, se ha denunciado que todos estos permisos se conceden a discrecionalidad de la autoridad penitenciaria de cada recinto penal, es decir, que no están reconocidos en la normativa penitenciaria, por lo que la autoridad puede negarse a concederlos, o suspenderlos sin fundamento alguno o con fundamentos arbitrarios.

El CCP de Temuco ha sido una de las cárceles donde los presos mapuche han trabajado fuertemente en el reconocimiento de los derechos culturales. En el año 2017, un grupo de presos mapuche presentaron propuestas a la autoridad penitenciaria para ser implementadas en los establecimientos penitenciarios donde se encuentren personas indígenas privadas de libertad. Estas propuestas contemplaban: (i) poder ejercer sus prácticas culturales y creencias espirituales, (ii) la habilitación de espacios físicos abiertos para ejercer tales prácticas, (iii) acceder a una alimentación acorde con su cultura, (iv) la implementación de talleres con pertinencia cultural, y (v) permisos para poder asistir a ceremonias espirituales en

⁵³ Sobre los procesos de huelga de hambre llevados a cabo en el contexto de las demandas penitenciarias de los presos mapuche, véase: GUERERO, Carlos. 2024. Resistencias y cambios en la ejecución penal en Chile. El camino abierto por los presos mapuche. Tirant lo Blanch.

sus comunidades y para ser atendidos espiritual o médicamente por sus autoridades tradicionales. Este trabajo es importante porque visibiliza la problemática respecto de todas las personas indígenas privadas de libertad y busca un reconocimiento de los derechos culturales en todas las cárceles chilenas, producto de un proceso de concientización de los presos mapuche respecto de sus derechos específicos.

Nuevamente, frente a la falta de diálogo de parte de las autoridades penitenciarias y políticas para trabajar en la implementación de estas propuestas, los presos mapuche recurrieron a la huelga de hambre como herramienta para la visibilidad de sus demandas. Así, durante el año 2018 un grupo de presos mapuche realizaron extensas huelgas de hambre al interior de la cárcel de Temuco. Uno de los casos de mayor visibilidad fue el del machi Celestino Córdova, autoridad tradicional del pueblo mapuche, cuya demanda central era la autorización que solicitaba para asistir por 48 horas a su comunidad, con la finalidad de realizar una ceremonia espiritual denominada *geikurewen*, que debía encabezar en su calidad de autoridad espiritual⁵⁴. Luego de una extensa huelga de hambre, la autoridad política autorizó una salida por 15 horas para que el machi pudiera ser trasladado a su comunidad⁵⁵. Esta huelga permitió visibilizar la importancia del derecho al ejercicio espiritual para las personas indígenas, y en mayor medida para las autoridades tradicionales que cumplen funciones espirituales con su comunidad, lo cual concitó el apoyo de diferentes sectores de la sociedad chilena.

En el año 2020, los presos mapuche en las cárceles de Temuco y Angol retoman las huelgas de hambre ante el constante incumplimiento de sus demandas relacionadas con el reconocimiento de sus derechos culturales, en un contexto de pandemia por COVID-19 donde se reclamaban insuficientes medidas de seguridad

⁵⁴ Radio Uchile. 2018. Machi Celestino Córdova inicia huelga de hambre y envía recado al Papa Francisco. 13 de enero de 2018. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2018/01/13/machi-celestino-cordova-inicia-huelga-de-hambre-y-envia-recado-al-papa-francisco/>

⁵⁵ La Tercera. 2018. Autorizan salida de Celestino Córdova para renovar su rewe. 27 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/autorizan-salida-celestino-cordova-renovar-rewe/259381/>

sanitaria dentro de los establecimientos penitenciarios⁵⁶. Dentro de las demandas, exigen que se les permita cumplir las medidas cautelares de prisión preventiva y penas en sus respectivas comunidades, invocando los derechos que les reconoce el Convenio 169 de la OIT.

A partir de ese año, el Poder Ejecutivo adopta una postura de diálogo institucional con algunos presos mapuche, a efectos de buscar soluciones a la problemática respecto de las personas indígenas privadas de libertad en general. Así, desde entonces se han sucedido distintos hitos institucionales que revisaremos a continuación, que dan cuenta de la política de reconocimiento de los derechos de este grupo de personas privadas de libertad que ha adoptado el gobierno de Sebastián Piñera y después el gobierno de Gabriel Boric. No obstante, anticipamos que es una problemática no resuelta, por cuanto este proceso, hasta el tiempo de esta investigación, aún no logra traducirse sustantivamente en la normativa penitenciaria, y porque las tensiones con respecto al reconocimiento de estos derechos se han mantenido en algunas cárceles donde se encuentran presos mapuche.

1.3.1. RESPUESTA DEL PODER EJECUTIVO

Si bien las demandas de las huelgas de hambre del 2020 relativas al traslado de los recintos carcelarios no fueron acogidas por las autoridades, el 18 de agosto de ese año se logró un acuerdo entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el machi Celestino Córdova que permitió que éste depusiera la huelga de hambre que nuevamente estaba realizando⁵⁷. En este acuerdo, el gobierno de Sebastián Piñera comprometió al Estado chileno a adoptar medidas respecto de todas las

⁵⁶ CIDH. 2020. La CIDH expresa su preocupación por el estado de salud de presos mapuches en huelga de hambre en Chile, llama a intensificar el diálogo oportuno para la atención de las demandas y condena todas las formas de violencia en la Araucanía. 12 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/197.asp>

⁵⁷ La Tercera. 2020. Los detalles del acuerdo alcanzado entre el gobierno y Celestino Córdova que permitió que depusiera su huelga de 107 días. 18 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/los-detalles-del-acuerdo-alcanzado-entre-el-gobierno-y-celestino-cordova-que-permitio-que-depusiera-su-huelga-de-107-dias/H4HHK55VRFGEHBFGM7QDEG65RM/>

personas indígenas privadas de libertad referidas a: (i) facilitar la postulación de las personas indígenas privadas de libertad a los Centros de Educación y Trabajo, (ii) que no sean sancionados disciplinariamente por la autoridad penitenciaria los internos que depongan la huelga de hambre, (iii) facilitar a través de la Defensoría Penal Pública la solicitud de revisión de medidas cautelares, (iv) establecer módulos especiales para pueblos indígenas, (v) implementar un programa de reinserción con pertinencia cultural, y (vi) continuar con la mesa de trabajo encargada de elaborar una propuesta de modificación de la normativa penitenciaria.

1.3.1.1. RESOLUCIÓN EXENTA N°3925 DE GENDARMERÍA DE CHILE

El contexto de diálogo generado entre el Ejecutivo y los presos mapuche permitió que el 29 de julio de 2020, Gendarmería de Chile dictara la Resolución N° 3925, que “aprueba disposiciones sobre aplicación de reglamentación penitenciaria en consideración a la normativa vigente, nacional e internacional, referidas a pertinencia cultural y religiosa en determinadas materias”⁵⁸. Esta Resolución fue dictada con el propósito de favorecer la implementación de las medidas que fueron comprometidas por el Estado chileno en el acuerdo de agosto de 2020.

Esta norma establece que: (i) en la evaluación de la participación de las personas indígenas privadas de libertad en las actividades educativas, mientras los establecimientos no cuenten con proyectos educativos con enfoque intercultural, no se debe afectar las posibilidades de postulación a los permisos de salida, determinando que los requisitos para postular a tales permisos deben ser interpretados a la luz de principio *pro homine*, (ii) respecto a la postulación a la libertad condicional, se puede considerar justificada la inasistencia del condenado indígena a las actividades educativas ante la falta de una oferta educacional intercultural, (iii) para la postulación a los Centros de Educación y Trabajo tampoco afecte la inasistencia a las actividades educativas si éstas carecen de pertinencia cultural, (iv) se autorice el ingreso a los establecimientos penitenciarios de médicos

⁵⁸ Resolución disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/Res_3925_Reglamento_Penitenciario_Pertinencia_Cultural.pdf

indígenas, así como de medicinas tradicionales, y (v) las huelgas de hambre desarrolladas de forma pacífica no serán susceptibles de consecuencias disciplinarias⁵⁹.

Dicha Resolución reconoce que la normativa penitenciaria no aborda adecuadamente las necesidades específicas de las personas indígenas, indicando que las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas deben ser consideradas en las acciones de reinserción social. De esta forma, la autoridad penitenciaria fundamenta las disposiciones en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación que orienta la adopción de medidas positivas en favor de las personas indígenas privadas de libertad, reconocido en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518, así como en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile.

Sin embargo, en el año 2022, un grupo de diputados presentó un reclamo ante Contraloría General de la República (CGR) cuestionando la legalidad de la Resolución. En el análisis de la legalidad del acto administrativo impugnado, la CGR concluyó en el Dictamen N° E278512 de noviembre de 2022⁶⁰, que Gendarmería de Chile debía ajustar la Resolución en la parte que disponía que las huelgas de hambre desarrolladas de forma pacífica no serán susceptibles de consecuencias disciplinarias.

La CGR razonó que las huelgas de hambre son consideradas como faltas disciplinarias graves en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518, y que, por tanto, no resulta procedente que una resolución altere lo dispuesto en una normativa de rango superior. En cuanto a las demás disposiciones, la CGR concluyó que son medidas adoptadas dentro de las atribuciones de la autoridad penitenciaria y que no contravienen el principio de jerarquía normativa. En consecuencia, con

⁵⁹ Esta última disposición encuentra fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que considera que las huelgas de hambre son una forma de libertad de expresión, por lo que no pueden ser sancionadas a menos que alteren el régimen interno penitenciario.

⁶⁰ Dictamen disponible en:
<https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/E278512N22/html>

fecha 6 de febrero de 2023, Gendarmería de Chile dicta la Resolución N° 978, que modificó la Resolución N° 3925, dejando sin efecto la disposición impugnada.

1.3.1.2. DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONALES EN MATERIA CULTURAL Y RELIGIOSA EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

También, en el año 2020, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, lideró una mesa de trabajo con diversos actores institucionales, representantes y personas pertenecientes a pueblos originarios, para tratar la problemática de la falta de acceso a la libertad de conciencia y religión e identidad cultural en los establecimientos penitenciarios⁶¹. A partir de dicho trabajo, se elaboró un informe llamado “Diálogos interinstitucionales en materia cultural y religiosa en establecimientos penitenciarios”, en el que se señala que la finalidad de esta mesa de trabajo era identificar las dificultades existentes al interior de estos establecimientos para que las personas privadas de libertad puedan vivir en conformidad a su cultura y para desarrollar actividades propias de su religión, y evaluar y proponer las modificaciones normativas que pudieran eliminar esas dificultades. En tal sentido, el Ministerio expresó que la voluntad es “brindar un legítimo reconocimiento a la cultura, la religión y cosmovisión de los pueblos originarios mientras se está privado de libertad en un establecimiento penitenciario”⁶².

En el informe se destaca el gran acuerdo que hubo entre todos los participantes sobre la necesidad de modificar la normativa penitenciaria según lo que establece el Convenio N°169 de la OIT. Dentro del diagnóstico, en cuanto a lo normativo, se identificó la necesidad de actualizar el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N°518. Hubo consenso en que este Reglamento “es insuficiente respecto de permitir y considerar la expresión de la cultura y cosmovisión

⁶¹ Según el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la manifestación de la pluralidad cultural y espiritual dentro de los establecimientos penitenciarios llevó a la necesidad de iniciar un proceso de diálogo con diversos actores institucionales, representantes y personas pertenecientes a pueblos originarios. Sin embargo, se debe tener presente que esta mesa de trabajo se originó en el contexto de las demandas de personas mapuche privadas de libertad.

⁶² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. 2020. Diálogos interinstitucionales en materia cultural y religiosa en establecimientos penitenciarios. p. 4.

de las personas privadas de libertad de pueblos originarios”⁶³. Asimismo, se consideró la necesidad de actualizar el Reglamento de Asistencia Religiosa en Establecimientos Penitenciarios y Similares N° 703 y el Reglamento que Establece un Estatuto Laboral y de Formación para el Trabajo Penitenciario N° 943, a la luz del mismo Convenio de la OIT. Además, se observó la falta de programas de reinserción con enfoque intercultural dentro de la oferta de Gendarmería de Chile.

En cuanto a la gestión penitenciaria, el diagnóstico arrojó los siguientes resultados: (i) que se carece de espacios de diálogo para resolver las problemáticas relativas al ejercicio de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad, constatándose que muchas de las demandas han surgido de medidas de presión extrema como las huelgas de hambre, (ii) que la falta de modificación de la normativa penitenciaria a la luz de los estándares internacionales, facilita la discrecionalidad de la autoridad penitenciaria al momento de resolver las solicitudes de las personas indígenas para el ejercicio de prácticas relacionadas con la identidad cultural, (iii) se constata que existe discriminación en los establecimientos penitenciarios contra las personas indígenas, a partir de los rasgos físicos, los apellidos, la lengua, las costumbres, el acceso a la salud, alimentos, o acceso a las autoridades tradicionales, entre otras, (iv) falta de reconocimiento de la identidad cultural de las personas indígenas privadas de libertad, que favorece la discriminación e impide expresar las tradiciones y costumbres indígenas, (v) carencia en la formación del personal de Gendarmería de Chile en materia de derechos de personas indígenas privadas de libertad, (vi) se constata como un dato relevante el hecho de que existe un bajo índice de criminalidad de las personas indígenas en comparación con el promedio nacional del país en la comisión de delitos, y (vii) se presenta también el diagnóstico con relación a la falta de infraestructura apropiada en los establecimientos penitenciarios para el ejercicio de ceremonias espirituales, u otras tradiciones y costumbres indígenas, y para que las personas indígenas puedan cohabitar.

⁶³ Ídem. p. 11.

El informe entrega las siguientes propuestas: con respecto a las modificaciones legales se propone, (i) efectuar modificaciones legales, normativas y administrativas en el sistema penitenciario y en el sistema de justicia penal, de acuerdo a lo que establece el Convenio 169 de la OIT, (ii) revisar la experiencia comparada, y (iii) considerar en el diseño de una Ley de Ejecución de Penas los derechos de las personas indígenas.

Con respecto a las modificaciones reglamentarias dentro de la regulación del sistema penitenciario, se propone, (i) integrar dentro de la oferta educativa un enfoque intercultural respecto de las personas indígenas privadas de libertad, donde se considere el aprendizaje de la lengua, las costumbres, la espiritualidad y la cosmovisión, (ii) eximir a las personas indígenas de la obligación de participar de actividades educativas para acceder a beneficios intrapenitenciarios, (iii) eliminar como falta grave la huelga de hambre pacífica, (iv) establecer mecanismos para garantizar el acceso a la salud de los pueblos indígenas, tanto para recibir atención dentro del establecimiento penitenciario, como para asistir a tratamientos médicos tradicionales fuera, (v) mandar a los Consejos Técnicos de Gendarmería considerar la solicitud de traslado a los Centros de Educación y Trabajo que efectúen las personas indígenas privadas de libertad, a fin de garantizar su identidad cultural, (vi) garantizar el ejercicio de las tradiciones y costumbres indígenas, (vii) garantizar el ejercicio espiritual permitiendo la realización de ceremonias indígenas respetando sus fechas, horarios y características propias, (viii) establecer permisos de salida extraordinarios cuando se trate de solicitudes relacionadas con el acceso a la salud o la asistencia a ceremonias indígenas, (ix) garantizar espacios físicos especiales para la custodia de las personas indígenas dentro de los establecimientos penitenciarios, así como espacios para el ejercicio de tradiciones y costumbres indígenas, (x) garantizar el ingreso de visitas para que participen de las ceremonias indígenas, o brinden actividades educativas o de salud, (xi) habilitar actividades de reinserción social con enfoque intercultural, permitiendo el desarrollo de actividades laborales, educacionales y espirituales, con el apoyo de personas externas, (xii)

establecer un protocolo para que las personas indígenas sean evaluadas e incorporadas al módulo especialmente destinado para ellas, y determinar las razones por las que una persona indígena pueda ser trasladada por alguna sanción, así como el trato que debe recibir compartiendo módulos con el resto de la población penal, (xiii) establecer un protocolo para presentar demandas particulares, (xiv) revisar los regímenes penitenciarios en las cárceles concesionadas para que se apliquen las propuestas anteriores, y (xv) modificar el Reglamento 943 que establece Estatuto Laboral y el Reglamento 703 sobre Asistencia Religiosa en Establecimientos Penitenciarios de acuerdo a los estándares de interculturalidad.

Finalmente, en cuanto a la gestión institucional, se propone, (i) actualizar la formación del personal del sistema penitenciario, tanto gendarmes como profesionales civiles, de manera continua, entregándoles las competencias para trabajar en los establecimientos donde haya personas indígenas, (ii) establecer protocolos para que las personas indígenas puedan identificarse como tales, y para que la autoridad penitenciaria pueda reconocer a quienes se identifican como indígenas, (iii) establecer un criterio de bilateralidad para la determinación de la pertenencia a un pueblo indígenas, donde además de la declaración de pertenencia de una persona, se tome en cuenta la validación de parte las autoridades tradiciones de pueblos indígenas, (iv) constituir un Consejo Asesor de Asuntos Indígenas en Gendarmería de Chile, que vele por la implementación de los estándares en materia de derechos de las personas indígenas privadas de libertad, (v) realizar la correspondiente consulta indígena en caso de modificar alguna norma legal, (vi) reconocer la particularidad y diversidad de los pueblos indígenas, flexibilizando la aplicación de la norma de acuerdo a las características propias de cada pueblo, (vii) propiciar que los Centros de Apoyo para Integración Social cuenten con programas con enfoque intercultural, para el acompañamiento postpenitenciario o durante el cumplimiento del beneficio de la libertad condicional, (viii) profundizar la especialización de defensores penales públicos destinados a las causas de personas indígenas, que tengan un rol de acompañamiento durante todo el proceso, (ix)

establecer una coordinación con CONADI para que pueda participar en la elaboración o concreción de las medidas tratadas en el informe, (x) capacitar a todos los actores involucrados en el sistema de justicia penal en materia de derechos de pueblos indígenas, y (xi) establecer una coordinación en Gendarmería de Chile que permita el diálogo y articulación de todas las expresiones religiosas y espirituales para una mejor respuesta institucional frente al ejercicio de este derecho en los establecimientos penitenciarios.

Dentro de las conclusiones del informe, se propuso la creación de un equipo de trabajo liderado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que desarrollara las propuestas abordadas en el informe, implementándolas de acuerdo a criterios de prioridad, y considerando la importancia de reconocer la participación de pueblos indígenas. Así, las propuestas debieran resolver las dificultades observadas en el diagnóstico, bajo la justificación de que, respecto de personas indígenas, "La preocupación en medio del cumplimiento de una condena requiere más atención por el contexto de privación de libertad en los establecimientos penitenciarios y por ser espacios en donde habitualmente se acentúa la vulnerabilidad, además de la invisibilidad"⁶⁴.

1.3.1.3. MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS N° 518 Y CONSULTA INDÍGENA

Se han elaborado algunas propuestas para la modificación del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518, bajo la premisa de que adaptar la normativa penitenciaria vigente al derecho internacional de los derechos humanos en materia de pueblos indígenas resulta indispensable para mejorar las condiciones carcelarias de las personas indígenas privadas de libertad. Los presos mapuche fueron los primeros en trabajar propuestas relativas a las medidas que debían implementar las autoridades penitenciarias para la protección de sus derechos culturales.

⁶⁴ Ídem. p. 21.

En el año 2019, a partir del trabajo que se venía realizando, un grupo de presos mapuche del CPP de Temuco presentó al Ejecutivo una propuesta en conjunto con un equipo multidisciplinario, titulada “Demandas y propuestas elaboradas por los presos políticos mapuche centro penitenciario de Temuco, equipos técnicos, profesiones, académicos, organizaciones de derechos humanos y afines”, que aportaba una fundamentación jurídica, social, psicológica y antropológica a las demandas penitenciarias de los presos mapuche. En este documento, se propone una modificación de diferentes artículos del Reglamento N° 518⁶⁵.

Asimismo, en el año 2018, la Universidad de Chile a través del Centro de Derechos Humanos, el Centro de Estudios de la Justicia y el Centro de Interculturalidad y Derechos se sumó al apoyo de las demandas penitenciarias de los presos mapuche, colaborando también con una propuesta de modificación de artículos del Reglamento N° 518 que también fue presentada al Ejecutivo⁶⁶. El contenido de ambas propuestas se resume en el siguiente cuadro:

Propuesta Presos Mapuche CPP Temuco	Propuesta Universidad de Chile
Considerar derechos de grupos vulnerables. Procurar ejercicio efectivo de derechos humanos individuales y colectivos. Tener presente derecho consuetudinario.	Tener presente en la aplicación del Reglamento derechos, costumbres y cosmovisión de población indígena alojada en recintos penitenciarios.
Determinar identificación indígena según artículo 2 de Ley 19253 y artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.	Garantizar las costumbres e identidad cultural de los internos.
Garantizar ejercicio de derechos culturales.	Considerar ceremonias y fechas significativas de las personas indígenas para la autorización de las actividades penitenciarias. Los principios de seguridad, orden y disciplina deberán adaptarse para dar cabida a dichas celebraciones
Garantizar derecho a la educación con pertinencia cultural. Facilitar acceso en todo	Respetar derechos, costumbre y cosmovisión en el régimen de los establecimientos

⁶⁵ Propuesta disponible en: <https://www.mapuexpress.org/wp-content/uploads/2019/12/ESCANER-DEMANDAS-Y-PROPUESTAS-ELABORADAS-POR-LOS-PRESOS-POLITIC.pdf>

⁶⁶ Propuesta disponible en: <https://uchile.cl/dam/jcr:37bc7033-4545-47c9-a126-62be68f359f0/propuesta-modificacion-reglamento-gendarmeria.pdf>

establecimiento donde haya al menos una persona indígena.	penitenciarios donde se encuentren personas indígenas. Disponer de personal especializado para la custodia y aplicación de las acciones y actividades para la reinserción social de los internos indígenas.
Facultar a familiares y autoridades ancestrales de personas indígenas privadas de libertad para formular reclamaciones y peticiones a la autoridad penitenciaria.	Garantizar derecho a usar vestuario autóctono y portar objetos simbólicos propios de la cultura.
Respetar la identidad cultural en la organización y creación de los establecimientos penitenciarios. También en las actividades de reinserción social, en la asistencia penitenciaria y en el régimen penitenciario. Anotar en la ficha de individualización la identificación indígena.	Autorizar visitas familiares, íntimas y ceremoniales, si las condiciones del establecimiento lo permiten, a los internos indígenas que no gocen de permisos de salida. En las visitas ceremoniales el interno deberá señalar en su solicitud la ceremonia que desea realizar indicando sus características y en qué medida ellas corresponden a su cultura, costumbres y cosmovisión.
Facilitar el acceso a sistemas médicos propios y servicios de salud intercultural internos y externos, bajo certificación de especialista en salud intercultural.	Tener a la vista la pertenencia indígena al aplicar sanciones penitenciarias y que la conducta antirreglamentaria no se encuentre justificada por las costumbres y derecho consuetudinario, dentro del respeto de los derechos humanos.
Permitir uso de vestimenta y accesorio tradicional.	Fomentar y respetar las actividades, ceremonias y celebraciones especiales de los internos indígenas.
Invitar al Consejo Técnico a autoridades tradicionales y/o funcionales y miembros de comunidades indígenas. Contar con facilitador intercultural para decisiones respecto de personas indígenas.	Garantizar al momento de la concesión, suspensión o revocación de los permisos el respeto por los derechos, costumbres y cosmovisión de los internos indígena. Conceder el permiso cuando se fundamente en indicaciones terapéuticas con pertinencia cultural, ceremonias y fechas significativas de un pueblo indígena, y el solicitante se encuentre investido como autoridad de un determinado pueblo.

Tabla 1

Fuente: elaboración propia

En el año 2023, el gobierno de Gabriel Boric, siguiendo los compromisos asumidos por el Estado chileno en los diálogos interinstitucionales del año 2020 bajo el gobierno de Sebastián Piñera, y a partir de las demandas penitenciarias de los

presos mapuche, inicia un proceso para modificar el Reglamento N° 518, donde se busca reconocer los derechos de las personas indígenas, proceso llevado adelante por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Además, esta modificación busca reconocer los derechos de otros grupos de especial protección al interior de los establecimientos penitenciarios, compuestos por mujeres, adultos mayores, población LGTBIQ, migrantes y personas con discapacidad. El Ministerio ha trabajado junto con Gendarmería de Chile en el desarrollo de una consulta indígena y también de un proceso participativo nacional respecto de los demás grupos. El 17 de noviembre de 2023 se instruyó el procedimiento administrativo y se inició el proceso de consulta indígena con la dictación de la Resolución Exenta N° 2818 del Ministerio⁶⁷. En esta Resolución se convoca a las organizaciones de los pueblos indígenas interesadas, a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas, a sus familiares y autoridades ancestrales.

Como se indica en la cuenta pública participativa del Ministerio del 2024, “para el caso de la consulta indígena, se considera la población penal de condenados e imputados que se autodeclaran como pertenecientes a alguno de los once pueblos indígenas. De acuerdo con la información estadística de Gendarmería de Chile, se trata de un universo de mil 517 personas indígenas privadas de libertad las que participarán. Asimismo, en la Consulta Indígena, también se consideraron las organizaciones representativas indígenas tradicionales. Durante el 2024 se concreta la planificación del proceso de consulta, en el que se contempla realizar un total de 117 encuentros intrapenitenciarios a nivel nacional”⁶⁸.

⁶⁷ Resolución disponible en:
https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/Resolucion_2818_MINJU_apertura_expediente.pdf

⁶⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. 2024. Informe final de cuenta pública participativa. p. 31.

El Ministerio elaboró una propuesta de artículos relativos a materias indígenas, que ha sido consultada a las personas y pueblos indígenas. Los artículos consultados se indican en el siguiente cuadro:

ARTÍCULO	PROPUESTA MINISTERIO DE JUSTICIA Y DDHH
4	<p>“Son principios rectores de la actividad penitenciaria:</p> <p>c) Principio de igualdad y no discriminación. (...) En el caso de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno, la Administración Penitenciaria deberá considerar en la aplicación del presente Reglamento sus características económicas, sociales y culturales. (...)</p> <p>d) Principio de enfoque intercultural. (...) Se entiende como enfoque intercultural, el derecho de todas las personas a tomar decisiones sobre su vida, promoviendo el respeto por la historia, cultura y valorizando la herencia recibida, reflejada en valores, tradiciones, símbolos, creencias y modos de comportamiento.”</p>
5 bis	<p>“Se considerarán indígenas para los efectos este reglamento, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:</p> <p>a) Los que sean hijos de padre o madre indígenas (...). b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena (...). c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.”</p>
10	<p>“Los establecimientos penitenciarios se organizarán conforme a los siguientes criterios: (...) En la aplicación de estos criterios, a las personas privadas de libertad que sean pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno, se considerarán especialmente sus características económicas, sociales y culturales.”</p>
13	<p>“En la creación de los establecimientos penitenciarios, intervendrán los siguientes criterios orientadores: (...) En el diseño, creación y organización interna de establecimientos penitenciarios, así como respecto de sus módulos, se tendrán en consideración las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas y tribal chileno afrodescendiente chileno.”</p>
25	<p>“(…) El régimen aplicable a las personas pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno, que se encuentren reclusas en establecimientos penitenciarios, respetará sus características económicas, sociales y culturales. De conformidad con los recursos disponibles, la Administración dispondrá de personal que cuente con especialización en esta materia, para la custodia y aplicación de las acciones y actividades para la reinserción social de las personas de que trata este artículo.”</p>
27	<p>“(…) Para la autorización, programación y control de las actividades, la Administración Penitenciaria tendrá en especial consideración las características económicas, sociales y culturales de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas y tribal afrodescendiente chileno.”</p>

28 ter	“(…) c) la persona a que se le aplique la medida dispuesta en el artículo anterior, deberá ser visitada por la jefatura del establecimiento, el personal de salud y, si la persona afectada lo pidiera, por el ministro o ministra de su religión o culto o autoridades espirituales tratándose de personas pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno.”
34	“(…) En el caso de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno, la administración penitenciaria facilitará el acceso a sus respectivos sistemas o médicos tradicionales y a los servicios de salud intercultural, debiendo dar cumplimiento a las medidas de seguridad establecidas por la administración penitenciaria.”
35	“(…) La salida prevista en el inciso anterior también podrá otorgarse cuando una persona necesite acceder a tratamientos pertinentes para la prevención, cuidado o tratamientos médicos tradicionales o no tradicionales que se estimen necesarios e indispensables respecto de personas pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno.”
45	“(…) Tratándose de personas pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno, se permitirá el uso de vestimenta propia de su cultura”.
59	“(…) En los establecimientos donde se encuentren personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno, que requieran completar sus estudios de educación formal, la administración penitenciaria hará las gestiones necesarias para requerir al respectivo sostenedor escolar la entrega de una oferta educativa con un enfoque intercultural.”
82	“(…) Al momento de aplicar una sanción, la jefatura del establecimiento deberá considerar las características económicas, sociales, y culturales de las personas pertenecientes a pueblos indígenas y tribal afrodescendiente chileno.”
92	“(…) La realización de actividades ceremonias y celebraciones especiales de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno serán facilitadas por la Administración Penitenciaria, debiendo otorgar las facilidades para que estas puedan llevarse a cabo, considerando particularmente las fechas y horarios de las mismas.”
93	“(…) En el caso de las personas privadas de libertad pertenecientes a un pueblo indígena o tribal afrodescendiente chileno, dichas actividades y acciones deberán considerar sus características económicas, sociales y culturales.”
109	“(…) Tratándose de personas pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno, se deberán tener presente las características y los recursos con que cuenta el establecimiento respectivo. Respecto de aquellos establecimientos que no cuenten con una oferta educativa de carácter intercultural, la inasistencia a la escuela no será considerada al momento de evaluar la concesión de un permiso de salida.”
115 bis	“(…) Tratándose de personas pertenecientes a pueblos indígenas o tribal afrodescendiente chileno privadas de libertad, se considerará especialmente esta solicitud cuando se fundamente en necesidades espirituales terapéuticas con enfoque intercultural, o a ceremonias y fechas significativas. En este caso, el permiso se otorgará por el tiempo necesario para el cumplimiento del objetivo de salida, y se tendrá siempre en cuenta los antecedentes respecto a la conducta

	de las personas privadas de libertad y las medidas de seguridad que se requieran.”
118	“(…) Relacionándose dichas normas con personas privadas de libertad pertenecientes a un pueblo indígena o tribal afrodescendiente chileno, se deberán considerar sus características económicas, sociales y culturales. En los casos señalados en el inciso anterior, la jefatura del establecimiento podrá invitar a las sesiones del Consejo a las autoridades tradicionales y/o funcionales y miembros de las comunidades indígenas a las que pertenezcan, o a la persona cuya experiencia pueda ser relevante con los temas a tratar, con el único fin de que se puedan orientar en relación a la materia específica respecto a la cual se está reuniendo el Consejo.”

Tabla 2

Fuente: elaboración propia

1.3.2. RESPUESTA DEL PODER LEGISLATIVO

Las huelgas de hambre de los presos mapuche del año 2020 en el contexto de pandemia por COVID-19, motivaron que desde la Cámara de Diputadas y Diputadas se presentaran acciones legislativas orientadas a dar soluciones políticas a las demandas que se estaban reclamando y a la problemática que se estaba visibilizando.

Por un lado, en junio de 2020, 78 diputados y diputadas aprobaron el Proyecto de Resolución N° 1148 que solicitaba al Ejecutivo que la adopción de medidas para garantizar el principio de integridad cultural y los derechos de las personas privadas de libertad de origen indígena, en atención a las dimensiones de salud y espirituales, conforme a los establecido en el Convenio N° 169 de la OIT. Dentro de las medidas solicitadas estaban, que se agilizará el otorgamiento de beneficios carcelarios dispuestos en la normativa vigente o se enviara un proyecto de ley especial para el caso de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas, a fin de que cumplieran su condena fuera de los recintos penitenciarios, y que se acelerara la tramitación de los traslados a los Centros de Educación y Trabajo para los y las condenadas pertenecientes a pueblos indígenas, que calificaran o cuyas postulaciones tuvieran que ser revisadas por la comisión evaluadora pertinente⁶⁹.

⁶⁹ Proyecto disponible en:

Por otro lado, en agosto de 2020, la diputada mapuche Emilia Nuyado junto con otros diputados y diputadas presentaron un proyecto de ley que busca reconocer derechos penales y procesales en favor de personas pertenecientes a los pueblos indígenas. Este proyecto busca el reconocimiento expreso en la normativa penal y procesal penal de los derechos establecidos en los tratados internacionales, en orden a disponer preferentemente de medidas alternativas a la privación de libertad al momento de establecer una pena a una persona perteneciente a los pueblos indígenas tomando en consideración sus usos y costumbres, así como las características económicas, sociales y culturales diferenciadoras de las personas indígenas⁷⁰.

Además, este proyecto propone modificaciones en otras materias relacionadas con el tratamiento penal de las personas indígenas relativas a: (i) establecer en la Ley 18314 sobre conductas terroristas que en ningún caso será constitutiva de asociación ilícita terrorista una organización que persiguere una reivindicación territorial cuya legitimidad fuere reconocida por el derecho internacional, (ii) establecer en el Código Penal que la persona indígena o autoridad tradicional que en el contexto de actividades culturales, ceremoniales, religiosas, festivas u otras similares, porte o consuma sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas esté exenta de responsabilidad penal, (iii) establecer en el Código Penal que en casos en que el tribunal deba aplicar penas de cumplimiento efectivo a una persona indígena o autoridad tradicional, podrá disponer, fundado en particularidades económicas, sociales y/o culturales del pueblo o comunidad a la que pertenece la persona condenada, que la mitad de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, (iv) establecer en el Código Procesal Penal que tratándose de imputados indígenas el juez deberá considerar los usos, costumbres o el derecho consuetudinario, así como las características económicas, sociales y

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmId=6347&prmTipo=ACUERDO>

⁷⁰

Proyecto disponible en:

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/62409/62/Bol13715-17_20200818.pdf

culturales del imputado, de su comunidad y/o las del pueblo indígena al que pertenece, prefiriendo las medidas cautelares del artículo 155 a la prisión preventiva, (v) establecer en el Código Procesal Penal que en caso de que la condena recayera sobre una persona indígena, el tribunal deberá dar especial aplicación a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 19253 al analizar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, así como las características económicas, sociales y culturales del condenado, prefiriendo la aplicación de penas sustitutivas a las penas privativas de libertad. Este proyecto no ha logrado avanzar del primer trámite constitucional.

1.3.2.1. COMISIONES ESPECIALES INVESTIGADORAS DE LA CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS

No obstante las acciones presentadas anteriormente en la Cámara de Diputadas y Diputados, la respuesta que el Ejecutivo estaba dando a las demandas de los presos mapuche, también motivaron un cuestionamiento de un grupo de diputados y diputadas respecto de la concesión de beneficios penitenciarios a personas mapuche privadas de libertad.

Así, se han creado a la fecha dos comisiones especiales investigadoras que han tenido por objeto la fiscalización de actos del gobierno relacionados con la concesión de beneficios penitenciarios por parte de la autoridad penitenciaria a personas mapuche privadas de libertad⁷¹.

Si bien estas comisiones fueron creadas a partir de dos denuncias por hechos distintos, en ambas, los parlamentarios que las impulsaron alegaban que algunos internos mapuche habrían recibido tratos privilegiados por parte de Gendarmería de Chile, y que, mediante presiones políticas se habría favorecido la concesión de estos beneficios. Esto daba cuenta de una discusión política en torno al reconocimiento de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad, frente a lo cual, se

⁷¹ Las comisiones especiales investigadoras son grupos de trabajo integrados por 13 diputadas y diputados, creados con el acuerdo de al menos 2/5 de las diputadas y los diputados en ejercicio, para fiscalizar determinados actos del Gobierno.

instalaba la idea de que este trato diferenciado representa una vulneración del debido proceso y de la igualdad ante la ley.

En junio de 2022 la Cámara aprobó la primera Comisión Especial Investigadora⁷², con el objeto de “reunir antecedentes relativos a los actos de Gobierno relacionados con la concesión de permisos de salida por parte de Gendarmería de Chile, la existencia de eventuales consideraciones políticas en decisiones administrativas relacionadas con beneficios intrapenitenciarios y la participación que en ello le pudiere caber al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”. Esta comisión buscaba investigar eventuales irregularidades en el otorgamiento de beneficios penitenciarios concedidos a los internos mapuche José Tralcal Coche, Luis Tralcal Quidel y el machi Celestino Córdova Transito, quienes fueron trasladados a Centros de Educación y Trabajo en el año 2020 y que posteriormente accedieron a permisos de salida trimestrales y dominicales durante el año 2022.

Las conclusiones del informe aprobado por la Comisión establecieron que el otorgamiento de los beneficios penitenciarios por parte de Gendarmería de Chile a los tres internos mapuche había sido un actuación ajustada a derecho, por lo que no se pudo acreditar la existencia de responsabilidad política del Ministerio de Justicia ni de Gendarmería de Chile. Al respecto, se tuvo en cuenta que la Resolución N° 3925 de Gendarmería de Chile facultaba a la autoridad penitenciaria para que los internos mapuche pudieran ser trasladados a los CET a pesar de haber participado en huelgas de hambre, ya que esta norma disponía que las huelgas de hambre desarrolladas de forma pacífica no serían susceptibles de consecuencias disciplinarias. Si bien esta resolución fue modificada en esa parte, se trataba de una disposición que se encontraba vigente al momento que la autoridad penitenciaria había autorizado los traslados. También se tuvo en cuenta que los permisos de salida habían sido otorgados en cumplimiento de los demás requisitos del Reglamento de

⁷² Informe disponible en:
https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=70832&prmTipo=INFORME_COMISION

Establecimientos Penitenciarios N° 518, contando para ello con los respectivos informes favorables de los consejos técnicos.

A raíz de la problemática de fondo que se abordó en la Comisión se propuso, (i) implementar una reforma al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518 para incorporar el marco normativo internacional en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, (ii) establecer una mayor ponderación del informe psicosocial que se exige para acceder a los beneficios intrapenitenciarios por los condenados, particularmente, tratándose de condenados por crímenes graves, (iii) considerar el establecimiento de recintos penales especiales y regímenes y programas carcelarios especiales que recojan las características distintas de la cultura y cosmovisión religiosa de los condenados pertenecientes a pueblos originarios, con el objeto evitar y prevenir conflictos con los condenados que no pertenecen a esos pueblos indígenas y facilitar el trabajo de custodia de los funcionarios de Gendarmería de Chile, y (iv) adoptar las medidas administrativas y reglamentarias que fueren necesarias para prevenir todo tipo de presiones sobre los funcionarios de Gendarmería que les corresponde la custodia y concesión de beneficios intrapenitenciarios a toda clase de condenados en las cárceles chilenas.

Luego, en junio de 2023, la Cámara aprobó una segunda Comisión Especial Investigadora⁷³, con el objeto de “reunir información sobre los actos del Gobierno, en particular del Ministerio Justicia y Derechos Humanos, respecto de la existencia de privilegios en el trato y otorgamiento de beneficios a ciertos grupos de la población penal, así como de graves vulneraciones a los derechos del personal de Gendarmería de Chile, especialmente las ocurridas en el CDP de Angol el 7 de mayo de 2023”.

Esta Comisión fue impulsada a partir de un incidente registrado en este establecimiento penitenciario el 7 de mayo de 2023, que tuvo una amplia repercusión mediática, donde internos mapuche habrían retenido por más de una

⁷³ Informe disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=DocumentoFicha&prmID=298775&prmTipoDoc=LOCAL>

hora a tres gendarmes dentro del módulo en el que estos internos cumplen condena, luego de que se les comunicara la negativa de habilitar las visitas que habían sido suspendidas para ese día, debido a las elecciones de consejeros constitucionales que se iban a realizar en todo el país⁷⁴. Posterior a esto, Gendarmería de Chile efectuó un procedimiento de registro y allanamiento en el módulo, en el que se habrían encontrado elementos cuyo ingreso se encuentra prohibido a los internos. Además ordenó el traslado de parte de los internos mapuche a otros recintos penales, e interpuso una querrela por el delito de secuestro. Por otro lado, el vocero de los presos mapuche del CDP de Angol expresó que se trató de un montaje organizado por Gendarmería de Chile, en un contexto donde se buscaría desacreditar las demandas intrapenitenciarias alcanzadas por los presos políticos mapuche⁷⁵.

En este caso, la Comisión no aprobó el informe, por lo que tampoco se determinó la existencia de responsabilidad política del Ministerio Justicia y Derechos Humanos. No obstante, expondremos algunas de las conclusiones presentadas por la diputada Gloria Naveillán, y después, algunas de las conclusiones presentadas por las diputadas Clara Sagardia, Camila Musante, Carol Cariola, Erica Ñanco y Emilia Nuyado por representar las posturas antagónicas en esta comisión.

La diputada Gloria Naveillán expuso en sus conclusiones que existen casos en recintos penales donde personas privadas de libertad han accedido a permisos concedidos con base en la discrecionalidad de la autoridad penitenciaria, que no se encuentran expresados en la normativa penitenciaria, como por ejemplo en materia de visitas y de ingreso de elementos. Señaló que un grupo de la población penal, utilizando su calidad indígena, amedrenta a funcionarios de Gendarmería a través de diversos métodos de presión, como amenazas y huelgas de hambre, con la

⁷⁴ La Tercera. 2023. En plena elección, internos toman a gendarmes como rehenes en cárcel de Angol. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/denuncian-que-internos-tomaron-a-gendarmes-como-rehenes-en-carcel-de-angol-origen-del-hecho-seria-por-la-suspension-de-visitas/GIS7GAKIGVG7ZKV4NNBA33HNIY/#>

⁷⁵ Interferencia. 2023. Vocero de presos mapuche y supuesto secuestro de funcionarios en la cárcel de Angol: "Es una situación montada por Gendarmería". Disponible en: <https://interferencia.cl/articulos/vocero-de-presos-mapuche-y-supuesto-secuestro-de-funcionarios-en-la-carcel-de-angol-es-una>

finalidad de acceder a los beneficios penitenciarios, o suscribir acuerdos con la autoridad penitenciaria, que son percibidos como privilegios a los cuales no pueden acceder otros internos. También argumenta que para la aplicación del Convenio 169 de la OIT debe existir una bajada concreta en la norma interna sobre la forma en que se debe aplicar en materia de ejecución penal, y que la Opinión Consultiva OC 29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, no genera obligaciones para el Estado, no estando incorporado al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518. También expresó que se debe realizar una consulta indígena para modificar este reglamento para establecer las diferencias que el Estado debe aplicar a las personas indígenas privadas de libertad.

Por otro lado, las diputadas Clara Sagardia, Camila Musante, Carol Cariola, Erica Ñanco y Emilia Nuyado expusieron en sus conclusiones que no se presentaron antecedentes durante el desarrollo de la Comisión que dieran cuenta de que fueron vulnerados los procedimientos para la concesión de beneficios intrapenitenciarios. Argumentaron que resulta adecuado que las personas privadas de libertad pertenecientes a los pueblos originarios reciban un tratamiento con enfoque diferenciado con el objeto de crear condiciones igualitarias, para que su reclusión no se transforme en más gravosa de lo que significa al común de la población. Además, al referirse al incidente del 7 de mayo de 2023 en el CDP de Angol, expresaron que Gendarmería de Chile actuó debidamente respecto de las medidas adoptadas luego del conflicto con los internos mapuche. Finalmente, expresaron que los beneficios intrapenitenciarios para personas pertenecientes a pueblos originarios no constituyen privilegios, sino derechos, rechazando la interpretación errónea de considerar estos beneficios como desviaciones del principio de igualdad ante la ley, resaltando su carácter de herramientas para fortalecer la reinserción social.

1.3.3. RESPUESTA DEL PODER JUDICIAL

1.3.3.1. JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES SUPERIORES

Los tribunales de justicia chilenos cumplen una tarea fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y de las personas privadas de libertad. Los tribunales superiores conocen de las acciones constitucionales de protección y de amparo que se interponen para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales cuando estos se ven afectados durante la privación de libertad. Muchas de las demandas penitenciarias de los presos mapuche han llegado a estas instancias judiciales, y en algunos casos estos tribunales han acogido las alegaciones con base en los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Derecho Internacional.

En esta parte, expondremos dos fallos de tribunales superiores de justicia chilenos en los que han resuelto y acogido acciones constitucionales, en casos donde se han alegado vulneraciones de los derechos de personas indígenas privadas de libertad.

En la causa de protección ROL N°11856-2023 seguida ante la Corte de Apelaciones de Concepción, el recurrente alegaba que familiares de internos mapuche del CCP Biobío habían sido víctimas de hostigamiento, discriminación y violencia, de manera continua y persistente por funcionarios de Gendarmería de Chile en el sector de ingreso de visitas del recinto penal. La Corte consideró que no bastaba con las modificaciones normativas que reconocen los derechos de las personas indígenas privadas de libertad (en alusión a las normas internacionales y al manual de derechos humanos de la función penitenciaria de Gendarmería) si no van acompañadas del cambio cultural de los funcionarios, por lo que ordenó que Gendarmería de Chile debía adoptar de inmediato las medidas tendientes a capacitar a los directivos y funcionarios operativos del CCP Biobío en lo relativo a la comprensión cabal del Convenio N°169 de la OIT, los derechos de las personas

privadas de libertad y sus visitas, pertenecientes a dichos pueblos, debiendo coordinarse para dicho efecto con el INDH.

Dentro de la normativa internacional aplicada por la Corte se encuentran las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, la Opinión Consultiva OC 29-22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio 169 de la OIT, este último, en cuanto al reconocimiento del principio de pertinencia cultural, que es considerado en el desarrollo concreto de las actividades penitenciarias de las personas indígenas privadas de libertad y sus familiares.

En la causa de amparo ROL N°208-2023 seguida ante la Corte de Apelaciones de Temuco, el recurrente alegaba que, respecto de los internos mapuche del módulo E del CDP de Angol, Gendarmería de Chile estaba incumpliendo actas de notificación y compromisos de acuerdo en los que autorizaba una serie de permisos otorgados en consideración de las particularidades culturales de los internos mapuche del CDP de Angol, relacionados con las visitas, el ingreso de alimentos, el ingreso de autoridades ancestrales, y la realización de ceremonias religiosas, entre otras cosas. Se alegaba que los internos mapuche del módulo E estaban siendo afectados por el incumplimiento de estos acuerdos, ya que, Gendarmería había suspendido las autorizaciones como consecuencia de las sanciones disciplinarias impuestas a los internos mapuche del módulo F, en donde se había producido el grave incidente del 7 de mayo del 2023 (el módulo F es donde están los presos políticos mapuche o comuneros, mientras que el módulo E es donde están los presos comunes mapuche).

La Corte consideró que Gendarmería había decidido revocar las autorizaciones con la finalidad de unificar las condiciones penitenciarias para la población penal, eliminando el sistema diferenciado respecto de los beneficios otorgados. Sin embargo, consideró que no había invocado ninguna razón justificada respecto de los internos mapuche del módulo E para restringir los beneficios que se habían autorizado, por lo que ordenó que Gendarmería debía dar cumplimiento a los

beneficios y derechos que fueron reconocidos en las actas de notificación y en los compromisos de acuerdo, con los internos mapuche amparados.

CAPÍTULO 2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD

El principal instrumento internacional que nos permite remitirnos a los estándares internacionales en materia de derechos de las personas indígenas privadas de la libertad es la Opinión Consultiva 29/22 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁷⁶. Este instrumento establece que los Estados deben aplicar un enfoque diferenciado en la atención de las necesidades especiales de los distintos grupos poblacionales privados de libertad para asegurar una ejecución de la pena respetuosa de su dignidad humana, en conformidad con el principio de igualdad y no discriminación. Constituye el primer instrumento dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) que especifica el contenido y alcance de las obligaciones internacionales respecto de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad.

Las opiniones consultivas emanan de la función consultiva de la Corte IDH, establecida en el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Esta función tiene como finalidad la interpretación judicial de la CADH o de otros tratados internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Se ha debatido en la doctrina la obligatoriedad de las opiniones consultivas como instrumentos vinculantes para los Estados. En la actualidad, la postura de la Corte IDH ha sido establecer el deber de los Estados de incorporar las interpretaciones de las opiniones consultivas en la aplicación interna del control de convencionalidad⁷⁷. En este sentido, dado que las opiniones consultivas permiten

⁷⁶ CORTE IDH. 2022. Opinión Consultiva OC-29/22. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad.

⁷⁷ Como indica Núñez, el control de convencionalidad es una herramienta de protección de los derechos humanos que ha sido desarrollada a partir de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta herramienta permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte. NÚÑEZ, Constanza. 2015. Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile.

determinar el contenido y alcance de las obligaciones internacionales al interpretar las normas establecidas en los tratados internacionales, los Estados, para cumplir con estos tratados, deben consecuentemente cumplir con las obligaciones específicas que las opiniones consultivas determinan. Por tanto, las opiniones consultivas pasan a formar parte del control de convencionalidad preventivo que deben realizar los Estados.

En palabras de la Corte IDH, “conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁷⁸.

En la elaboración de la OC 29/22, la Corte IDH ha recurrido al *corpus iuris* interamericano e internacional para interpretar las disposiciones de la CADH, determinando así los derechos de las personas privadas de libertad en general y los derechos de los pueblos indígenas en particular.

En cuanto a los derechos de las personas privadas de libertad, la Corte IDH ha desarrollado los estándares a partir de la interpretación de diversos instrumentos internacionales que reconocen tales derechos, entre los que se encuentra, (i) la misma Convención Americana de Derechos Humanos, (ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (iii) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, (iv) la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas

⁷⁸ CORTE IDH. 2014. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Párrafo 31.

Cruel, Inhumano o Degradante de Naciones Unidas y (v) su Protocolo Facultativo, (vi) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos o Reglas Nelson Mandela, (vii) los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, (viii) el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, y (ix) las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

Por otro lado, en cuanto a los derechos de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas, la Corte IDH ha empleado los mismos instrumentos en aquellas normas que se refieren a pueblos indígenas, y particularmente, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. También ha empleado la Declaración de las Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Respecto de estos instrumentos internacionales, el Estado de Chile ha ratificado todos los tratados internacionales de derechos humanos y también ha adherido a todos los instrumentos internacionales que forman parte del *soft law*. En este sentido, el Estado de Chile ha asumido las obligaciones internacionales que se desprenden de estos instrumentos, por lo que se ha comprometido a adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos que han sido reconocidos internacionalmente.

Es importante dar cuenta de la naturaleza vinculante de las obligaciones que nacen de los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado de Chile. Desde el punto de vista del DIDH, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados consagra en el artículo 26 el principio *pacta sunt servanda*, por el cual todo tratado vigente obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Asimismo, de acuerdo al artículo 27, las partes no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Por otro lado, desde el punto de vista del derecho interno, el Estado de Chile, por medio de

su Constitución Política, reconoce en el inciso segundo del artículo 5 el deber de respetar los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes, tratados que de acuerdo con los tribunales nacionales tienen jerarquía de rango constitucional.

Tanto las interpretaciones de la CADH que ha elaborado la Corte IDH por medio de la Opinión Consultiva OC 29/22 a la luz del *corpus iuris* del DIDH, como las obligaciones que se dependen de los diversos instrumentos internacionales en materia de personas privadas de libertad y de pueblos indígenas, especialmente los tratados internacionales ratificados relativos a la CADH y el Convenio 169 de la OIT, conforman los estándares que el Estado de Chile debe observar para cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos en materia de personas indígenas privadas de libertad.

Habiendo presentado estos antecedentes, pasaremos a exponer en concreto cuáles son los estándares internacionales que nos permitirán contrastar la situación de las personas indígenas privadas de libertad en Chile. En primer lugar, nos referiremos a los derechos de las personas privadas de libertad, abordando los estándares que se han desarrollado en el DIDH y que han sido sistematizados en la OC 29/22. En segundo lugar, nos referiremos en específico a los derechos de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas que han sido desarrollados en este mismo instrumento internacional.

2.2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD SEGÚN LA OC 29/22

Si bien el objeto de la OC 29/22 ha sido el desarrollo de estándares internacionales en torno a la necesidad de establecer enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, la Corte IDH ha sistematizado en este instrumento los principales estándares internacionales del *corpus iuris* de las personas privadas de libertad en general, lo que nos permite reconocer cuáles son los deberes que tiene el Estado de Chile en esta materia.

De esta forma, siguiendo esta sistematización, encontramos nueve estándares generales que deben orientar toda la actividad del Estado en materia de personas privadas de libertad, que son: (i) el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia, (ii) el respeto a la dignidad humana como principio general del trato debido a las personas privadas de libertad, (iii) la prohibición y prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, (iv) la reinserción de los condenados como finalidad del régimen de ejecución de la pena, (v) el control judicial de la ejecución de la pena, (vi) el derecho a la igualdad y no discriminación, (vii) el acceso a servicios básicos para una vida digna en prisión, (viii) el cese de la continuidad de la situación generalizada de sobrepoblación y hacinamiento, y (ix) gestión penitenciaria basada en el respeto de los derechos humanos. A continuación, sintetizaremos el contenido de cada uno de estos estándares de acuerdo a lo señalado por la Corte IDH en la OC 29/22.

2.2.1. EL ESTADO SE ENCUENTRA EN UNA POSICIÓN ESPECIAL DE GARANTE DE LOS DERECHOS DE TODA PERSONA QUE SE HALLE BAJO SU CUSTODIA

Este estándar ha sido desarrollado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte IDH, en donde se ha sostenido que las personas privadas de libertad se encuentran en una situación de vulnerabilidad, producto de las consecuencias físicas y psicológicas que tiene la prisionización en el condenado, considerando el estado deficitario de las cárceles en la región, y del hecho de que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia, lo que significa que a las personas privadas de libertad se les imposibilita satisfacer por cuenta propia ciertos derechos o necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

2.2.2. EL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL TRATO DEBIDO A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Se señala en el artículo 5.2 de la CADH que, "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Este principio además es recogido en todos los instrumentos internacionales relativos al tratamiento de las personas privadas de libertad, los que ubican a la dignidad como uno de los valores más fundamentales de la persona humana en el desarrollo de la política penitenciaria. Por ejemplo, las Reglas Nelson Mandela señalan en la Regla 1 que, "Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos".

El trato debido a las personas privadas de libertad, respetando el principio de la dignidad humana, considera que una de las obligaciones indispensables que debe cumplir el Estado, es la de procurarles condiciones mínimas de encarcelamiento, que garanticen el derecho a la vida y a la integridad personal.

2.2.3. LA PROHIBICIÓN Y PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Esta obligación se corresponde con la protección del derecho a la integridad personal que se reconoce en el artículo 5 de la CADH. Es una obligación que no solo se desprende de tratados internacionales como la CADH, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas, sino que también ha pasado a ser considerada como una norma de *ius cogens* del derecho internacional.

Por su parte, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas destaca la importancia de la prevención de la tortura, estableciendo el deber de que los Estados cuenten con un sistema de visitas periódicas, y de elaboración de

informes y recomendaciones a partir de la observación de las condiciones carcelarias en los establecimientos penitenciarios.

2.2.4. LA REINSERCIÓN DE LOS CONDENADOS COMO FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN DE LA PENA

Indica el artículo 5.6 de la CADH que, “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge el mismo estándar internacional en el número 3 del artículo 10. La Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia que es importante para la consecución de esta finalidad que se garantice a las personas privadas de libertad la posibilidad de realizar actividades productivas, el máximo contacto posible con sus familiares, sus representantes y el mundo exterior.

La Corte IDH ha interpretado que, “la ejecución de las penas privativas de la libertad debe procurar que la persona del penado se pueda reintegrar a la vida libre en condiciones de coexistir con el resto de la sociedad sin lesionar a nadie, es decir, en condiciones de desenvolverse en ella conforme a los principios de la convivencia pacífica y con respeto a la ley”⁷⁹.

En sentido similar, las Reglas Nelson Mandela disponen en la Regla 91 que, “El tratamiento de las personas condenadas a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en la medida en que la duración de la pena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar su sentido de la responsabilidad”.

Por tanto, la ejecución de las penas privativas de libertad debe ir acompañada de medidas positivas que permitan desarrollar programas de educación, formación

⁷⁹ OC 29/22. Párrafo 51.

profesional, trabajo y recreación en los establecimientos penitenciarios, procurando la integración de las personas privadas de libertad en la sociedad, y que permitan además la mitigación de las barreras y obstáculos que deben enfrentar estas personas una vez que recuperan la libertad.

2.2.5. EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

La Corte IDH ha sostenido que “la relación de sujeción especial entre las personas privadas de libertad y el Estado, así como la situación especial de vulnerabilidad de la población penitenciaria, justifica un control judicial más riguroso de la garantía de sus derechos”⁸⁰. En este sentido, “las autoridades judiciales deben realizar de oficio o a solicitud de la parte interesada, un control judicial para verificar la garantía de los derechos de las personas privadas de libertad”⁸¹. Asimismo, resulta relevante el deber de garantizar el derecho a la defensa en la etapa de ejecución de la pena.

Por otro lado, el principio VI de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas también desarrolla el contenido de este estándar, estableciendo que, “El control de legalidad de los actos de la Administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales. Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento”.

⁸⁰ Ídem. Párrafo 53.

⁸¹ Ídem. Párrafo 54.

2.2.6. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Este derecho, que se reconoce en el artículo 1.1 y en el artículo 24 de la CADH exige la obligación a los Estados de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de todos los derechos y libertades establecidos en la Convención, sin discriminación alguna. Además, se reconoce como un principio del DIDH que forma parte del *ius cogens*, por lo que debe ser observado por los Estados en el cumplimiento de todas las obligaciones internacionales que éstos asuman.

La Corte IDH ha sostenido que, “el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”⁸². La concepción negativa, indica que el Estado no puede hacer diferencias de trato que no tengan una justificación objetiva y razonable. La concepción positiva exige un deber al Estado de adoptar medidas positivas para subsanar situaciones discriminatorias que afecten a determinados grupos de personas en la sociedad. En este caso, estas medidas no pueden resultar discriminatorias si atienden a un fin legítimo y son proporcionales a dicha finalidad.

A partir de este derecho, en cuanto a las personas privadas de libertad, la Corte IDH ha señalado que “debe garantizarse el respeto de la dignidad de las personas privadas de libertad en las mismas condiciones aplicables al resto de las personas que componen la sociedad y sin ningún tipo de discriminación, más allá de las restricciones inevitables”⁸³. Además, en cuanto a la concepción negativa de este derecho, se establece el deber a los Estados de no ejercer tratos diferenciados injustificados o arbitrarios que estén basados en alguna de las categorías prohibidas de discriminación indicadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana. En el mismo sentido, las Reglas Nelson Mandela disponen en la Regla 2.1 que, “No habrá

⁸² Ídem. Párrafo 59.

⁸³ Ídem. Párrafo 63.

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”.

Por otro lado, la Corte IDH reconoce que en el contexto de la privación de libertad “también se reproducen y exacerbaban los sistemas de dominación social basados en el privilegio de unos y la opresión de otros, como el patriarcado, la homofobia, la transfobia y el racismo. Así, determinados grupos de personas privadas de libertad, debido a su condición, rasgos identitarios o situación actual relacionada con el sexo y género, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, y la pertenencia étnica entre otros, sufren un mayor grado de vulnerabilidad o riesgo contra su seguridad, protección o bienestar como resultado de la privación de la libertad y de su pertenencia a grupos históricamente discriminados, lo que obliga al Estado a adoptar medidas adicionales y particularizadas tendientes a satisfacer sus necesidades específicas en prisión y evitar que sufran malos tratos, tortura u otros actos contrarios a su dignidad”⁸⁴. Por tanto, el derecho de igualdad y no discriminación también mandata a los Estados a adoptar medidas positivas, determinadas “en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”⁸⁵, medidas que no pueden ser consideradas discriminatorias con el resto de las personas privadas de libertad por atender a un fin legítimo. Diversos instrumentos internacionales aluden a la misma obligación.

El desarrollo del estándar de la aplicación de un enfoque diferenciado en la política penitenciaria que realiza la Corte IDH en la OC 29/22 descansa en esta interpretación, procurando que los Estados no contravengan lo previsto en el artículo 5.2 de la CADH y en otros tratados específicos. De la misma manera, se busca

⁸⁴ Ídem. Párrafo 65.

⁸⁵ Ídem. Párrafo 65.

prevenir un trato contrario a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

2.2.7. EL ACCESO A SERVICIOS BÁSICOS PARA UNA VIDA DIGNA EN PRISIÓN

El Estado debe garantizar ciertas condiciones mínimas de privación de libertad, considerando la posición especial de garante que tiene con respecto a las personas privadas de libertad, quienes están impedidos de satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas esenciales para el desarrollo de una vida digna. El acceso a estos servicios básicos no puede depender de los recursos disponibles que tenga el Estado, debiendo además, satisfacer los estándares de trato digno y de igualdad y no discriminación.

El Comité de Derechos Humanos en el caso *Albert Womah Mukong versus Cameroon*, ha afirmado que en cuanto a las condiciones de privación de libertad, con independencia de los recursos disponibles, los Estados deben observar ciertas reglas mínimas, tales como, (i) todo recluso debe disponer de una superficie y un volumen de aire mínimos, (ii) instalaciones sanitarias adecuadas, (iii) prendas que no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes, (iv) una cama individual y (v) una alimentación cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas.

Por otro lado, la Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia algunos estándares sobre el derecho a la salud, a la alimentación adecuada y al agua potable que son aplicables a las personas privadas de libertad. En cuanto al derecho a la salud, el Estado tiene la obligación de "garantizar la salud física y mental de las personas privadas de libertad, específicamente mediante la provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado y acorde a las especiales necesidades de atención que requieran las personas detenidas en cuestión"⁸⁶. En cuanto al derecho

⁸⁶ Ídem. Párrafo 77.

a la alimentación adecuada, “la alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente”⁸⁷. Además, la provisión regular de alimentos debe ser apropiada desde el punto de vista cultural. Finalmente, en cuanto al derecho al agua potable, “los Estados deben proveer agua potable a los reclusos en cantidad suficiente para cubrir sus necesidades de consumo, así como agua para su higiene personal”⁸⁸.

2.2.8. EL CESE DE LA CONTINUIDAD DE LA SITUACIÓN GENERALIZADA DE SOBREPoblACIÓN Y HACINAMIENTO

Para la Corte IDH, el hacinamiento “constituye en sí mismo una violación a la integridad personal y es contrario a la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”⁸⁹. Esta situación generalizada agrava la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad e impide satisfacer correctamente el acceso servicios básicos. Considerando la crítica situación de sobrepoblación y hacinamiento que existe en las cárceles en la región, la Corte IDH ha reafirmado “la necesidad de hacer cesar la continuidad de la situación generalizada de sobrepoblación y hacinamiento en la región a través de medidas idóneas y eficaces para reducir la población penitenciaria”⁹⁰.

Resulta relevante el cuestionamiento que en esta parte hace la Corte IDH en la OC 29/22, con respecto a la política criminal que adoptan diferentes Estados en la región, que ha resultado en la situación generalizada de sobrepoblación y hacinamiento, producto de un uso intensivo de la privación de libertad.

2.2.9. GESTIÓN PENITENCIARIA BASADA EN EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Estado debe, en su posición de garante, adoptar las medidas que puedan favorecer al mantenimiento de un clima de respeto de los derechos humanos entre

⁸⁷ Ídem. Párrafo 89.

⁸⁸ Ídem. Párrafo 97.

⁸⁹ Ídem. Párrafo 101.

⁹⁰ Ídem. Párrafo 107.

las personas privadas de libertad, para lo cual, es necesario que provea suficiente personal capacitado para asegurar el adecuado y efectivo control, custodia y vigilancia de los establecimientos penitenciarios. De esta forma, debe prevenir la violencia carcelaria que ocurre entre las personas privadas de libertad por la falta de personal penitenciario. En este sentido, respecto del personal penitenciario, la Corte IDH señala la importancia de contar con procesos de selección adecuados, con programas de formación sólidos y con condiciones laborales que garanticen la seguridad y dignidad de quienes se encargan de la gestión penitenciaria.

2.3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE LAS PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD SEGÚN LA OC 29/22

Hemos señalado que la Corte IDH desarrolla en la OC 29/22 determinados estándares en relación con el deber de aplicar enfoques diferenciados en la atención de las necesidades especiales de los distintos grupos poblacionales privados de libertad para asegurar una ejecución de la pena respetuosa de su dignidad humana. Dentro de esos grupos, la Corte IDH considera el caso de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, abordando las obligaciones específicas que los Estados tienen en la atención penitenciaria de estas personas, en razón de sus características y necesidades especiales.

En la OC 29/22, la Corte IDH desarrolla los siguientes estándares: (i) el derecho a la igualdad y no discriminación (ii) la preferencia de penas alternativas a la prisión respecto de las personas indígenas, (iii) la preservación de la identidad cultural de las personas indígenas privadas de la libertad, (iv) el uso de la lengua indígena durante la privación de libertad y la adopción de medidas de reinserción e integración culturalmente adecuadas, y (v) la prevención de la violencia contra las personas indígenas privadas de la libertad. El reconocimiento del derecho a la identidad cultural atraviesa la interpretación judicial de todos los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en la elaboración de los estándares que se exponen a continuación.

2.3.1. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El origen étnico corresponde a una de las categorías prohibidas de discriminación para el DIDH, por lo que, las normas internas o medidas adoptadas tanto por autoridades estatales como por particulares no pueden afectar los derechos de ninguna persona a partir de su origen étnico.

La Corte IDH toma en cuenta que la etnia hace referencia a comunidades de personas que comparten elementos socioculturales, dentro de las cuales se encuentran los pueblos indígenas, quienes a su vez tienen elementos propios que conforman su identidad cultural, como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres. Estos elementos, así como la situación especial de vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas, deben ser considerados por los Estados al momento de proteger sus derechos.

2.3.2. LA PREFERENCIA DE PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN RESPECTO DE LAS PERSONAS INDÍGENAS

Esta obligación se establece en el artículo 10.2 del Convenio 169 de la OIT, que dispone que, respecto de las personas indígenas, “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Asimismo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establecen en el Principio III.1 que, “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha dictaminado que, “de los artículos 1.1, 5.2 y 5.3 de la Convención Americana, y del *corpus iuris* especializado en los derechos de los pueblos indígenas, se desprende una obligación internacional de garantizar la excepcionalidad de la privación de la libertad de las personas indígenas.

En cumplimiento de esta obligación, los Estados deben regular las penas alternativas a la prisión, así como las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva que son aplicables a las personas indígenas, delimitando aquellas excepciones donde la privación de libertad resulte necesaria⁹¹.

La Corte IDH toma en consideración como fundamento de esta norma, la necesidad de prevenir las consecuencias que origina la privación de libertad sobre las personas indígenas. El vínculo de las personas indígenas con el territorio y la comunidad a la que pertenecen es determinante en la conformación de la identidad cultural tanto individual como colectiva. Esta relación es la base fundamental de la vida espiritual, la integridad cultural y la supervivencia económica de los pueblos indígenas. Por tanto, la separación de la persona indígena de su territorio y comunidad puede implicar profundos sufrimientos que exceden aquellos inherentes a la privación de libertad, teniendo además un impacto negativo en el resto de la comunidad indígena. En este sentido, la privación de libertad puede constituir un trato cruel, inhumano y degradante, e inclusive una forma de tortura.

Por otro lado, esta obligación se relaciona con una obligación general que tienen los Estados en la aplicación de las sanciones penales, que también se establece en el Convenio 169 de la OIT, en el artículo 10.1, que dispone que, "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".

Desarrollando el contenido de esta obligación general, la Corte IDH indica que las autoridades judiciales del sistema penal, en la evaluación de la responsabilidad penal y la determinación de la pena, deben, "(i) analizar la condición particular de cada persona, su rol e integración con su respectiva comunidad, así como su autoidentificación como persona indígena y las características y condiciones específicas del pueblo indígena al que pertenece; (ii) determinar, en cada caso, si

⁹¹ Ídem. Párrafo 292.

en razón de las características económicas, sociales y culturales de la persona aplica alguna causa de inimputabilidad, justificación o exculpación; (iii) considerar, desde la perspectiva de la cultura indígena, el impacto que tendría la privación de la libertad sobre la persona y la comunidad indígena, y (iv) aplicar, de forma preferente, sanciones y medidas cautelares que no impliquen la privación de la libertad⁹².

Además, para favorecer una aproximación intercultural en la administración de justicia penal, resulta fundamental que las características de la persona que está sometida al procedimiento penal sean evaluadas desde su propia cultura, a través de peritajes antropológicos y sociológicos, intérpretes y visitas *in situ*, entre otros. En este contexto, el establecimiento de una relación de diálogo y coordinación con los representantes de la comunidad indígena es un deber de las autoridades jurisdiccionales.

2.3.3. LA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

De acuerdo a los estándares internacionales, la identidad cultural es un derecho de naturaleza individual y colectiva de las personas indígenas y de las comunidades indígenas. El deber de los Estados de tener en cuenta las características sociales, culturales y económicas cuando se imponen sanciones penales a personas indígenas, busca la preservación de la identidad cultural, e implica que, en aquellos casos excepcionales en los que la privación de la libertad de una persona indígena sea necesaria, el régimen penitenciario se debe adecuar al contenido de este derecho.

La Corte IDH, ha identificado cuatro obligaciones internacionales que responden al contenido del derecho a la identidad cultural de las personas indígenas privadas de libertad.

⁹² Ídem. Párrafo 293.

1) La ubicación de las personas indígenas privadas de libertad. Considerando la importancia del vínculo que tienen las personas indígenas con su territorio y comunidad, los Estados deben facilitar, en la medida de lo posible, el traslado de las personas indígenas privadas de libertad a los centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. De no ser posible, se debe facilitar horarios de visitas más flexibles, que permitan visitas periódicas con sus familiares e integrantes de la comunidad.

2) la preservación de las tradiciones y costumbres indígenas durante la privación de libertad. Las tradiciones y costumbres indígenas se encuentran protegidas tanto por el derecho a la libertad de conciencia y religión, como por el derecho a la identidad cultural. En tal sentido, los Estados tienen la obligación de permitir a las personas indígenas privadas de su libertad ejercer sus prácticas culturales y religiosas en los establecimientos penitenciarios.

La Corte IDH ha interpretado el contenido de esta obligación, señalando que los Estados deben garantizar que las personas indígenas privadas de libertad puedan, "a) profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar su religión, según sus creencias; b) participar en rituales religiosos y espirituales, y ejercer sus prácticas tradicionales; c) elegir a sus representantes dentro de la población penitenciaria, quienes podrán organizar ceremonias de forma periódica, y visitar a los prisioneros que lo requieran; d) recibir visitas externas de representantes de su religión y de su comunidad; e) en la medida de lo posible, acceder a lugares específicos para practicar su culto, y f) portar sus vestimentas tradicionales, y mantener la longitud de su cabello"⁹³.

3) el acceso a alimentos culturalmente adecuados durante la privación de libertad. La Corte IDH considera que, "del artículo 26 de la Convención, se desprende una obligación internacional de proveer a las personas indígenas alimentación que, además de cumplir con los requerimientos nutricionales necesarios para el

⁹³ Ídem. Párrafo 310.

mantenimiento de su salud, se adecúe a los valores y tradiciones de su cultura. Así, los Estados deben permitir que, cuando sea posible, las personas indígenas privadas de su libertad puedan preparar sus propios alimentos, de conformidad con sus pautas culturales. También resulta necesario que los Estados faciliten que otros miembros de la comunidad indígena, así como organizaciones que velan por los derechos de los pueblos indígenas, puedan brindar alimentos a la persona privada de libertad⁹⁴.

4) el uso de prácticas y medicinas tradicionales. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce el derecho de los pueblos indígenas a hacer uso de sus propias prácticas medicinales. La Corte IDH considera que los Estados cuentan con las siguientes obligaciones específicas, "a) promover sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos, de forma tal que el tratamiento médico brindado a las personas indígenas tome en consideración sus pautas culturales; b) permitir a las personas indígenas privadas de libertad introducir al recinto penitenciario aquellas plantas y medicamentos tradicionales, siempre que no representen un peligro para su salud o la de terceros, y c) permitir el ingreso de personas que apliquen la medicina tradicional de la comunidad indígena a los recintos penitenciarios para la atención médica de la persona indígena"⁹⁵.

2.3.4. EL USO DE LA LENGUA INDÍGENA DURANTE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE REINserCIÓN E INTEGRACIÓN CULTURALMENTE ADECUADAS

Las personas indígenas privadas de libertad tienen derecho a expresarse y a recibir información en su idioma o lengua. La Corte IDH indica que los Estados tienen las siguientes obligaciones, "a) garantizar que cualquier información brindada al resto de la población penitenciaria, en especial aquella relativa a sus derechos, el estado de su proceso, y el tratamiento médico recibido, sea traducido al idioma de las personas indígenas. Si estas no saben leer, deberán ser leídas a ellas por parte

⁹⁴ Ídem. Párrafo 314.

⁹⁵ Ídem. Párrafo 322.

de intérpretes; b) brindar interpretación en aquellos procedimientos y diligencias administrativas y judiciales que puedan afectar sus derechos, cuando las personas indígenas no hablen el idioma en que tales procesos sean conducidos, o cuando soliciten expresarse en el idioma propio, y c) abstenerse de prohibir a las personas indígenas privadas de libertad expresarse en el idioma de su elección, lo cual constituye un trato discriminatorio contrario a la Convención Americana”⁹⁶.

En cuanto a las medidas de reinserción e integración culturalmente adecuadas, la Corte IDH expresa que los Estados deben adoptar medidas culturalmente apropiadas, con la participación de los pueblos indígenas, considerando el vínculo de la persona indígena con su territorio y comunidad. Además, estas medidas deben atender las condiciones de exclusión socioeconómica y también los efectos de la discriminación que afecta a las personas indígenas.

Si bien la Corte IDH no desarrolla mayormente este estándar, afirma que las medidas deben permitir el acceso a conocimientos tradicionales, educación u material educativo intercultural y bilingüe. Los programas y servicios penitenciarios deben atender las necesidades culturales de las personas indígenas con enfoque interseccional. También es importante tomar en cuenta que las personas indígenas tienen el derecho a revitalizar su cultura, por lo que, con independencia del grado de conservación cultural, el Estado debe garantizar a todas las personas indígenas el acceso a estas medidas culturalmente adecuadas.

2.3.5. LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

La Corte IDH considera que los Estados tienen las siguientes obligaciones específicas para la prevención de la violencia contra las personas indígenas privadas de la libertad, “a) capacitar y sensibilizar a los funcionarios penitenciarios sobre las particularidades de las culturas indígenas; b) establecer mecanismos de supervisión penitenciaria, así como de denuncia e investigación de violaciones a los derechos

⁹⁶ Ídem. Párrafo 327.

humanos que sean independientes, y que cuenten con personal culturalmente sensible y capacitado en la investigación de la violencia contra las personas indígenas; c) incrementar el número de funcionarios penitenciarios indígenas; d) desarrollar, en conjunto con las comunidades y autoridades indígenas, políticas penitenciarias para atender la violencia y discriminación, y e) asegurar que las medidas adoptadas para proteger a las personas indígenas no impliquen un trato inferior al brindado a las otras personas privadas de libertad, ni el aislamiento⁹⁷.

⁹⁷ Ídem. Párrafo 336.

CAPÍTULO 3. PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN AMÉRICA LATINA

En este capítulo, indagaremos la situación de las personas indígenas privadas de libertad en cuatro países de América Latina, Perú, Paraguay, Ecuador y Colombia. Tal como hemos señalado, existe una problemática con respecto al impacto del encarcelamiento en las personas indígenas. Al respecto, a partir de los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha surgido el reconocimiento de derechos específicos de las personas indígenas privadas de libertad, por lo que los Estados, a pesar de ser los que generan el impacto desproporcionado en este grupo, ahora deben adoptar medidas para garantizar estos derechos.

De este modo, nos centraremos en la situación de las personas indígenas privadas de libertad desde el punto de vista de las medidas adoptadas en estos cuatro países, que hayan reconocido las particularidades culturales de estas personas dentro de las cárceles.

De manera previa, pretendemos aportar antecedentes relevantes para comprender más agudamente el contexto en el que se desenvuelve esta problemática. Para esto, indagaremos la situación de los pueblos indígenas en América Latina, nos detendremos en el estado actual de los sistemas de justicia indígena, analizando sus características, dificultades y relación con el encarcelamiento de personas indígenas, y también indagaremos la situación de los sistemas penitenciarios en la región.

Debemos señalar que la información disponible respecto de la situación de las personas indígenas privadas de libertad es escasa. Esto puede deberse a que se trata de una cuestión de reciente visibilidad pública, y también, a que el funcionamiento deficiente de los sistemas penitenciarios en la región impide contar con antecedentes sistematizados sobre la población penitenciaria indígena. Finalmente, es importante expresar que la finalidad de este capítulo es identificar las medidas adoptadas en otros Estados de la región, las que serán contrastadas

con el caso chileno, con el objetivo de nutrir el análisis conclusivo de esta investigación.

3.1. ANTECEDENTES GENERALES

3.1.1. PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

Dentro de los antecedentes generales de los pueblos indígenas en América Latina, es importante dar cuenta del contexto de las desigualdades estructurales que se presenta en casi todos los países de la región, en donde los pueblos indígenas siguen padeciendo niveles importantes de marginalidad y exclusión social. De acuerdo con el estudio de la CEPAL y FILAC del año 2020, se constata un patrón generalizado de mayor pobreza entre los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población, a pesar de que las políticas públicas han reducido esta pobreza en la última década. En este sentido, se ha observado que la reproducción de la desigualdad que afecta a los pueblos indígenas se debe en gran parte a las estructuras neocoloniales de concentración del poder político y económico, predominantes en América Latina. Desde esa lógica de poder, no ha habido interés en ofrecer soluciones definitivas frente al despojo de los territorios ancestrales de estos pueblos⁹⁸.

La sobrevivencia e integridad cultural de los pueblos indígenas depende en gran medida de que puedan ejercer plenamente sus derechos sobre territorios, tierras y recursos naturales. Sin embargo, se constata una importante brecha de implementación de estos derechos en toda la región como consecuencia del impacto del modelo de desarrollo económico que promueve la industria extractiva de recursos naturales, afectando gran parte de los territorios de los pueblos indígenas de América Latina. En muchos Estados se promueve la inversión de grandes empresas en proyectos agrícolas, forestales, mineros, de hidrocarburos o

⁹⁸ CEPAL y FILAC. 2020. Los pueblos indígenas de América Latina - Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial.

energéticos, lo que ha ido en desmedro de la protección de los derechos territoriales de estos pueblos.

Este escenario ha favorecido procesos de criminalización de las demandas de los pueblos indígenas en América Latina. Para el año 2018, la Relatora Especial sobre los derechos de pueblos indígenas informaba sobre el drástico aumento de las agresiones, criminalización y las amenazas a que se ven sometidos los pueblos indígenas al momento de oponerse a los proyectos extractivos, situación que acontece en contextos históricos de racismo y discriminación estructural en los Estados de la región⁹⁹.

La criminalización contra personas indígenas a nivel judicial se ha expresado en acusaciones imprecisas, pruebas insuficientes, detenciones y encarcelamientos arbitrarios y desproporcionalidad de las prisiones preventivas, entre otras vulneraciones de las garantías procesales. Asimismo, en ocasiones los medios de comunicación contribuyen a los discursos de odio, representando a los pueblos o personas indígenas como parte de bandas de delincuentes, guerrilleros o terroristas. De esta forma, es posible afirmar que una cantidad importante de personas indígenas que son encarceladas en América Latina han debido enfrentar la privación de libertad como consecuencia del uso arbitrario del poder punitivo que los Estados han ejercido en contextos de criminalización de las demandas de los pueblos indígenas.

Desde el punto de vista del reconocimiento de derechos, los Estados de la región han reconocido en las últimas décadas los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Esto ha sido posible tanto por la ratificación del Convenio 169 de la OIT y las adhesiones a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como por el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en gran parte de los ordenamientos jurídicos internos. Sin embargo, se

⁹⁹ NACIONES UNIDAS. 2018. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/39/17.

puede sostener que los Estados no han sido capaces de adoptar las medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio de tales derechos, constatándose en la actualidad importantes brechas de implementación, como, por ejemplo, en el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena.

3.1.1.1. SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA

En esta parte nos interesa exponer la situación de los pueblos indígenas en América Latina en materia del reconocimiento de sus sistemas de justicia, por cuanto, se estima relevante aproximarnos al fenómeno del encarcelamiento de las personas indígenas a partir de las formas tradicionales en que estos pueblos administran su propia justicia en la resolución de conflictos. El propósito es dar luces respecto de la relación existente entre el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena y la privación de libertad de las personas indígenas por parte de los Estados. Para esto, abordaremos las características de los sistemas de justicia indígena, también conocidos como sistemas sancionatorios indígenas, y la medida en que estos sistemas han sido reconocidos por los Estados en la región.

En primer lugar, debemos señalar que cuando hablamos de los sistemas de justicia indígena, que son los que se encargan de la resolución de conflictos que son de interés para las comunidades y pueblos indígenas, estamos hablando de una parte integrante de un concepto más amplio que son los sistemas jurídicos indígenas. A los sistemas jurídicos indígenas también se les conoce como derecho consuetudinario, derecho propio o derecho indígena, que son términos adecuados no solamente porque a través de ellos se reconoce precisamente la existencia de normas jurídicas de regulación social que son propias de los pueblos indígenas, sino porque, además, nos permiten ubicar en un mismo plano conceptual a los sistemas jurídicos indígenas con el derecho estatal, superando de esta forma relaciones subordinadas elaboradas por la doctrina científica cuando se postulaba que los pueblos indígenas no poseen derecho sino que solo usos y costumbres.

No obstante, el problema epistémico es que estos sistemas normativos por lo general son estudiados desde las categorías de pensamiento occidental que tienden a reducir la diversidad de los fenómenos normativos en las estructuras hegemónicas del conocimiento. Por tanto, es importante resaltar el hecho de que al hablar de sistemas normativos indígenas nos estamos refiriendo a realidades culturales alternas en donde cada una de las comunidades y pueblos indígenas posee una concepción particular acerca de su propia regulación social. En este sentido, el término sistemas es adecuado porque permite expresar la pluralidad de manifestaciones normativas existentes entre los pueblos indígenas.

Los sistemas de justicia indígena o sistemas sancionatorios indígenas se caracterizan porque en ellos se comprende la idea de que los conflictos responden a desequilibrios que causan el quebrantamiento de la paz social o la armonía de la comunidad. Por tanto, el ejercicio de la justicia indígena buscará fundamentalmente la restauración de esta paz social. Para esto, resulta importante la participación de toda la comunidad, que además de las autoridades tradicionales, debe contemplar la participación de las partes involucradas, así como de sus familias, con la finalidad de lograr soluciones colaborativas que permitan restaurar no solamente la paz social, sino que también, el menoscabo padecido por la persona afectada, y asimismo, la salud espiritual de la persona infractora, respecto de quien se entiende que ha padecido un desequilibrio interno que le ha llevado a quebrantar la armonía de la comunidad. En estos sistemas de justicia, que se basan en una fuerte cohesión social, la responsabilidad por la conducta del infractor alcanza a toda la comunidad, la que tendrá el deber de restaurar colectivamente la paz social.

Sobre la finalidad de las sanciones en estos sistemas, Villegas y Mella-Seguel nos dicen que, "El examen de los fines de la pena en los sistemas sancionatorios indígenas debe realizarse a la luz del principio rector de reciprocidad, y de lo que hemos identificado como bien jurídico colectivo: el equilibrio de las fuerzas comunitarias y del cosmos. A partir de allí, resulta fácil comprender el por qué estos sistemas tienden a identificarse con la justicia restaurativa. La sanción no pretende

castigar, sino acoger nuevamente al individuo que se ha desviado de las reglas de la comunidad”¹⁰⁰. Estos autores señalan, a modo de comparación con las categorías dogmáticas del derecho penal estatal, que las sanciones que se establecen en la justicia indígena pueden responder a una finalidad preventivo especial positivo, donde se busca la reinserción de la persona infractora a la comunidad, y a una finalidad preventivo general positivo, donde se busca restaurar el equilibrio social a través de una reafirmación de los valores de la comunidad. También señalan que las sanciones pueden tener una finalidad purificadora, en donde se identifica la aplicación de sanciones corporales, por ejemplo, el fuste, latigazos, baño de agua fría o de ortiga en pueblos indígenas de Colombia o Ecuador, que se acompañan de rituales tradicionales con los que se busca que la persona infractora tome conciencia del mal causado, tanto a los demás, como a sí mismo, y que sane su enfermedad espiritual.

Dentro de estos sistemas sancionatorios indígenas, las sanciones privativas de libertad no tienen aplicación. Borja indica dos razones, la primera, porque en las comunidades por lo general no existen los espacios para mantener encerrada a una persona contra su voluntad, y además, los miembros dependen del entorno social de su comunidad, por lo que no se plantea la posibilidad de que escapen del territorio donde han estado toda la vida. La segunda razón, es porque para restaurar la paz social, es necesario reintegrar a la persona infractora a la comunidad. Como expresa este autor, “existe un convencimiento generalizado de que la cárcel de los blancos sólo consigue aislar al sujeto de su medio social tradicional, contagiarlo de los vicios propios de la ciudad e interiorizar un fuerte sentimiento de rabia y rebeldía que causa, tras el cumplimiento de la condena, enfrentamientos, venganzas personales, conflictos, guerras entre familias y, en definitiva, pérdida del equilibrio y de la paz social, valores fundamentales en el sistema social de los pueblos originarios”¹⁰¹.

¹⁰⁰ VILLEGAS, Myrna y MELLA-SEGUEL, Eduardo. 2017. Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile. p. 74.

¹⁰¹ BORJA, Emiliano. 2009. Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos. p. 28.

Como sabemos, los pueblos indígenas han administrado sus propios sistemas de justicia desde mucho antes de la llegada de los europeos. Sin embargo, la vigencia de estos sistemas se ha visto alterada como consecuencia de las relaciones de dominación impuestas por los colonos y posteriormente por los Estados nacionales. Si bien una parte de los pueblos indígenas ha sufrido una pérdida importante de sus instituciones tradicionales, en la actualidad, muchos pueblos en América Latina siguen administrando sus propios sistemas de justicia, mientras que otros han estado en procesos de recuperación de estos sistemas ancestrales.

La demanda indígena incorporó tempranamente dentro de sus exigencias a los Estados el reconocimiento de sus propios sistemas jurídicos. Los pueblos indígenas postularon que, junto con las urgentes demandas territoriales, era imprescindible el reconocimiento de sus instituciones tradicionales. Así, con el avance del Derecho Internacional en el reconocimiento de los derechos colectivos a partir de la adopción del Convenio 169 de la OIT de 1989, los pueblos indígenas impulsaron el reconocimiento constitucional de sus sistemas de justicia en diferentes países de América Latina.

Como indica Yrigoyen¹⁰², este reconocimiento de los sistemas de justicia indígena se produce a partir del constitucionalismo pluricultural con los cambios constitucionales en Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999) y México (2001), que introducen el principio de pluralismo jurídico dentro de los nuevos marcos normativos del Estado. Bajo diferentes fórmulas de pluralismo jurídico estas constituciones reconocen autoridades indígenas, sistemas jurídicos indígenas y funciones jurisdiccionales, estableciendo las competencias y limitaciones de estas funciones jurisdiccionales indígenas. Por primera vez, se contrarrestaba el monismo jurídico que había sido predominante en la construcción de los Estados nacionales en la región.

¹⁰² YRIGOYEN, Raquel. 2012. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista.

Posteriormente, con la influencia de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, se produce un fortalecimiento en el reconocimiento constitucional de los sistemas de justicia indígena que se expresa en el constitucionalismo plurinacional con los cambios constitucionales en Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Así, se establece un pluralismo jurídico igualitario que se fundamenta no solo en la diversidad cultural, sino que también, en el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas, por lo que se propone una igualdad jerárquica entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal. Sin embargo, estos mismos textos constitucionales introdujeron importantes limitaciones a la jurisdicción indígena. En el caso de Ecuador, la justicia indígena se limitó al ámbito territorial, solo para la solución de conflictos internos, mientras que, en el caso de Bolivia, también se limitó al ámbito territorial, para la solución de conflictos internos, y solo respecto de personas indígenas.

El diagnóstico ha sido que, a pesar del reconocimiento de los sistemas de justicia indígena en diferentes constituciones de América Latina, se ha producido un cercenamiento de la jurisdicción indígena en los mismos textos constitucionales, así como en la práctica de los sistemas de justicia estatal al impedir el conocimiento de asuntos indígenas a las autoridades indígenas. Esto ha sido particularmente evidente en materias penales. Como indica Millaleo, "La retirada de competencias a la justicia indígena, allí donde ha sido reconocida, van delineando una visión reducida y desempoderada de esta, asimilándola más bien a un mecanismo alternativo de solución de conflictos dentro del derecho estatal, antes que a un régimen de jurisdicción propio de los pueblos indígenas"¹⁰³.

De esta forma, es posible sostener que, a pesar de los avances en el reconocimiento, se ha mantenido una subordinación de la justicia indígena ante la justicia estatal. Así, como indica este autor, dentro de los desafíos que presenta el pluralismo jurídico y la interlegalidad en los actuales marcos constitucionales se

¹⁰³ MILLALEO, Salvador. 2023. Pluralismo jurídico y justicia indígena. En: Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano. p. 668.

encuentra la adecuada implementación normativa e institucional para lograr la operatividad de los sistemas de justicia indígena, junto con reglas que permitan una coordinación efectiva con la justicia estatal. También es un reto importante la necesidad de establecer una interpretación intercultural de los derechos humanos en el desarrollo de la justicia indígena.

La consecuencia que podemos obtener a partir del análisis de la situación de los sistemas de justicia indígena es que, en primer lugar, estos sistemas expresan formas diferentes de enfrentar los conflictos en relación a los sistemas de justicia estatal, que, desde el punto de vista de las sanciones, se refleja en la ausencia de sanciones privativas de libertad, ya que son medidas que no logran alcanzar los objetivos de la justicia indígena, en particular, la restauración de la paz social a través de la participación de toda la comunidad. Así, la reintegración de la persona infractora a la comunidad se dificulta con el aislamiento que genera el encierro prolongado, el cual carece de sentido en las culturas indígenas. Además, la privación de libertad que se lleva a cabo en lugares como las cárceles, afecta más gravemente la identidad e integridad cultural de la persona indígena y también del pueblo indígena, por cuanto se termina desnaturalizado la finalidad de la justicia indígena.

En segundo lugar, el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena no ha logrado garantizar su ejercicio en las comunidades indígenas de América Latina, toda vez que, persisten limitaciones jurisdiccionales que impiden que los conflictos, particularmente asuntos penales, sean resueltos por la justicia indígena. La expansión de la justicia estatal reduce la posibilidad de que los miembros de las comunidades sean sancionados en sus propias jurisdicciones, y por tanto, están más expuestos a que se le apliquen penas privativas de libertad que deben ser cumplidas en las cárceles del Estado. De este modo, la comunidad deja de tener la posibilidad de restaurar su paz social cuando la justicia estatal impone limitaciones a la justicia indígena.

3.1.2. SISTEMAS PENITENCIARIOS EN AMÉRICA LATINA

La mirada regional sobre los sistemas penitenciarios en América Latina en los últimos años revela problemas generalizados relacionados con la normativa, estructura organizacional y condiciones de vida dentro de las cárceles.¹⁰⁴ A nivel normativo, se observa la inmensa brecha existente entre la implementación de los derechos que se reconocen en la normativa penitenciaria y las condiciones carcelarias de las personas privadas de libertad. Además, se observa una elevada dispersión en las normas en materia de ejecución penal y sistema penitenciario. Por otro lado, la estructura organizacional de los sistemas penitenciarios en pocos casos se encuentra orientada eficientemente en función de estrategias de reinserción social, cuestión que es un factor importante en las altas tasas de reincidencia de la población penitenciaria.

Las condiciones de vida dentro de las cárceles en América Latina se ven impactadas profundamente por la sobrepoblación y hacinamiento, que es el problema más grave que se presenta en los sistemas penitenciarios de la región. Asimismo, son problemas generalizados la falta de establecimientos exclusivos para mujeres, las precarias condiciones de alimentación, salud e higiene, programas educativos desactualizados, programas de trabajo desajustados con las reales demandas laborales, mal funcionamiento de los procedimientos administrativos, entre otros. También se identifican problemas relacionados con la precariedad de las condiciones laborales del personal penitenciario, y con la falta de políticas penitenciarias orientadas a grupos vulnerables, como el caso de las personas indígenas, salvo algunas excepciones.

En el 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos informaba la existencia de serias deficiencias estructurales en los sistemas penitenciarios de la región que persisten en la actualidad. Al respecto, indicaba que tales deficiencias

¹⁰⁴ FUCHS, Marie-Christine y GONZÁLES, Leonel. 2021. Sistemas penitenciarios y ejecución penal en América Latina. Una mirada regional y opciones de abordaje.

afectan gravemente los derechos de las personas privadas de libertad, en particular, el derecho a la vida y a la integridad personal, reduciendo las posibilidades de éxito de la reforma y readaptación social de los condenados, que es la finalidad de la pena privativa de libertad tal como se establece en la CADH. En este sentido, la Comisión Interamericana expresaba que, "es imposible cualquier expectativa de rehabilitación personal y readaptación en sistemas penitenciarios en los que existen patrones sistemáticos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes contra los reclusos por parte de las propias autoridades; en los que se reportan altos índices de violencia carcelaria; en los que existen cárceles en las que el control efectivo de la seguridad interna es ejercido por los propios presos, y no por las autoridades competentes; o en los que el Estado no provee condiciones mínimas de espacio, alimentación, higiene y atención médica"¹⁰⁵.

La Comisión Interamericana también identificaba la sobrepoblación y el hacinamiento como una de las graves deficiencias estructurales en los sistemas penitenciarios de la región. Así también, desde el análisis criminológico se ha sostenido que, si bien la sobrepoblación es una consecuencia de la falta de capacidad de los sistemas penitenciarios para mantener en condiciones dignas a las personas privadas de libertad, se trata de una problemática que en América Latina tiene como causa directa el acelerado crecimiento de las tasas de encarcelamiento¹⁰⁶.

Este crecimiento acelerado de las tasas de encarcelamiento se explica por dos factores que se retroalimentan entre sí. Por un lado, el aumento de la criminalidad, y por el otro, el uso intensivo de la justicia penal y la cárcel como herramientas para enfrentar los problemas de seguridad pública en los países. La criminalidad se ve incrementada en la medida que las personas que son encarceladas pertenecen a los grupos sociales más vulnerables, agravándose los problemas sociales que derivan en el aumento de la criminalidad, e impactando en el crecimiento acelerado de las

¹⁰⁵ CIDH. 2011. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Página 230.

¹⁰⁶ CARRANZA, Elías. 2012. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?

tasas de encarcelamiento, convirtiéndose en un círculo vicioso que no permite resolver las demandas de seguridad. Asimismo, la construcción de más cárceles no ha resuelto el problema, puesto que éstas rápidamente son repletadas debido al uso intensivo de las penas privativas de libertad, por lo que nuevamente se deben construir más cárceles, cuestión que carece de racionalidad a efectos de buscar soluciones a la sobrepoblación penitenciaria.

Los sistemas penitenciarios en América Latina están en crisis desde hace décadas en una región que se caracteriza por tener las sociedades más desiguales del mundo y con las tasas más altas de homicidios. Estos datos también son explicados por el análisis criminológico, al señalar que existe una relación directamente proporcional entre el aumento de la criminalidad y el aumento de la desigualdad social en los países. Mientras más desiguales son los países, los estudios indican que más delitos se cometen, particularmente aquellos que atentan contra la vida y la propiedad de las personas. Frente a este diagnóstico, se ha señalado que la crisis de los sistemas penitenciarios mejorará en la medida que los Estados asuman que la política criminal debe ir de la mano de las políticas sociales y económicas, enfatizando la prevención de los delitos. Así, una mayor descongestión de los sistemas penitenciarios favorecerá un tratamiento eficiente en la reinserción social de las personas que cometen los delitos.

3.2. DERECHO COMPARADO

En una etapa inicial del desarrollo metodológico de esta investigación, el objetivo se había planteado como una indagación de todos los países de América Latina, lo que representaba un desafío importante que permitiría conocer y contrastar una gran variedad de experiencias internacionales, enriqueciendo la exploración de la situación de las personas indígenas en la región. Sin embargo, ante la dificultad que significó abordar cada caso, por no existir documentación sistematizada sobre la situación de este grupo, y por la gran dispersión de las medidas que han adoptado los Estados desde diferentes órganos públicos, optamos por limitar el estudio de casos en cuatro países. Asimismo, habiendo revisado

preliminarmente muchos de los países de la región, para aproximarnos a la documentación disponible, escogimos aquellos casos respecto de los cuales se ofrecían insumos interesantes, que permitían ahondar en la situación de las personas indígenas privadas de libertad.

De los cuatro países seleccionados, Colombia y Ecuador son los casos que aportan mayor documentación, que está nutrida de aportes jurisprudenciales, normativos y doctrinales, lo que nos permite indagar desde diferentes ángulos la problemática del impacto del encarcelamiento en las personas indígenas y especialmente las medidas adoptadas al respecto por los Estados.

Con todo, se debe señalar que casi todos los países de la región presentan alguna documentación que da cuenta de las personas indígenas privadas de libertad. Pocos países, como Argentina y Uruguay presentan avances prácticamente nulos en esta materia. Por otro lado, son variados los países que han incorporado en la normativa penitenciaria más de una disposición referida a la protección de las personas indígenas privadas de libertad. Más allá de la región, Canadá representa un caso importante en el que también se encuentra bastante bibliografía, principalmente debido al problema de sobrerrepresentación indígena que tienen en las cárceles.

Respecto de los países seleccionados, Perú, Paraguay, Ecuador y Colombia, podemos destacar algunas comparaciones antes de pasar al estudio de caso. Ecuador y Colombia representan los casos fuertes de protección de derechos de los pueblos indígenas, lo que se refleja en el desarrollo constitucional y jurisprudencial, mientras que Perú y Paraguay presentan brechas más grandes de implementación de estos derechos. A nivel de organización política de los pueblos indígenas, también destacan las organizaciones en Colombia y en Ecuador, a diferencia de los otros casos. Finalmente, a nivel demográfico, la población indígena en Colombia es del

4,4%, la de Ecuador es del 7%, la de Perú es del 26% y la de Paraguay es del 1,8% según los datos del CEPAL¹⁰⁷.

En la exposición de estos casos, se inicia con el marco constitucional, para dar cuenta del avance en materia de derechos de los pueblos indígenas, y específicamente en el reconocimiento de la justicia indígena, que como vimos, se puede relacionar con la posibilidad de que las personas indígenas no sean sometidas a penas carcelarias, aun cuando no se desarrolla este análisis particular en los casos.

3.2.1. PERÚ

La Constitución Política del Perú del año 1993 reconoce en su artículo 2 N° 19 la pluralidad étnica y cultural de la nación. En el mismo numeral reconoce el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural, así como el derecho de las personas a usar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante intérprete. Esta constitución reconoce en el artículo 149 la justicia indígena, al establecerse que, "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona".

3.2.1.1. REGLAMENTO DEL CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL

La ejecución de las penas privativas de libertad se regula en el Código de Ejecución Penal del año 1991. En el Reglamento del Código de Ejecución Penal del año 2003 se establece en el artículo 47 el deber de la administración penitenciaria de incorporar en la ficha de identificación a las personas privadas de libertad que integren una comunidad campesina o nativa, además de adoptar las medidas necesarias a efectos de asignarle una ubicación en el establecimiento penitenciario que garantice su identidad étnica y cultural, con la salvaguarda de que dicha ubicación no signifique su aislamiento de los demás internos. Además, en el artículo

¹⁰⁷ CEPAL y FILAC. 2020. Los pueblos indígenas de América Latina - Abya Yala y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial. p. 153.

49 se establece que el director del establecimiento penitenciario tiene el deber de informar a la Oficina General de Informática del Instituto Nacional Penitenciario sobre la presencia de personas indígenas. A su vez, esta Oficina tiene el deber de informar mensualmente a la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos y Amazónicos y a la Defensoría del Pueblo respecto de la cantidad, nombre y ubicación de los internos integrantes de una comunidad campesina o nativa.

3.2.1.2. POLÍTICA NACIONAL PENITENCIARIA AL 2030 Y PLAN ESTRATÉGICO MULTISECTORIAL

Destacamos la Política Nacional Penitenciaria al 2030 del año 2020¹⁰⁸ y su Plan Estratégico Multisectorial del año 2024¹⁰⁹. En la Política Nacional se reconoce la inadecuada atención de necesidades de poblaciones vulnerables, por lo que se contemplan lineamientos específicos para la atención de grupos de especial protección en establecimientos penitenciarios dentro de los cuales se encuentra la población indígena. Asimismo, para el mejoramiento de infraestructura y servicios penitenciarios y también para el mejoramiento de capacidades para la reinserción se contempla que se deben tomar en cuenta las necesidades diferenciadas de las personas, incorporando enfoques de género, interculturalidad, derechos humanos e interseccionalidad en la atención de la población penitenciaria.

Por su parte, en el Plan Estratégico se establece que para la implementación del enfoque intercultural en los servicios y acciones penitenciarias se solicitará la asistencia técnica del Ministerio de Cultura para beneficiar a la población penitenciaria que pertenezca a un pueblo indígena. Además, se establece que se debe tomar en cuenta el Decreto Supremo N° 001-2023-MC que aprueba los Lineamientos para Incorporar el Enfoque Intercultural en la Prestación de los Servicios Públicos¹¹⁰, que precisamente mandata a la autoridad penitenciaria a

¹⁰⁸ Política disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/inpe/noticias/304592-aprueban-politica-nacional-penitenciaria-al-2030>

¹⁰⁹ Plan disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5902609/5234028-pem-politica-nacional-penitenciaria.pdf?v=1708610609>

¹¹⁰ Decreto disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/DS%20N%20001-2023-MC%20y%20ANEXO.pdf>

promover la participación de las autoridades representativas de los pueblos indígenas.

3.2.1.3. ACCIONES IMPLEMENTADAS POR EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO

El Sistema Penitenciario Nacional es administrado por el Instituto Nacional Penitenciario. En la página web de este Instituto podemos encontrar la implementación de algunas acciones orientadas a la población penitenciaria indígena¹¹¹. Se informa de la realización de un ciclo de capacitación a los funcionarios penitenciarios sobre la población de especial protección, campañas de asesoría jurídica a personas indígenas privadas de libertad, celebraciones indígenas en establecimientos penitenciarios, firma de convenios de cooperación con organizaciones indígenas para desarrollar acciones conjuntas en materia de resocialización de las personas indígenas, entre otras acciones.

Por otro lado, en los informes estadísticos penitenciarios también se menciona a los pueblos indígenas. En estos informes se afirma el compromiso de la autoridad penitenciaria de brindar atención especializada y tratamiento con base en la cultura debiendo generarse políticas y programas a favor de los pueblos indígenas. Según el último informe del mes de mayo del año 2024, la población indígena en el Sistema Penitenciario Nacional alcanzaba las 1.762 personas privadas de libertad¹¹².

Sin embargo, respecto de esta estadística penitenciaria la Defensoría del Pueblo constató irregularidades al contrastar la información aportada por la autoridad penitenciaria con el Primer Censo Nacional Penitenciario¹¹³. En efecto, la Defensoría del Pueblo registró en el año 2018 a 604 personas indígenas en la supervisión de 54 establecimientos penitenciarios (de un total de 69), de acuerdo

¹¹¹ Información disponible en: https://www.gob.pe/institucion/inpe/buscador?term=ind%C3%ADgenas&institucion=inpe&topic_id=&contenido=normas+y+documentos+legales&sort_by=None

¹¹² INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO. 2024. Informe estadístico.

¹¹³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2018. Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones.

con la información aportada por las autoridades penitenciarias, que no indicaron el pueblo al que estas personas pertenecen. Esta cifra no se reflejaba en el Primer Censo Nacional Penitenciario del año 2016 que registró 9.552 internos que se consideran quechuas, 975 que se consideran aymaras, y 28 que se consideran nativos o indígenas de la Amazonía. Para la Defensoría, la explicación de esta diferencia estaría en que en el Censo se preguntó directamente a los internos. Esto demostraría la falta de técnicas efectivas para conocer la población indígena en los establecimientos penitenciarios, donde las autoridades no suelen tener identificadas a las personas indígenas, afectando la visibilidad de esta población y de sus necesidades.

3.2.1.4. POLÍTICA DE TRANSVERSALIZACIÓN DEL ENFOQUE INTERCULTURAL

Finalmente, también es relevante dar cuenta de la Política de Transversalización del Enfoque Intercultural, aprobada mediante Decreto Supremo N° 003-2015-MC¹¹⁴, que establece mecanismos de acción en favor de los derechos de los pueblos indígenas. A partir de esta política, las autoridades penitenciarias deben adoptar medidas necesarias de implementarse en el ámbito penitenciario, generando información cuantitativa y cualitativa de los pueblos indígenas, y promoviendo el cumplimiento de las normas sobre derechos relacionados con la implementación de sanciones penales a miembros de dichos pueblos.

3.2.2. PARAGUAY

La Constitución de la República de Paraguay del año 1992 reconoce en el artículo 63 el derecho de los pueblos indígenas a la identidad étnica. En el mismo artículo reconoce el derecho a "aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta

¹¹⁴ Decreto disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/cultura/normas-legales/206210-003-2015-mc>

Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena". En el artículo 140 se declara que Paraguay es un país pluricultural y bilingüe, y se reconoce el guaraní como un idioma oficial.

3.2.2.1. CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL Y PROTOCOLO DE ATENCIÓN PARA PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD

La ejecución de las penas privativas de libertad se regula en el Código de Ejecución Penal de 2014, el que hace referencia a la población indígena en el artículo 86 al establecerse el deber de la administración penitenciaria de emplear el idioma guaraní, así como de brindar la traducción necesaria, y en el artículo 269, al establecer que la administración penitenciaria deberá prestar atención especial a la enseñanza de los adolescentes con necesidades culturales o étnicas particulares.

En el año 2018 el Ministerio de Justicia aprobó el Protocolo de Atención para Personas Indígenas Privadas de libertad con la finalidad de mejorar la atención y garantizar los derechos de esta población penitenciaria. Dentro de las pautas generales se establece respecto de las personas indígenas que: (i) serán tratadas con absoluto respeto de sus derechos fundamentales, (ii) se les garantizará la no discriminación en los centros penitenciarios y educativos, y no serán sometidas a realizar actividades laborales contra su voluntad, (iii) se distribuirán en ambientes separados de la población general, cuando sea posible, en atención a su cosmovisión y costumbres, (iv) se asignarán a espacios o ambientes menos restrictivos, debiendo tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas en situación de vulnerabilidad, (v) se respetará la forma de ser, creencias y costumbres religiosas, evitando en lo posible la alienación cultural, (vi) se les informará en cualquiera de los idiomas oficiales las normas penitenciarias, facilitando traductor en caso de necesidad, (vii) tendrán el mismo acceso que los no indígena a la educación, el trabajo y la capacitación profesional, (viii) se garantizará la atención médica, considerando las solicitudes de atención del guía espiritual tradicional de la etnia respectiva, que deberá atender acompañado por el médico del establecimiento, (ix) se garantizará una alimentación adecuada, el acceso agua potable suficiente y

servicio higiénico, (x) se facilitarán los contactos con familiares o referentes comunitarios, (xi) se articulará con la autoridad judicial la permanencia en centros penitenciarios o educativos cercanos a sus comunidades de origen, (xii) se remitirá periódicamente a las autoridades competentes la situación procesal de las personas indígenas privadas de libertad, para articular acciones con abogados defensores. Este Protocolo contempla además pautas de actuación específica que deben realizar los funcionarios que prestan servicios en áreas de intervención judicial, de salud y social dentro de los establecimientos penitenciarios para la atención de las personas indígenas privadas de libertad¹¹⁵.

Respecto de este Protocolo, Mendieta desarrolla un análisis desde el principio de igualdad y no discriminación. Si bien considera que este Protocolo es una acertada decisión legislativa, critica que se trata de un instrumento que contiene normas programáticas más que operativas, que no contiene mecanismos efectivos para garantizar los derechos de la población penitenciaria indígena. Considera de difícil aplicación la disposición que se refiere a la distribución en ambientes separados para las personas indígenas, por cuanto se constata que en los establecimientos penitenciarios el Estado acostumbra a entregar la administración de pabellones a las instituciones religiosas. Considera que, al disponer el Protocolo que las personas indígenas tendrán el mismo acceso que los no indígena a la educación, el trabajo y la capacitación profesional, se omite el enfoque intercultural que debe existir en esta materia. También considera que se desprende una actitud etnocentrista del Estado al establecerse que la intervención de guías espirituales tradicionales en salud debe estar acompañada del médico del establecimiento¹¹⁶.

3.2.3. ECUADOR

La Constitución Política del Ecuador del año 2008 reconoce en el artículo 1 que el Estado es plurinacional e intercultural. Además, reconoce en el artículo 57

¹¹⁵ Protocolo disponible en: <https://informacionpublica.paraquay.gov.py/public/897164-480PDF-480.PDF>

¹¹⁶ MENDIETA, Maximiliano. 2020. Protocolo de atención a personas indígenas privadas de libertad. Una mirada desde el Principio de Igualdad y No Discriminación. p. 128 a 135.

una serie de derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, dentro de los cuales se encuentra la protección de su identidad, tradiciones ancestrales, formas de organización social, tierras y territorios ancestrales, derecho propio, patrimonio cultural, entre otros. Esta Constitución reconoce en el artículo 171 la justicia indígena, estableciendo que, "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales".

3.2.3.1. REGLAMENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE REHABILITACIÓN SOCIAL

La ejecución de penas privativas de libertad se regula en el Código Orgánico Integral Penal del año 2014 y también en el Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Social del año 2020, que contiene algunas disposiciones que hacen referencia expresa a las personas indígenas privadas de libertad. En el artículo 3 se reconoce como principio general la interculturalidad, por el cual se deben considerar las costumbres y expresiones culturales, así como las normas que se refieren a las personas indígenas. En el mismo artículo también se reconoce como principio general la igualdad y no discriminación, que de manera específica prohíbe la discriminación por razones de identidad cultural. También, en el artículo 19 se establece que la formación y capacitación penitenciaria debe contemplar, entre otros, el enfoque de interculturalidad.

Otras disposiciones que resultan aplicables a las personas indígenas las encontramos en el artículo 50 donde se establece que la alimentación debe ser proporcionada tomando en consideración las diversas tradiciones culturales. En el artículo 88 se establece que, al momento del ingreso de las personas privadas de libertad, los funcionarios penitenciarios tienen la obligación de informar en su lengua

materna los derechos, obligaciones y régimen disciplinario. En el artículo 159 se establece que se debe respetar el ingreso y uso de prendas de vestir y accesorios de pueblos y nacionalidades indígenas. También, dentro de los ejes de tratamiento que contempla el Reglamento para la rehabilitación de las personas privadas de libertad, se establece en el artículo 207 un eje de tratamiento cultural, que debe contar con un modelo de gestión que debe incluir en su elaboración el enfoque de interculturalidad. Este eje de tratamiento cultural considera el desarrollo de actividades para fortalecer la interculturalidad, y tiene dentro de sus objetivos fomentar la conservación de la identidad cultural.

Dentro de las críticas que se han planteado a este Reglamento en cuanto al reconocimiento de las personas indígenas¹¹⁷, se encuentra el hecho de que, a pesar de reconocerse el principio de interculturalidad, en ninguna parte se establece el deber de registrar las personas indígenas que ingresan a los establecimientos penitenciarios. Además, no tiene aplicación este principio dentro de los criterios de separación de la población penal, lo que resulta en la dificultad de disponer de espacios separados para la población indígena. Tampoco se reconoce el acceso a la medicina tradicional. Respecto del reconocimiento de la lengua materna, se critica que no se está reconociendo efectivamente en el Reglamento un derecho de las personas indígenas a expresarse en su propio idioma, sino que más bien, se establece una garantía de debido proceso que limita el ejercicio de este derecho al momento del ingreso. También se observa que el Reglamento no se hace cargo de la problemática que implica la distancia geográfica de los establecimientos penitenciarios con las comunidades de origen de las personas indígenas privadas de libertad. Finalmente, se critica que más allá de reconocerse el principio de igualdad y no discriminación, no se establecen medidas concretas para prevenir la discriminación por razones culturales que afecta a las personas indígenas privadas de libertad.

¹¹⁷ FUNDACIÓN LIBERTAD. Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad. Observaciones y aportes. Ecuador.

Por otro lado, se constata que en materia de ejecución de penas privativas de libertad, el sistema de justicia estatal también aplica la Guía para la Protección Integral de Personas Privadas de Libertad, elaborada por la Asociación interamericana de Defensorías Públicas¹¹⁸, que establece obligaciones para los defensores públicos dentro de las cuales se encuentra la protección de la identidad cultural de las personas indígenas. En efecto, en esta Guía se establece una serie de obligaciones destinadas a verificar el respeto del idioma, tradiciones y costumbres de las personas indígenas en los establecimientos penitenciarios, sin embargo, no es un instrumento vinculante.

Por último, cabe indicar que, según la estadística penitenciaria del año 2022, se encontraban 1.502 personas indígenas privadas de libertad.

3.2.3.2. SENTENCIA N° 112-14-JH/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N° 112-14-JH/21 del año 2021 estableció importantes parámetros de protección de los derechos a la libertad e integridad personal de las personas indígenas privadas de libertad, con motivo de una acción de *habeas corpus* interpuesta en favor de personas indígenas de un pueblo de reciente contacto que fueron sometidas a una medida cautelar privativa de libertad¹¹⁹. La Corte expresó que la orden de prisión preventiva en contra de miembros de un pueblo de reciente contacto fue dictada incumpliendo la obligación de toda autoridad judicial de desarrollar una interpretación intercultural al momento de aplicar el derecho estatal, por lo que no se tuvo una comprensión intercultural de las normas ni de los hechos, de manera que la privación de libertad se torna arbitraria, por no respetar los derechos colectivos de los pueblos indígenas. La aplicación del principio de interculturalidad implica posibilitar un diálogo intercultural

¹¹⁸ Guía disponible en: <https://aidef.org/guia-regional-para-la-defensa-publica-y-la-proteccion-integral-de-las-personas-privadas-de-libertad/>

¹¹⁹ Sentencia disponible en: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic3NWNiMTUyOC1hNDEyLTRkNTctYTRiZi1kMjMzYmE5MTBIZDEucGRmJ30=

con los pueblos indígenas a fin de interpretar adecuadamente las normas y los hechos del caso.

Para la Corte, la privación de libertad debe ser observada de manera más estricta en el caso de las personas indígenas, con mayor énfasis cuando se trata de pueblos de reciente contacto. Inclusive, la privación de libertad resulta incompatible con el principio constitucional de no contacto en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento. En este sentido, la Corte adopta el principio que indica que, a mayor conservación de los usos y costumbres, mayor autonomía para los pueblos indígenas en el ejercicio de su derecho propio, y mayor autonomía para los tribunales penales de adoptar medidas alternativas a la privación de libertad.

Si bien en esta sentencia la Corte se centra en los pueblos indígenas de reciente contacto, cuando son sometidos a una medida cautelar privativa de libertad, en su desarrollo también determinó una serie de obligaciones que deben ser cumplidas por el sistema de justicia estatal cuando se ordena la privación de libertad respecto de cualquier persona indígena, que incluyen: "(i) adoptar medidas para que la privación de libertad de personas indígenas no anule, ni obstaculice sus derechos colectivos, costumbres, cultura, idioma, religión o culto, su acceso a una alimentación propia de sus costumbres, a sus formas de vestir, a su medicina tradicional, entre otros valores y expresiones étnicas e identitarias protegidas por la Constitución, (ii) erradicar prácticas discriminatorias, (iii) elaborar e implementar protocolos efectivos para la atención de las necesidades especiales de las personas indígenas, (iv) brindar información en su idioma sobre la normativa a la que están sujetos en el centro de privación de libertad y los derechos que los asisten, (v) brindar la atención médica y psicológica especializada que se adecúe con sus costumbres, (vi) generar oportunidades culturales para el desarrollo de actividades orientadas a su reinserción social, (vii) garantizar progresivamente la infraestructura adecuada, (viii) garantizar el acceso a una justicia intercultural, (ix) garantizar la privación de libertad en aquellos centros más cercanos a sus comunidades".

También resulta relevante las obligaciones que la Corte desarrolla en la sentencia con respecto a las medidas alternativas a la prisión preventiva. En este sentido, la regla que deben cumplir los tribunales penales es la adopción de medidas alternativas a la prisión preventiva cuando se trata de personas indígenas, con especial énfasis en los pueblos de reciente contacto. Asimismo, se establece que, en el caso de los pueblos de reciente contacto, el tribunal penal no puede dictar prisión preventiva sin antes haber cumplido con, (i) diálogo intercultural con las autoridades indígenas, (ii) análisis de las medidas alternativas a la prisión preventiva conjuntamente con las autoridades indígenas, incluyendo las razones por la cuales no se aplican las medidas alternativas, y (iii) carga argumentativa mayor de la justificación de la prisión preventiva. La Corte establece que estas mismas actuaciones son facultativas para los tribunales penales respecto del resto de los pueblos indígenas¹²⁰.

3.2.4. COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia del año 1991 establece en el artículo 1 que el Estado es una República pluralista, y en el artículo 7 que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Además, reconoce y protege en el artículo 10 las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, en el artículo 63 las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo, y en el artículo 286 los territorios indígenas. Esta Constitución reconoce en el artículo 246 la jurisdicción especial indígena, por la cual, “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república”.

¹²⁰ Un aporte importante propiciado por esta sentencia fue la elaboración del Protocolo para la Aplicación del Diálogo Intercultural en la Función Judicial y la Guía de Mecanismos de Coordinación y Cooperación entre Autoridades de la Justicia Indígena y Justicia Ordinaria en Procesos Interjurisdiccionales aprobada por el Consejo de la Judicatura en la Resolución 053-2023. Disponible en: <https://www.funcionjudicial.gob.ec/resources/pdf/resoluciones/2023/053-2023.pdf>

3.2.4.1. CÓDIGO PENITENCIARIO Y ENFOQUE DIFERENCIAL

La ejecución de las penas privativas de libertad se regula en el Código Penitenciario y Carcelario dictado por la Ley 65 del año 1993. La única norma que se refiere a las personas indígenas la encontramos en el artículo 29, al establecerse que, respecto de estas personas, la detención preventiva se debe llevar a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado, facultándose a la autoridad judicial o penitenciaria a disponer de la misma medida para el caso del cumplimiento de la condena.

Con la Ley 1709 del año 2014, que modificó el Código Penitenciario y Carcelario, se agregó el artículo 3A¹²¹, que establece el principio de enfoque diferencial, por medio del cual, se reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su etnia, por lo que las medidas penitenciarias deben contar con este enfoque. De esta forma, se busca respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas al interior de las cárceles del Estado.

Sobre el enfoque diferencial, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en la sentencia T-515 del año 2016 que “los indígenas tienen derecho a la aplicación de un enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria que les permita garantizar la protección y permanencia de sus costumbres y tradiciones étnicas. Esto implica que los indígenas que se encuentran reclusos en un establecimiento penitenciario ordinario por disposición de la máxima autoridad de su resguardo o por no haber cumplido los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial, tienen derecho a pagar su condena en un pabellón especial que les

¹²¹ Esta misma Ley dispuso en el artículo 96 que el Presidente de la República debía dictar dentro de seis meses, previa consulta, un decreto que regulara las condiciones de reclusión y resocialización para miembros de grupos étnicamente diferenciados, sin embargo, no se llevó a cabo. Se entienden parte de grupos étnicamente diferenciados los miembros de pueblos indígenas, de comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras, y de grupos ROM.

garantice la protección de su derecho fundamental a la identidad cultural, o a ser enviados a su resguardo para cumplir dentro de su ámbito territorial la sanción”¹²².

3.2.4.2. DIAGNÓSTICO DE LAS PERSONAS INDÍGENAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN COLOMBIA

La Corte Constitucional de Colombia ha declarado en reiteradas sentencias la existencia de un estado de cosas inconstitucionales en materia carcelaria y penitenciaria, por cuanto, se ha constatado una violación sistemática de los derechos fundamentales de los internos en las cárceles colombianas. También ha reconocido que estas violaciones tienen efectos diferenciados en la población indígena privada de libertad. En la sentencia T-388 del año 2013 la Corte identificó como problemáticas que afectan a los miembros de pueblos indígenas en las cárceles las siguientes: (i) no hay un censo que permita identificarlos y se desconoce su identidad étnica, (ii) las autoridades penitenciarias y carcelarias desconocen las normas que les protegen, (iii) las comunidades y organizaciones carecen de los medios económicos para establecer contacto con los indígenas privados de la libertad, (iv) existen dificultades lingüísticas, (v) no se destina presupuesto suficiente y adecuado, y (vi) no hay espacios diferenciados ni mecanismos que eviten el desarraigo de los indígenas en prisión¹²³.

Asimismo, se han elaborado distintas investigaciones que dan cuenta de las causas y consecuencias del encarcelamiento en las personas y comunidades indígenas en Colombia. Gutiérrez se refiere a la problemática de la desconexión del pueblo indígena y de las autoridades indígenas con la persona indígena privada de libertad que se presenta en algunos casos, así como el desconocimiento de la justicia estatal hacia las identidades indígenas y sus justicias propias. También se refiere al

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2016. Sentencia T-515/16. p. 36. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-515-16.htm>

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2013. Sentencia T-388/13. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

impacto de la prisionalización en las identidades indígenas, y en la comunidad, donde se ven afectadas las redes de cooperación económica¹²⁴.

3.2.4.3. RUTAS DE INGRESO DE LAS PERSONAS INDÍGENAS A LAS CÁRCELES COLOMBIANAS

Ariza y Zambrano han planteado la pregunta sobre cómo es que llegan las personas indígenas a las cárceles en Colombia en un contexto donde el Estado ha reconocido la jurisdicción de los pueblos indígenas¹²⁵. En este sentido, identifican cuatro rutas de entrada: (i) cuando en el proceso penal no se hace visible la pertenencia étnica ni se indaga acerca de la misma por parte de los operadores jurídicos, afectando la posibilidad de que las personas indígenas sean juzgadas bajo la jurisdicción indígena. Esta invisibilidad se presenta también en los establecimientos penitenciarios, cuando las personas indígenas no son registradas por la autoridad penitenciaria.

(ii) Cuando, a pesar de haber una visibilidad de la pertenencia étnica en el proceso penal, la jurisdicción estatal decide la aplicación de la pena carcelaria luego de discutirse en el campo de la dogmática penal la criminalidad de la persona indígena. Aquí, es la misma jurisdicción estatal la que decide que la persona indígena no puede ser juzgada por la jurisdicción indígena, en atención a los criterios normativos y jurisprudenciales establecidos sobre el alcance de esta jurisdicción. En estos casos se revela de forma problemática la tendencia asimilacionista de los operadores jurídicos de suspender el fuero indígena cuando se ha estimado que, debido al grado de contacto de la persona indígena con la cultura occidental, la pertenencia étnica ha perdido vigencia, por lo que se procede con el juzgamiento bajo la jurisdicción estatal. También incide como factor de encarcelamiento la política

¹²⁴ GUTIÉRREZ, Marcela. 2022. De la cárcel a la maloca: Un recorrido por los desafíos de la justicia indígena en Colombia. Del retribucionismo hacia una cultura de la convivencia. p. 105 a 136.

¹²⁵ ARIZA, Libardo y ZAMBRANO, Rolando. 2012. Cárcel Kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia. p. 161 a 186.

criminal del Estado cuando se persiguen delitos imputados a personas indígenas en el contexto de la guerra contra el narcotráfico y el conflicto armado.

(iii) Cuando la persona indígena decide renunciar a su fuero indígena con la finalidad de escoger por ser juzgada bajo la jurisdicción estatal. En este caso, se presenta una problemática cuando se acompaña con una renuncia de la pertenencia étnica, que para la justicia estatal pasa a ser entendida como una renuncia definitiva, legitimando una idea colonialista de la identidad como una construcción formal del derecho que puede o no ser adjudicada arbitrariamente a las personas.

(iv) Cuando es la misma comunidad indígena la que decide entregar a la persona indígena al sistema penal y penitenciario del Estado.¹²⁶ Esto puede ocurrir porque las autoridades indígenas pueden negar la certificación de pertenencia étnica de una persona, o por la adopción de parte de las autoridades indígenas de conceptos propios de la dogmática penal como la idea de peligrosidad o de la privación de libertad como forma de sanción penal. Aquí se da cuenta de un factor que incide en el encarcelamiento de personas indígenas relacionado con la atrofia institucional de los pueblos indígenas, que no han podido fortalecer sus sistemas propios de justicia, al mismo tiempo que el Estado padecería una hipertrofia institucional en la burocracia diseñada para atender el mandato constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica. Los autores también señalan como ejemplo de la permeabilidad de los sistemas de justicia indígenas a las ideas del sistema de justicia estatal, la implantación de espacios destinados a la privación de libertad en comunidades indígenas, en algunos casos, con claras similitudes a la lógica de los establecimientos penitenciarios del Estado.

3.2.4.4. CENTROS DE ARMONIZACIÓN INDÍGENAS

En el caso de Colombia, destacamos especialmente la creación de espacios destinados a la privación de libertad en comunidades indígenas que obedecen a

¹²⁶ Para el año 2016, según el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, cerca del 30% de los reclusos indígenas se encontraban en condición de "guardados", es decir, que habían sido enviados por sus propias autoridades indígenas a los establecimientos penitenciarios administrados por el Estado.

lógicas propias de la justicia indígena, como lo son los llamados centros de armonización indígenas. Estos centros son considerados lugares especiales para el cumplimiento de sanciones impuestas en el ejercicio de la justicia indígena, o para recibir a personas indígenas sometidas a medidas cautelares o sancionadas con penas privativas de libertad por la justicia estatal, administrados por la autoridad indígena¹²⁷.

Desde el punto de vista de la cultura indígena, estos centros buscan equilibrar las energías de la persona indígena, entendiendo en quien comete un delito la existencia de una enfermedad que debe ser sanada a través de la medicina tradicional. López sostiene que la resocialización como finalidad de la pena encuentra mejores resultados en estos centros de armonización indígena, en contraste con los establecimientos penitenciarios del Estado. También identifica algunas dificultades relacionadas con falta de financiamiento y de capacitación, y critica que las autoridades indígenas queden excluidas de la decisión de cambiar el sitio de reclusión al territorio indígena, la que es tomada exclusivamente por el tribunal estatal¹²⁸.

Velasco realiza una descripción de estos centros, como expresión local del pluralismo jurídico, y como expresión de la justicia y recuperación de la identidad cultural del pueblo nasa. Al respecto, indica que este pueblo ha buscado que la

¹²⁷ A través de la sentencia T-921 del año 2013 la Corte Constitucional de Colombia introdujo la posibilidad del cambio de sitio de reclusión a territorio indígena como una forma de garantizar la identidad cultural de las personas indígenas, así como la autonomía y el ejercicio del derecho propio de los pueblos indígenas. Dentro de los deberes que debe cumplir el tribunal para hacer efectiva esta medida, se encuentra, (i) consultar a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio, (ii) verificar que la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de libertad en condiciones dignas y con vigilancia de la seguridad, y (iii) revocar la medida en el caso que la persona no está cumpliendo la condena, debiendo ser trasladada a una cárcel del Estado. Esta sentencia considera un principio de colaboración entre las jurisdicciones, por medio del cual, así como se admite que las autoridades indígenas recluyan a miembros en cárceles del Estado, las comunidades indígenas pueden apoyar a la justicia estatal recibiendo a personas indígenas que hayan sido condenadas por ésta. Para la Corte, es la comunidad la que debe poder escoger si desea que la privación de libertad se cumpla en el territorio indígena o en una cárcel del Estado. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>

¹²⁸ LÓPEZ, Andrés. 2021. La resocialización de la pena al interior de las comunidades indígenas. p. 43 a 78.

justicia se soporte en sus tradiciones y formas de ver el mundo, por lo que han estado consolidando el proceso de recuperar lo propio, como es el caso de la creación de los centros de armonización indígena.

Como indica esta autora, "Esta propuesta se construyó con la pretensión de avanzar en el fortalecimiento en lo respectivo a su autonomía, identidad cultural, el derecho y la justicia propia, ya que sus comuneros, transgresores de la armonía de la comunidad (delincuente desde la concepción del derecho estatal) eran enviados a los centros carcelarios estatales para que pagaran la pena impuesta por la asamblea, el cabildo o el juez estatal, originando malestar en algunos de los comuneros y autoridades indígenas, ya que se afectaba la autonomía de la justicia indígena e incluso la identidad cultural", por esto, "se presentó la urgencia de construir espacios propios donde los comuneros que realizan acciones de desarmonía sean equilibrados y se logren avances en los respectivos procesos de armonía con la participación del cabildo, los The`wala y la familia"¹²⁹.

En estos lugares, ubicados en sitios que para los nasa tienen significación espiritual, se busca que la persona indígena pueda reflexionar sobre lo que ha hecho, manteniendo el contacto territorial, familiar y comunitario, recuperando la vida comunitaria, y apoyándose de la ritualidad necesaria para curar su desarmonía. De este modo, estos centros se han convertido en una expresión de la justicia indígena, contribuyendo a la solución de conflictos desde un pluralismo jurídico local, y proyectándose como un referente alternativo de la justicia estatal.

Por su parte, autores como Cruz, Montaña y Ayala han destacado el valor de estos centros como una medida intercultural que garantiza la aplicación del principio constitucional de diversidad étnica y cultural. Critican que el Estado desatiende a las personas indígenas en las cárceles y que la jurisprudencia multicultural que afirma protegerlas presenta problemas. En este escenario, sostienen que una perspectiva intercultural tiene más ventajas que una perspectiva multicultural para superar la

¹²⁹ VELASCO, Nicole. 2018. Pluralismo jurídico y la justicia indígena Nasa como expresión local. p. 27.

grave situación de las personas indígenas en prisión, destacando la creación de los centros de armonización indígena, y también, el tratamiento penitenciario propio intercultural (enfoque diferenciado), que son medidas que privilegian una visión de justicia que incluye a la comunidad y la justicia restaurativa¹³⁰.

3.2.4.4. PROPUESTAS PARA EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO COLOMBIANO

Es relevante dar cuenta de un informe publicado en el año 2016 sobre la situación de las personas indígenas privadas de libertad en los establecimientos carcelarios en Colombia¹³¹, por medio del cual, se desarrollaron propuestas para el Ministerio de Justicia y del Derecho orientadas a (i) garantizar los derechos individuales y colectivos de este grupo étnicamente diferenciado, y (ii) fortalecer el ejercicio de la justicia indígena y el pluralismo jurídico igualitario. En la elaboración de estas propuestas participaron personas indígenas privadas de libertad y autoridades de pueblos indígenas de Colombia.

Para garantizar los derechos individuales y colectivos dentro de las cárceles, se propone las siguientes medidas que deben ser desarrolladas entre el Estado y las comunidades indígenas: (i) generar soluciones viables para mantener una comunicación efectiva entre autoridades indígenas y reclusos, (ii) generar mecanismos que garanticen la entrada de autoridades indígenas a las cárceles, (iii) realizar y mantener un censo actualizado de la población reclusa indígena, el cual contemple su situación jurídica y cultural, así como el grado de necesidades básicas insatisfechas y el estado de vigencia de sus derechos individuales y colectivos, (iv) generar mecanismos para garantizar las necesidades de la población en términos de acceso al Sistema Indígena de Salud Propio Intercultural, alternativas productivas de acuerdo a sus usos y costumbres, y acceso a objetos de uso tradicional, (v) generar espacios de concertación con actores pertinentes en el que se evalúe la

¹³⁰ CRUZ, Michael, et al. 2020. Indígenas en prisión. La imposición estatal de la cárcel y el deber de respetar la justicia indígena en Colombia.

¹³¹ MEDINA, Santiago, GUTIÉRREZ, Marcela y FORERO, Lina. 2016. Informe sobre la situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios: Propuestas para un pluralismo igualitario.

viabilidad de sustraer a reclusos indígenas de las cárceles para que cumplan pena en territorio, y (vi) generar procesos de resocialización efectivos intra muros que incluya un componente de diversidad y multiculturalidad.

En esta misma orientación, se proponen medidas a desarrollarse directamente por las comunidades indígenas en sus respectivos territorios, como son: (i) armonizar de acuerdo con la medicina tradicional a personas y comunidades, (ii) crear capacidades entre autoridades y facilitadores indígenas en seguimiento y control de garantía de derechos de reclusos indígenas que existan en las cárceles, (iii) construir un programa de reintegración a la comunidad de reclusos indígenas en las cárceles, y (iv) fijar procedimientos en cada cabildo para solicitar la salida de reclusos indígenas.

También, se proponen medidas a desarrollarse directamente por el Estado fuera del territorio de las comunidades indígenas, como son: (i) creación de un mecanismo de identificación y alerta rápida de casos con población indígena, (ii) fortalecer el proceso de colisión de competencias, (iii) generar estrategias de visibilización de la condición de indígena en un proceso jurídico, y (iv) creación de habilidades y capacidades entre jueces y funcionarios estatales frente a procesos jurídicos con población indígena.

Algunas de las propuestas orientadas a fortalecer la justicia indígena y el pluralismo jurídico se refieren a: (i) fortalecer capacidades de asesores legales en casos indígenas, (ii) generar procesos de revisión de condenas por parte de autoridades indígenas, (iii) formación académica y aplicada en derecho indígena, (iv) creación de un tribunal intercultural ad-hoc, (v) prevención de los actos punibles a través del trabajo espiritual, (vi) fortalecer los procesos educativos orientados a educativos orientados a la enseñanza de justicia propia, (v) reevaluar el recurso de la cárcel como castigo, y (vi) promover la equivalencia de penas de privación de la libertad por trabajo en las comunidades.

3.2.5. CUADRO RESUMEN COMPARATIVO Y HALLAZGOS

En el siguiente cuadro se expone un resumen de los hallazgos, que son contrastados con el caso chileno. Se exponen las medidas identificadas como favorables para la protección de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad, que provienen de los marcos normativos penitenciarios, el Poder Ejecutivo, y la jurisprudencia comparada. Se debe tener presente que algunas de las disposiciones normativas están sujetas a las condiciones de seguridad de los regímenes penitenciarios, según la respectiva norma penitenciaria en la que se establecen.

CHILE	PERÚ	PARAGUAY	ECUADOR	COLOMBIA
No tiene reconocimiento constitucional de pueblos indígenas.	Constitución reconoce derechos de pueblos indígenas. Reconoce sistemas de justicia indígena.	Constitución reconoce derechos de pueblos indígenas. Reconoce sistemas de justicia indígena.	Constitución reconoce derechos de pueblos indígenas. Reconoce sistemas de justicia indígena.	Constitución reconoce derechos de pueblos indígenas. Reconoce sistemas de justicia indígena.
Ejecución penal regulada en reglamento.	Ejecución penal regulada en ley.	Ejecución penal regulada en ley.	Ejecución penal regulada en ley.	Ejecución penal regulada en ley.
Reglamento no establece disposiciones sobre personas indígenas privadas.	Reglamento establece deber de: (i) identificar de a las personas indígenas, (ii) adopción de medidas para asignar ubicación que garantice identidad étnica y cultural, (iii) informar a la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos y Amazónicos y	Código establece deber de: (i) la administración penitenciaria de emplear el idioma guaraní, (ii) prestar atención especial a la enseñanza de adolescentes con necesidades culturales o étnicas.	Reglamento reconoce: (i) principio de interculturalidad, por el cual se deben considerar las costumbres y expresiones culturales, así como las normas que se refieren a las personas indígenas, (ii) principio de igualdad y no discriminación, especificando razones de	Código establece (i) posibilidad de que el cumplimiento de la condena sea en establecimientos especiales, y (ii) principio de enfoque diferencial respecto de personas indígenas.

	a la Defensoría del Pueblo respecto de la cantidad, nombre y ubicación de personas indígenas.		identidad cultural, (iii) formación y capacitación penitenciaria según enfoque intercultural, (iv) alimentación, lengua materna e ingreso y uso de prendas de vestir y accesorios, (v) tratamiento de rehabilitación que considera actividades para fortalecer interculturalidad y proteger identidad cultural.	
El Ejecutivo ha dictado disposiciones infra reglamentarias que han reconocido algunos derechos de las personas indígenas privadas de libertad, también ha iniciado un proceso de consulta indígena para modificar el Reglamento para incorporar derechos de grupos de especial protección como personas indígenas.	El Ejecutivo ha dictado políticas y planes penitenciarios que han contemplado enfoque intercultural y promoción de participación de autoridades de pueblos indígenas.	El Ejecutivo dictó un protocolo de atención para personas indígenas privadas de libertad con la finalidad de mejorar la atención y garantizar los derechos de esta población penitenciaria. Este protocolo establece que se les distribuirán en ambientes separados de la población general, cuando sea posible, en atención a su cosmovisión y costumbres, y se asignarán a	Jurisprudencia ha establecido deber de aplicar principio de interculturalidad en casos de privación de libertad de personas indígenas, y deberes de protección de sus derechos específicos. Para la Corte Constitucional, la privación de libertad debe ser observada de manera más estricta en el caso de las personas indígenas. Además, adopta el principio que indica que, a mayor conservación de los usos y costumbres,	Jurisprudencia ha constatado vulneración de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad, y ha establecido que las personas indígenas tienen derecho a cumplir condena en pabellón especial que les garantice protección de identidad cultural o a ser enviados a su resguardo para cumplimiento de la sanción dentro del territorio indígena.

		espacios o ambientes menos restrictivos, entre otras materias.	mayor autonomía para los pueblos indígenas en el ejercicio de su derecho propio, y mayor autonomía para los tribunales penales de adoptar medidas alternativas a la privación de libertad.	
Desde el Poder Legislativo ha habido expresiones de reconocimiento de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad.	Instituto Nacional Penitenciario ha implementado capacitaciones a funcionarios, asesorías jurídicas a personas indígenas, celebraciones indígenas, convenios de cooperación con pueblos indígenas para actividades conjuntas de resocialización.			Destaca creación de espacios destinados a la privación de libertad en comunidades indígenas que obedecen a lógicas propias de la justicia indígena, como lo son los llamados centros de armonización indígenas.
Jurisprudencia judicial ha resuelto casos reconociendo derechos de personas indígenas privadas de libertad.				Destaca elaboración de propuestas dirigidas a garantizar derechos de personas indígenas privadas de libertad, y a fortalecer ejercicio de la justicia indígena y el pluralismo jurídico igualitario.

Tabla 3

Fuente: elaboración propia

En el ámbito del reconocimiento constitucional, Perú, Paraguay, Ecuador y Colombia reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como la identidad cultural, territorios ancestrales y justicia indígena, permitiendo a las comunidades ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio bajo normas consuetudinarias.

Respecto de la ejecución penal, en Perú y Paraguay, la legislación establece medidas para identificar y proteger culturalmente a las personas indígenas (uso del idioma indígena, respeto por cosmovisión y costumbres, entre otros). Sin embargo, la implementación presenta desafíos prácticos, como la invisibilidad de estas personas en los registros penitenciarios. En Ecuador, el sistema incluye principios de interculturalidad y no discriminación en rehabilitación, alimentación y vestimenta, aunque carece de mecanismos claros para garantizar la separación cultural o acceso a medicina tradicional. En Colombia, se permite la detención en establecimientos especiales o territorios indígenas y se aplica un enfoque diferencial para garantizar el respeto de las tradiciones indígenas dentro del sistema penitenciario.

En cuanto a las políticas y planes, Perú implementa la Política Nacional Penitenciaria al 2030 con lineamientos para atender las necesidades específicas de grupos vulnerables, incluyendo personas indígenas, promoviendo la participación de autoridades indígenas. Paraguay adopta un protocolo para la atención penitenciaria indígena, que incluye la separación de ambientes y acceso a guías espirituales tradicionales. Ecuador y Colombia promueven medidas para fortalecer la justicia indígena, como los centros de armonización, que buscan restablecer la armonía comunitaria mediante la medicina tradicional.

Sobre la jurisprudencia y el pluralismo jurídico, en Ecuador, la Corte Constitucional destaca la importancia del diálogo intercultural en la aplicación de medidas penales, priorizando alternativas a la prisión para preservar la identidad cultural. En Colombia, se reconoce un estado de cosas inconstitucionales en su sistema penitenciario y señala que las personas indígenas tienen derecho a cumplir penas en condiciones que protejan su cultura. Los centros de armonización indígena

son un ejemplo del pluralismo jurídico, promoviendo sanciones desde una perspectiva cultural.

En resumen, podemos constatar que Perú, Paraguay, Ecuador y Colombia han avanzado significativamente en reconocer y proteger los derechos indígenas dentro de sus sistemas penitenciarios, aunque persisten retos en la implementación y en garantizar la autonomía indígena. Chile, al carecer de un marco normativo similar, se encuentra rezagado en la protección de estos derechos. Dentro de los principales desafíos comunes, se encuentra la invisibilidad estadística, ya que en varios países las personas indígenas no son adecuadamente identificadas en los registros penitenciarios, y también la implementación limitada, puesto que, aunque las normas son progresistas, la aplicación práctica enfrenta barreras como falta de financiamiento, formación y sensibilización en el personal penitenciario.

CONCLUSIONES

En Chile, al igual que en otros países del *Abya Yala*, el encierro carcelario ha sido una experiencia que los miembros de los pueblos indígenas han vivido desde la época de la colonia. Sometidos primero a la dominación del imperio español y luego a la del Estado nacional, fueron obligados a adaptarse a la racionalidad occidental en cuanto a las formas de sancionar las conductas. Desde el siglo XIX, ha sido evidente el uso del sistema jurídico y de justicia estatal como parte del proyecto del Estado nacional en la conformación de una sociedad no pluralista, en la que los pueblos indígenas han sido perseguidos y sus sistemas jurídicos y de justicia han sido suprimidos. De este modo, las personas indígenas han sido sometidas a las formas de sanción impuestas por el Estado chileno, siendo el encarcelamiento la medida de mayor impacto en la identidad e integridad cultural de las personas y pueblos indígenas, lo que además, ha profundizado el contexto de violencia estructural en el que se encuentran.

Por otro lado, desde que la privación de libertad pasara a formar parte del catálogo de penas, como una medida que buscaba dejar atrás las penas corporales y humillantes, su lugar de cumplimiento predilecto, el recinto carcelario, ha representado un problema constante para el Estado chileno desde los inicios del sistema penitenciario en el siglo XIX. Aunque este sistema fue concebido como una solución ideal para abordar la cuestión de la criminalidad, al prometer no solo el control total de los delincuentes sino que además su rehabilitación social, se trató de una aspiración que tempranamente se esfumó. Las deficiencias normativas, económicas y de infraestructura se fueron transformando en el diagnóstico generalizado de la precariedad de las cárceles en Chile, obstaculizando el éxito de la rehabilitación, y peor aún, contribuyendo al fenómeno de la criminalidad. Estos lugares de encierro han terminado por agravar la pobreza y la exclusión social. En efecto, se ha develado un patrón histórico de discriminación en la preferencia del Estado por el uso de la cárcel como herramienta penal para abordar la criminalidad, mientras persiste una profunda problemática estructural de desigualdad social.

En los últimos años, se han elaborado diversos diagnósticos sobre la situación de las condiciones carcelarias, impulsados por la preocupación por la dignidad de las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios. Estos estudios no han hecho más que confirmar el relato histórico de la precariedad carcelaria, que, al igual que en muchos países, se ha traducido en una violación sistemática de los derechos de las personas privadas de libertad. Incluso, el propio Estado chileno ha destacado la urgencia de solucionar esta problemática.

Las personas indígenas son uno de los grupos de personas privadas de libertad más afectados por las condiciones carcelarias. Los informes del INDH representan un aporte significativo en la documentación de los problemas que debe enfrentar este grupo. Entre los principales problemas identificados se encuentra la falta de identificación de las personas indígenas por parte de las autoridades penitenciarias, la limitada posibilidad de acceder a una atención de salud y alimentación culturalmente pertinente, y las dificultades para ejercer la espiritualidad propia o libertad de culto. En este contexto, las propias personas indígenas, en particular los presos mapuche, han sido quienes han visibilizado esta problemática. Además de los problemas ya documentados, han denunciado que los permisos necesarios para ejercer sus derechos, tanto individuales como colectivos, dependen de la voluntad de la autoridad penitenciaria, ya que estos derechos no están reconocidos expresamente en el marco normativo penitenciario. Asimismo, han señalado que las actividades ofrecidas por el sistema penitenciario para la reinserción social no respetan ni garantizan las formas de vida y cosmovisión de los pueblos indígenas. La interseccionalidad que cruza a las mujeres y adolescentes indígenas privados de libertad también ha sido visibilizada, dado los particulares efectos del encierro en estos casos.

A partir de las tensiones generadas por la falta de respuesta del sistema penitenciario a las demandas de los presos mapuche, desde el año 2020, el Ejecutivo ha desplegado mecanismos institucionales para buscar soluciones políticas y jurídicas frente a la falta de reconocimiento de los derechos de las personas

indígenas privadas de libertad. Los diálogos interinstitucionales, la Resolución Exenta N° 3925 de Gendarmería de Chile, y más recientemente, el proceso de consulta indígena para la modificación del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518, que se ha estado llevando a cabo desde el año pasado, han sido iniciativas impulsadas en el anterior Gobierno de Sebastián Piñera y en el actual Gobierno de Gabriel Boric.

Por parte del Poder Legislativo, se han producido pronunciamientos de diputadas y diputados a favor del reconocimiento de los derechos de los presos indígenas como el Proyecto de Resolución N° 1148 del año 2020, y también en contra, en el sentido de denunciar que se podría tratar de privilegios que afectan la igualdad ante la ley, discusiones que han tenido lugar en el trabajo de las Comisiones Especiales Investigadoras del año 2022 y 2023. Por último, por parte del Poder Judicial, destacamos que, en algunos casos, los tribunales superiores han ordenado que se garanticen estos derechos, invocando normas internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Opinión Consultiva 29/22 de la Corte IDH.

En el marco del control de convencionalidad preventivo que debe ejercer el Estado chileno y sus diversos órganos, la Opinión Consultiva 29/22 se presenta como un instrumento internacional clave. Basada en tratados internacionales vinculantes como la CADH y el Convenio 169 de la OIT, esta opinión debe ser aplicada, ya que establece los estándares específicos de protección de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad. Dicho instrumento sistematiza el *corpus iuris* de los derechos de las personas privadas de libertad y de los pueblos indígenas, lo que nos permite contrastar la situación de las personas indígenas privadas de libertad en Chile.

Así, podemos concluir lo siguiente: (i) a pesar de que la normativa penitenciaria chilena reconoce la posición especial de garante que tiene el Estado, el respeto de la dignidad humana, la prohibición de la tortura y el derecho a la igualdad y no discriminación, los derechos de las personas privadas de libertad son sistemáticamente violados. El sistema penitenciario chileno no logra dar

cumplimiento a una de sus funciones principales, la reinserción social de los condenados, y tampoco logra asegurar el acceso a servicios básicos, el cese de la sobrepoblación y hacinamiento, y una gestión penitenciaria basada en el respeto de los derechos humanos. A esto se suma que el control judicial de la ejecución de la pena se debilita ante la ausencia de una ley y de tribunales especiales de ejecución penal. El uso excesivo de la cárcel para enfrentar los desafíos de la criminalidad, y la falta de recursos económicos y de apoyo al personal penitenciario, son factores relevantes que dificultan la atención penitenciaria.

(ii) El derecho a la igualdad y no discriminación respecto de las personas indígenas privadas de libertad no es respetado en el sistema penitenciario. Desde la concepción negativa de este derecho (prohibición de diferencia de trato arbitraria), observamos, por ejemplo, que el sistema penitenciario muestra una disposición más favorable para el ejercicio de la libertad de culto al interior de los recintos penales respecto de personas que profesan religiones católicas o evangélicas, que respecto de las personas indígenas. Desde la concepción positiva de este derecho (obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad material), observamos que en general, el Estado no ha creado condiciones de igualdad material respecto de las personas indígenas privadas de libertad, las que están expuestas a mayores grados de vulnerabilidad. A pesar de las medidas desplegadas desde el Ejecutivo, aún no se reconocen los derechos de las personas indígenas privadas de libertad en el Reglamento N° 518, no obstante que, dependiendo de los resultados de la modificación de esta norma, esta situación podría revertirse. En este parte, cabe señalar también, que el cuestionamiento que se ha hecho en cuanto a que se estarían otorgando privilegios a las personas indígenas, corresponde a un juicio que debe analizarse a la luz del derecho a la igualdad y no discriminación, que precisamente es el que permite fundamentar la aplicación de un enfoque diferenciado en la política penitenciaria respecto de ciertos grupos de personas privadas de libertad.

(iii) El estándar que establece que se debe dar preferencia a penas alternativas al encarcelamiento respecto de las personas indígenas, es una regla que se desprende directamente de Convenio 169 de la OIT, y representa la obligación de mayor complejidad para el Estado chileno en materia de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad. A pesar de que en este trabajo no se investigó si es que los tribunales chilenos han aplicado este estándar en sus fallos, podemos señalar, a partir de la estadística penitenciaria revisada, que no debe tener mayor aplicación. El hecho de que exista una sobrerrepresentación carcelaria de las mujeres indígenas y de imputados indígenas en comparación con la población total nos refleja que, siendo grupos más vulnerables en el contexto carcelario, no tienen una consideración particular por su condición indígena, sino que por el contrario, presentan mayores tasas de encarcelamiento que la población no indígena. A partir de esto, podemos sostener que el Estado no está garantizando la excepcionalidad de la privación de libertad de las personas indígenas, pues tampoco se ha producido normativa que despliegue el alcance de esta obligación internacional, a pesar de que se presentó un proyecto de ley en la Cámara de Diputadas y Diputados el año 2020 en esta materia.

Al margen de que los tribunales penales al momento de determinar la pena podrían preferir tipos de sanción distintos del encarcelamiento bajo el marco normativo del sistema penal actual, el impacto del encarcelamiento en las personas y pueblos indígenas podría prevenirse si es que la autoridad penitenciaria, en ejercicio de sus facultades legales, asegurara que la privación de libertad de las personas indígenas se llevara a cabo bajo condiciones más favorables para la identidad e integridad cultural de las personas indígenas, por ejemplo, en módulos separados, o en establecimientos como los CET, donde puede haber un régimen penitenciario semiabierto o abierto. En la actualidad, en pocos casos se presentan estas condiciones, ya que la gran mayoría de las personas indígenas condenadas a penas privativas de libertad está sometida a regímenes de control cerrado. Igualmente, este estándar debiese ser considerado por la autoridad penitenciaria al

aplicar el principio de progresividad en materia de reinserción social, por lo que, a propósito de la concesión de un beneficio penitenciario (permisos de salida, postulación a un CET o a la libertad condicional), el procedimiento de postulación debiera tomar en cuenta el derecho de la persona indígena a que se prefieran formas de cumplimiento de la pena privativa de libertad que la alejen del encierro carcelario.

(iv) Respecto al contenido del derecho a la identidad cultural de las personas indígenas privadas de libertad desarrollado en la OC 29/22, podemos afirmar que el reglamento penitenciario chileno no establece la posibilidad del traslado de las personas indígenas a centros penitenciarios más cercanos a su territorio y comunidad, u horarios de visitas más flexibles, tampoco garantiza la preservación de las tradiciones y costumbres indígenas durante la privación de libertad, así como el derecho a ejercer prácticas culturales y religiosas (lo que implica la posibilidad de recibir visitas externas de representantes de su cultura y de acceder a lugares específicos para practicar el culto), ni garantiza el derecho de portar vestimentas tradicionales y mantener la longitud del cabello, el acceso a alimentos culturalmente adecuados, ni el uso de prácticas y medicinas tradicionales.

(v) La normativa penitenciaria chilena tampoco reconoce el derecho al uso de la lengua indígena durante la privación de libertad, ni la adopción de medidas de reinserción e integración culturalmente adecuadas, que contemplen la participación de los pueblos indígenas. Este es uno de los desafíos más importantes que presenta el sistema penitenciario chileno, puesto que no ha incorporado una mirada de la reinserción que reconozca las formas de vida tradicionales de las personas y pueblos indígenas. Desde el punto de vista de las teorías actuales de la criminología como el enfoque del desistimiento, el reconocimiento de la identidad indígena es un factor que puede favorecer un cambio positivo en la conducta de la persona, a partir del apoyo de las relaciones culturales, territoriales, familiares y comunitarias que se pueden mantener en el largo plazo, complementando de esta forma los esfuerzos institucionales en materia de reinserción.

Así, el fortalecimiento de la identidad cultural durante la privación de libertad permite que la persona indígena pueda reconectar con los valores culturales, espirituales y comunitarios, incorporando procesos restaurativos que incluyan, por ejemplo, rituales de sanación y dinámicas de reconciliación, con miras a la reintegración comunitaria. Con independencia del grado de conservación cultural, el Estado debe garantizar a todas las personas indígenas el acceso a estas medidas culturalmente adecuadas, con base en el derecho que tienen las personas y pueblos indígenas a revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales.

(vi) Finalmente, en cuanto a la prevención de la violencia, el Estado debe ordenar la capacitación y sensibilización de los funcionarios penitenciarios sobre las particularidades de las culturas indígenas y el desarrollo, en conjunto con las comunidades y autoridades indígenas, de políticas penitenciarias para atender la violencia y discriminación. Vimos que han ocurrido diferentes hechos de violencia que han afectado a personas indígenas privadas de libertad y también a sus familiares en el contexto de las visitas, a partir de lo cual, algunos tribunales superiores, conociendo de estos hechos, han ordenado medidas de prevención de la violencia contra las personas indígenas.

Con relación al objetivo específico de esta investigación, referido a la indagación de la situación de las personas indígenas privadas de libertad en América Latina a fin de conocer las medidas que algunos Estados han adoptado en la protección de la identidad e integridad cultural y contrastarlas con el caso chileno, podemos afirmar que:

(i) La situación de las personas indígenas privadas de libertad se enmarca en un contexto regional de problemáticas profundas de discriminación, exclusión social, criminalización, imposición de los sistemas jurídicos estatales y crisis penitenciaria que afectan a las personas y pueblos indígenas. A pesar de los avances en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la brecha de implementación es generalizada en gran parte de los países de América Latina. A esto se suma que de los cinco casos indagados (Chile, Perú, Paraguay, Ecuador y

Colombia), nuestro país es el único que todavía no reconoce constitucionalmente los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, y que además, no regula la ejecución penal en una ley.

(ii) La normativa penitenciaria chilena es la más insuficiente en materia de reconocimiento de derechos de las personas indígenas, siendo el único avance significativo la Resolución Exenta N° 3925 del año 2020 que contiene algunas disposiciones infra reglamentarias, que autorizan a las personas indígenas a acceder a la medicina tradicional, y a no tener que cumplir con el requisito de asistir a actividades que no cuenten con enfoque intercultural cuando postulen a permisos de salida, libertad condicional, o a los CET. En lo demás, si bien se constatan permisos que la autoridad penitenciaria ha concedido en algunas cárceles con población indígena, estos dependen de un acto de discrecionalidad y no del reconocimiento de derechos. El principal hito que puede significar un avance importante en el reconocimiento de estos derechos es la modificación del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518. Con todo, también debemos afirmar que, al menos desde un punto de vista teórico, la falta de este reconocimiento expreso no debiera obstar a la protección de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad, por cuanto, este reglamento remite en diferentes artículos a los tratados internacionales de derechos humanos, cuyas normas, además, deben entenderse parte del bloque de constitucional.

(iii) En el caso chileno, además, se ha querido instalar la idea de que el reconocimiento de estos derechos representa una concesión de privilegios, discusión que también estuvo presente respecto del reconocimiento de algunos derechos en el proceso constituyente del año 2022. No obstante, el desarrollo de los estándares internacionales, así como los casos indagados en el derecho comparado, en materia de protección de los derechos de las personas indígenas privadas de libertad, dan cuenta de una fundamentación teórica y práctica robusta de los enfoques diferenciados que, a la luz de la concepción positiva del principio de igualdad y no

discriminación, no debe resultar arbitraria, en la medida que exista una justificación objetiva y razonable para la adopción de estas medidas diferenciadas.

(iv) De la experiencia del derecho comparado destacamos especialmente aquellas medidas penitenciarias que promueven la participación de los pueblos indígenas en las actividades de tratamiento penitenciario (enfocadas en la reinserción basada en la propia cultura), que asignan espacios adecuados de privación de libertad para garantizar la integridad cultural, que capacitan a los funcionarios penitenciarios, que brindan asesoría jurídica, que reconocen el idioma indígena, la alimentación, la medicina tradicional y el uso de vestimenta y accesorios, entre otras. Resaltamos la mirada que han aportado algunas investigaciones en el caso de Colombia, que han puesto el acento en el principio de interculturalidad, como un enfoque que protege los derechos de las personas y pueblos indígenas de manera más efectiva que el enfoque multicultural. Así, además de reconocer las particularidades culturales de las personas indígenas en el contexto penitenciario, el esfuerzo debe concentrarse en la participación de los pueblos indígenas en el desarrollo de los enfoques diferenciados, y también, en el fortalecimiento de la justicia indígena, que puede aportar estrategias de ejecución penal, inspiradas en la justicia restaurativa, como los centros de armonización indígena del pueblo nasa.

(v) Para terminar, destacamos la importancia del control judicial en la ejecución penal para garantizar los derechos individuales y colectivos de las personas indígenas privadas de libertad, como dan cuenta fallos relevantes en el caso ecuatoriano, colombiano y también en el chileno. Así, a pesar de que en el sistema penitenciario chileno no se reconocen estos derechos, los tribunales de justicia progresivamente han ido ejerciendo un control judicial efectivo en la protección de la identidad e integridad cultural de las personas indígenas durante la ejecución penal.

Como reflexión final, se invita a continuar monitoreando la situación de las personas indígenas privadas de libertad, para que exista un reconocimiento de sus derechos y estos sean respetados y garantizados por el Estado chileno a través del

sistema penitenciario. También, se invita a continuar explorando las posibilidades que ofrecen los propios pueblos indígenas, tanto en la forma de sancionar las conductas como en la forma de cumplir las sanciones, de la mano de los principios inspirados en la justicia restaurativa, para lo cual resulta imprescindible el deber del Estado de reconocer el derecho de los pueblos indígenas a mantener y revitalizar sus sistemas de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ARIZA, Libardo y ZAMBRANO, Rolando. 2012. Cárcel Kapurúa: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 13, Nº 1. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/13juridica_06ariza.pdf

ARRIAGADA, Isabel y ROCHOW, Diego. 2015. Privación de libertad en Chile: desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal. Informe anual sobre derechos humanos en Chile. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Disponible en: <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/CAP-4-PRIVACION-DE-LIBERTAD-Y-VULNERACION-DDHH.pdf>

AYLWIN, José, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, y YAÑEZ, Nancy. 2013. Los pueblos indígenas y el derecho. Lom. Colección Derecho en democracia.

BENITEZ, Christian, NORIEGA, Angélica y ABARCA, Ulises. 2017. Fueros constitucionales y derecho penal: resocialización de indígenas en prisión. DIXI, Vol. 19 Nº 26. Disponible en: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1961>

BORJA, Emiliano. 2009. Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos. Nuevo Foro Penal Nº 73. Universidad EAFIT. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1868/1867>

CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 2020. Proyecto de Resolución Nº 1148. Disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmId=6347&prmTipo=ACUERDO>

CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS. 2020. Boletín Nº 13715-17. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/62409/62/Bol13715-17_20200818.pdf

CARRANZA, Elías. 2012. Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? Anuario de Derechos Humanos, Nº 8. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/adh/article/view/20551>

FUCHS, Marie-Christine y GONZÁLES, Leonel. 2021. Sistemas penitenciarios y ejecución penal en América Latina. Una mirada regional y opciones de abordaje. Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Disponible en: <https://www.kas.de/es/web/rspla/einzeltitel/-/content/nueva-publicacion-sistemas-penitenciarios-y-ejecucion-penal-en-america-latina>

CENTRO DE ESTUDIOS SOCIOCULTURALES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO. 2018. Estudio sobre condiciones intrapenitenciarias de imputados y condenados mapuche según estándares de Derechos Humanos e indígenas vigentes en Chile.

CHARTRAND, Vicki. 2019. Unsettled Times: Indigenous Incarceration and the Links between Colonialism and the Penitentiary in Canada. Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice, Vol. 61, N° 3. Disponible en: <https://utppublishing.com/doi/abs/10.3138/cjccj.2018-0029>

CHÁVEZ, Nicole. 2018. Entrevista. Nancy Yáñez sobre el caso Gabriela Blas. Anuario de Derechos Humanos, N° 14. Disponible en: <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/51513/54192>

CÓRDOVA, Machi Celestino, et al. 2019. Demandas y propuestas elaboradas por los presos políticos mapuche centro penitenciario de Temuco, equipos técnicos, profesiones, académicos, organizaciones de derechos humanos y afines. Disponible en: <https://www.mapuexpress.org/wp-content/uploads/2019/12/ESCANER-DEMANDAS-Y-PROPUESTAS-ELABORADAS-POR-LOS-PRESOS-POLITIC.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE y FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. 2020. Los pueblos indígenas de América Latina - Abya yala y la agenda 2030 para el desarrollo sostenible: Tensiones y desafíos desde una perspectiva territorial. Santiago de Chile. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45664-pueblos-indigenas-america-latina-abya-yala-la-agenda-2030-desarrollo-sostenible>

COMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA DE CHILE. 2022. Misión de observación en la región de la Araucanía: interculturalidad y derechos de personas mapuche privadas de libertad. Informe temático. Disponible en: <https://mnpt.cl/wp-content/uploads/2022/11/INFORME-OBSERVACION-LA-ARAUCANIA.pdf>

CRUZ, Michael, MONTAÑO, Jennifer y AYALA, Camilo. 2020. Indígenas en prisión. La imposición estatal de la cárcel y el deber de respetar la justicia indígena en Colombia. Revista Cambios y Permanencias, Vol. 11 N° 2. Disponible en: <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistacyp/article/view/11702>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2018. Retos del sistema penitenciario peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones. Perú. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/retos-del-sistema-penitenciario.pdf>

FISCALÍA JUDICIAL. 2018. Informe sobre los principales problemas que aparecen relevantes respecto de las visitas realizadas por los fiscales judiciales a los recintos penitenciarios

durante el año 2017. Disponible en: <https://uchile.cl/dam/jcr:7cdf3ee-2560-482d-b653-6c1451770e82/371891725-informe-fiscalia-carceles.pdf>

FUNDACIÓN LIBERTAD. Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad. Observaciones y aportes. Ecuador. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc-29/49_fundaci%c3%b3n_dignidad.pdf

GENDARMERÍA DE CHILE. 2021. Compendio estadístico penitenciario. Disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/compendio_estadistico_2021.pdf

GENDARMERÍA DE CHILE. 2022. Compendio estadístico penitenciario. Disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/compendio_estadistico_2022.pdf

GRAU, Nicolás y RIVERA, Jorge. 2018. Discriminación e impacto negativo de la prisión preventiva en la vida de las personas. 93 Revista de la Defensoría Penal Pública, Nº 19. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/14329.pdf>

GUERRERO, Carlos. 2024. Resistencias y cambios en la ejecución penal en Chile. El camino abierto por los presos mapuche. Tirant lo Blanch.

GUTIÉRREZ, Marcela. 2022. De la cárcel a la maloca: Un recorrido por los desafíos de la justicia indígena en Colombia. Del retribucionismo hacia una cultura de la convivencia. Capítulo 4. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/1d0b8e99-89f2-4667-8218-7d8aaa1d92ec>

HORVITZ, María Inés. 2018. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? Política criminal, Vol. Nº 13. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A7.pdf

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO. 2024. Informe estadístico. Perú. Disponible en: https://siep.inpe.gob.pe/archivos/2024/informes%20estadisticos/informe_estadistico_mayo_2024.pdf

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad. Disponible en: <https://www.indh.cl/indh-publica-estudio-sobre-situacion-carcelaria-en-chile-revelando-alto-hacinamiento-y-vulneraciones-de-derechos-a-internos-en-recintos-penales/>

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2017. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/items/4433484e-8a7c-4942-b2d2-f03b9509e854>

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2020. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad. Disponible en: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2020/08/Estudio-de-las-condiciones-carcelarias-en-Chile-2018-INDH-Versio%CC%81n-final.pdf>

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2021. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/items/e87ac642-75c7-4b2a-adf2-af3f52952dbb>

LARA, María y HERNÁNDEZ, Paulina. 2015. Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad. Programa EUROsociAL. Defensoría Penal Pública. Documento de política N° 2. Disponible en: <https://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/4bb183558fad24f3001a110359190b0a.pdf>

LEÓN, Marco. 2019. Las moradas del castigo. Origen y trayectoria de las prisiones en el Chile republicano. Centro de Estudios Bicentenario.

LILLO, Rodrigo. 2019. El impacto de la prisión preventiva en las personas indígenas. 93 Revista de la Defensoría Penal Pública, N° 20. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/contenido/14701%20>

LÓPEZ, Andrés. 2021. La resocialización de la pena al interior de las comunidades indígenas. Precedente, Vol. 19. Disponible en: <https://doi.org/10.18046/prec.v19.4623>

MEDINA, Santiago; GUTIÉRREZ, Marcela y FORERO, Lina. 2016. Informe sobre la situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios: Propuestas para un pluralismo igualitario. Proyecto FORSISPEN. Colombia. Disponible en: <https://www.politicacriminal.gov.co/portals/0/users/057/57/57/indigenas%20privados%20de%20la%20libertad%20final-ilovepdf-compressed.pdf?ver=2018-02-16-123528-470>

MENDIETA, Maximiliano. 2020. Protocolo de atención a personas indígenas privadas de libertad. Una mirada desde el principio de igualdad y no discriminación. Academio, Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, Vol. 7, N° 2. Disponible en: <https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/academio/article/view/388>

MILLALEO, Salvador. 2023. Pluralismo jurídico y justicia indígena. Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano. Tirant lo Blanch.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. 2020. Informe: Diálogos interinstitucionales en materia cultural y religiosa en establecimientos penitenciarios.

Propuestas. Disponible en:
https://www.minjusticia.gob.cl/media/2021/01/Dialogos_Interinstitucionales_2021.pdf

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. 2024. Informe final de cuenta pública participativa. Disponible en:
https://www.minjusticia.gob.cl/media/2024/07/Documento_Cuenta_Publica_Participativa2_024-MINJUDDHH.pdf

NACIONES UNIDAS. 2018. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/HRC/39/17. Disponible en:
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/246/37/pdf/g1824637.pdf>

NACIONES UNIDAS. 2024. Informe del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. E/C.19/2024/6. Disponible en:
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/030/82/pdf/n2403082.pdf>

NACIONES UNIDAS. 2023. Observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre el séptimo informe periódico de Nueva Zelandia. CAT/C/NZL/CO/7. Disponible en:
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g23/154/67/pdf/g2315467.pdf>

NACIONES UNIDAS. 2017. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a su visita a Australia. A/HRC/36/46/Add.2. Disponible en:
<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/234/27/pdf/g1723427.pdf>

NÚÑEZ, Constanza. 2015. Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 60. Disponible en:
<https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/3072.pdf>

ROYO, Manuela. 2015. Derecho Penal e interculturalidad como manifestación del principio de igualdad. Revista Política Criminal, Vol. 10, N° 19. Disponible en:
http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A12.pdf

ROYO, Manuela. 2020. Libertad religiosa y pluralismo cultural: nuevos desafíos del derecho penitenciario. Revista Política Criminal, Vol. 15, N° 29. Disponible en:
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000100259

STAVENHAGEN, Rodolfo. 1988. Derecho indígena y derechos humanos en América Latina. Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-indigena-y-derechos-humanos-en-america-latina-924449/>

UNIVERSIDAD DE CHILE. 2018. Minuta: Propuesta de modificación del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518 a la luz de las necesidades de los pueblos originarios. Disponible en: <https://uchile.cl/dam/jcr:37bc7033-4545-47c9-a126-62be68f359f0/propuesta-modificacion-reglamento-gendarmeria.pdf>

VELASCO, Nicole. 2018. Pluralismo jurídico y la justicia indígena Nasa como expresión local. En Pluralismo jurídico. Justicia indígena y sistema carcelario.

VILLEGAS, Myrna y MELLA-SEGUEL, Eduardo. 2017. Cuando la costumbre se vuelve ley. La cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile. LOM.

VILLEGAS, Myrna. 2013. Estado de excepción y antiterrorismo en Chile. Criminalización de la protesta social, con especial referencia a los indígenas. Revista de Derecho Penal y Criminología.

YRIGOYEN, Raquel. 2012. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. Fundación Konrad Adenauer. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3740/15.pdf>

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2022. Opinión Consultiva OC-29/22. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Serie A, N° 29. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Serie A, N° 21. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2024. Caso Huilcamán Paillama y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de junio de 2024. Serie C No. 527. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_527_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2014. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. 2021. Sentencia N° 112-14-JH/21. Disponible en: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_dwl_fl/e2nhcnbldge6j3ryyw1pdgunlcb1dwlkoic3nwnimtuyoc1hndeyltrkntctytrlzi1kmjmyzme5mtblzdeucgrmj30=

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2016. Sentencia T-515/16. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-515-16.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2013. Sentencia T-388/13. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 2013. Sentencia T-921/13. Disponible en:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 2023. ROL N°11856-2023.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 2023. ROL N°208-2023.