



Universidad de Valparaíso  
Facultad de Derecho  
Escuela de Derecho

**¿Nuestro Sistema Penitenciario reconoce y garantiza los  
estándares internacionales respecto de las personas privadas de  
libertad pertenecientes a Pueblos Originarios?**

Tesina de pregrado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso

**Autora:** María José Clarke Delgado

**Profesora guía:** Dra. Marcela Pilar Aedo Rivera

Valparaíso, Chile  
Marzo 2020

## Tabla de Contenidos

Tabla de Abreviaturas.....	p. 4
Resumen.....	p. 5
Introducción.....	p. 6
Capítulo I: Sistemas Sancionatorios y Pueblos Originarios .....	p. 9
1. Sistemas sancionatorios indígenas.....	p. 9
2. ¿Cómo los Estado han incorporado estas formas de castigo a su ordenamiento jurídico? .....	p. 13
3. ¿Cuál es su relación con los Derechos Humanos? .....	p. 17
Capítulo II: Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad y Pueblos Originarios .....	p. 19
1. Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad.....	p. 21
1.1 Posición Especial de Garante .....	p. 21
1.2 Dignidad Humana .....	p. 25
2. Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad pertenecientes a Pueblos Originarios .....	p. 32
2.1 Igualdad y no discriminación .....	p. 32
2.2 Culto, tradiciones y costumbres.....	p. 34
Capítulo III: ¿Nuestro sistema penitenciario reconoce y garantiza los estándares internacionales respecto de las personas privadas de libertad pertenecientes a Pueblos Originarios? .....	p. 39
1. Estándares Internacionales en la práctica .....	p. 39
1.1 Igualdad y no discriminación.....	p. 39
1.2 Tradiciones, costumbres y cultura.....	p. 40
1.2.1 Salud.....	p. 40
1.2.2 Ritos Ceremoniales .....	p. 41
1.2.3 Alimentación .....	p. 43

1.2.4 Lenguaje .....	p. 43
1.2.5 Vestimenta .....	p. 44
2. Jurisprudencia .....	p. 45
2.1 Caso Lorenza Cayuhán contra Gendarmería de Chile .....	p. 45
2.2 Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile .....	p. 48
2.3 Caso Machi Celestino Córdova .....	p. 53
Conclusiones.....	p. 57
Bibliografía.....	p. 61
Anexo.....	p. 68

## **Tabla de Abreviaturas**

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

GENCHI: Gendarmería de Chile.

INDH: Instituto Nacional de Derechos Humanos.

LGBTI: Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

## **Resumen**

El presente trabajo tiene por objetivo responder a la pregunta sobre si nuestro sistema penitenciario reconoce normativamente y garantiza los estándares internacionales respecto de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios. Para aquello se expondrá, en primer lugar, como es que los pueblos originarios han organizado el castigo ante la comisión de un delito y como los Estado han incorporado estas formas de castigo a su ordenamiento jurídico. En segundo lugar, se expondrá cuáles son los estándares internacionales respecto de personas privadas de libertad en general y, en específico, pertenecientes a pueblos originarios, para finalmente dar respuesta a la pregunta inicial, exponiendo casos y lo recabado en estudios sobre condiciones carcelarias.

Palabras claves:

Estándares internacionales, sistema penitenciario, sistemas sancionatorios indígenas, pueblos originarios, derechos humanos.

## Introducción

Tradicionalmente las políticas penitenciarias se han basado en la visión de que las personas privadas de libertad son un grupo homogéneo, como si todos los reclusos fuesen adultos varones, pertenecientes a los principales grupos étnicos, culturales y religiosos del país (Coyle, 2009: p. 117), mas este enfoque dista bastante de la realidad, pues en todo sistema penitenciario existen reclusos con antecedentes variados y diferencias relacionadas con la raza, el grupo étnico, el origen social, cultural, religión, orientación sexual, idioma o nacionalidad (Coyle, 2009: 117).

Dado este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha reconocido que estos grupos se encontrarían en una situación de mayor desprotección o vulnerabilidad, lo que exigiría al Estado profundizar el deber de cuidado emanado de su rol de garante (Castro, 2018: p. 45). Estos grupos, tal como se señaló, estarían compuestos por las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, niños, niñas y adolescentes, mujeres, adultos mayores, migrantes, personas LGBTI y personas en situación de discapacidad.

Respecto de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, su principal marco jurídico a nivel de derecho internacional son el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración sobre los Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas y, a nivel interno, la Ley N° 19.253 de 1993, conocida como Ley Indígena, la cual establece las disposiciones sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena -CONADI- (INDH, 2017: p. 38).

Dicha ley, en su artículo 1°, reconoce a las principales etnias de Chile, incluyendo a los pueblos Mapuche, Aymaras, Rapa Nui, Quechuas y Atacameños (o Lickan-antay), Collas, Diaguitas, Kawashkar y Yámana<sup>1</sup> (INDH, 2017: p. 39).

Según el Estudio del año 2018 del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH) sobre Condiciones Carcelarias en Chile 2016-2017, en 2016, de las 40 unidades penales estudiadas, el 65% de ellas reportó una población indígena de sexo masculino, mientras que el 12,5% consignaba mujeres indígenas, concluyendo que del total de la población penal, el 67,5%

---

<sup>1</sup> El problema es que esta ley determina la calidad de indígena solo para las personas con nacionalidad chilena; contrario a lo que dispone el Convenio N° 169 de la OIT, la cual hace referencia a la “conciencia de la identidad indígena independiente de la nacionalidad para su aplicación” (INDH, 2017: pp. 39-40).

de los recintos penitenciarios albergaba personas pertenecientes a pueblos originarios, destacando el Complejo Penitenciario de Isla de Pascua, el Centro de Detención Preventiva de Curacautín y el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Collipulli en donde, respectivamente, un 60%, 25% y 22% de la población penal tenía la calidad de tal (p. 47). En cuanto al total de la población penal indígena presente en estas unidades, en el año 2016 se registró un total de 153 personas, de las cuales 16 eran mujeres y 137, hombres (INDH, 2018: p. 47).

En el año 2017<sup>2</sup>, el 55,0% de las unidades penales reportó contar con población masculina perteneciente a pueblos indígenas, mientras que el 15,0%, con mujeres indígenas. Al considerar el total de la población penal, el 62,5% de los recintos penitenciarios albergaba población indígena, destacándose el Complejo Penitenciario de Isla de Pascua y el Centro de Detención Preventiva de Curacautín (INDH, 2018: p. 49). En cuanto al total de la población penal indígena presente en estas unidades penales, en el año 2017 se registró un total de 142 personas, de las cuales 17 eran mujeres y 125, hombres (INDH, 2018: p. 49).

De acuerdo con el mismo estudio, se observó que la mayor proporción de personas pertenecientes a pueblos indígenas se encuentra en las unidades penales de Isla de Pascua, Lebu, Victoria, Collipulli, Curacautín, Pitrufrquén, Traiguén y Villarrica. A su vez, la mayor cantidad de internos e internas pertenecientes a pueblos originarios en un centro penitenciario es de 29 personas en el Centro de Detención Preventiva de Villarrica (INDH, 2018: p. 49).

Por lo anteriormente expuesto y la importancia que reviste la protección de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios -dada su situación de vulnerabilidad-, es que el presente trabajo tratará de responder a la pregunta de si nuestro sistema penitenciario reconoce normativamente y garantiza los estándares internacionales<sup>3</sup> respecto a dichas personas

---

<sup>2</sup> Según el CENSO de 2017, efectuado por el Instituto Nacional de Estadística, en Chile hay un total de 17.076.076 habitantes, de los cuales 2.185.792 de ellos se consideran pertenecientes a algún pueblo originario, es decir, el 12,8% de la población chilena se identifica como tal; identificándose la mayoría como Mapuche (79,84%), seguida por Aymara (7,17%) y Diaguita (4,05%) (INE, 2018: pp. 3-6).

<sup>3</sup> Es necesario destacar que este trabajo pretende explorar si la normativa más destacada en la materia reconoce los referidos estándares y si éstos están garantizados en la práctica, a la luz de estudios y jurisprudencia destacada. Por otro lado, es importante tener presente que según el Convenio N° 169 de la OIT, cada vez que se adopten medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios, surge la Consulta a los Pueblos Indígenas, el cual es un mecanismo de participación basado en el diálogo entre el Estado y los Pueblos Indígenas, el cual es un derecho de los Pueblos Indígenas y, un deber del Estado (Ministerio del Medio Ambiente). De acuerdo con la propia OIT, el deber de consulta previa es la piedra angular del Convenio N° 169, el cual se irradia a todas sus normas y que supone una forma específica en que el Estado se relaciona con los Pueblos Indígenas (Ministerio del Medio Ambiente).

exponiendo, en primer lugar, como los pueblos originarios han entendido y organizado el castigo ante la comisión de una falta o delito y como los Estado han incorporado estas formas de castigo a su ordenamiento jurídico, además de su vinculación con los derechos humanos.

En segundo lugar, se expondrá cuáles son los estándares internacionales referente a personas privadas de libertad y, en particular, referentes a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, señalándose dónde y cómo están reconocidos en los distintos cuerpos normativos nacionales e internacionales.

Finalmente, en el último capítulo se intentara dar respuesta a la pregunta inicial de este trabajo, exponiendo lo dicho en los últimos estudios sobre condiciones carcelarias del INDH y lo dicho por un experto, además de exponer el caso de Lorenza Cayuhán, comunera mapuche que dio a luz a su hija mientras se encontraba engrillada a la camilla del hospital, el caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, en que el Estado de Chile fue condenado por violar el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad personal, la libertad de pensamiento y de expresión y, el derecho a la protección de la familia y el caso del Machi Celestino Córdova, quién obtuvo permiso para realizar la renovación de su *Rewe*, estando privado de libertad.

## **Capítulo I:**

### **Sistemas Sancionatorios y Pueblos Originarios**

En este primer capítulo se expondrá cómo es que los pueblos originarios, particularmente los latinoamericanos, han entendido y organizado el castigo ante la comisión de una falta o delito, para luego analizar como los Estados han incorporado estas formas de castigo a sus ordenamientos jurídicos, además de su relación con los derechos humanos.

#### **1. Sistemas sancionatorios indígenas<sup>4</sup>**

De principio, debemos tener claro que no nos encontramos ante sistemas sancionatorios homogéneos, sino que, por el contrario, nos encontramos ante sistemas heterogéneos, en el sentido de que “existen tantos ordenamientos amerindios como poblados de las distintas etnias que los conservan y aplican” (Borja, 2006: p. 110); sin embargo, es posible encontrar elementos comunes en estos ordenamientos. Esta heterogeneidad es una característica que deriva de la diversidad cultural de estos pueblos, que se refleja en las cosmovisiones, folclores, ritos, lenguas, costumbres, tradiciones y formas de vida que van variando de pueblo en pueblo (Borja, 2006: p. 110).

En cuanto a las características comunes, los sistemas sancionatorios de los pueblos originarios se caracterizan “porque el centro de protección es la comunidad”, diferenciándose del derecho penal occidental respecto a que en su sistema no es posible encontrar un principio de legalidad como el que conocemos (Villegas, 2014: p. 217). La norma penal indígena es creada por la costumbre y transmitida oral y comunicativamente, además de crear un “vinculo indisoluble entre ella y el individuo”, por cuanto esta es discutida en las comunidades, de forma directa y generalmente en las asambleas en que participan todos los miembros de la comunidad (Villegas, 2014: p. 217). A través de su uso, de las prácticas y la costumbre, los miembros entienden que “determinadas reglas son obligatorias y que existe, por encima de ellos, un sistema de sanciones aplicables para el caso de su incumplimiento o violación” (Borja, 2006: p. 120).

---

<sup>4</sup> Es preciso señalar que, como lo expone Borja, no todos los pueblos indígenas latinoamericanos mantienen un sistema de enjuiciamiento propio, pues la mayoría de estos ha perdido su ordenamiento autóctono, lo que está relacionado con la presencia de “la forma de vida occidental” y, con ello, la pérdida de la propia identidad (2006: pp. 110-115).

En este sentido, la reacción social ante los delitos no es por mera arbitrariedad o venganza de la o las víctimas, sino que deriva de “una ordenación institucional prevista para resolver, racionalmente, estableciendo soluciones similares a casos similares, los conflictos más graves de convivencia” (Borja, 2006: p. 104). Como afirma Emiliano Borja, los mecanismos de solución de conflictos son, en parte, jurídicos, es decir, “obligatorios, dependientes de un tercero, previsible, racionales, etcétera” (2006: p. 104). De este modo, se cumple con la seguridad jurídica exigida por el principio de legalidad (Villegas, 2014: p. 218).

Junto a lo anterior tenemos otra diferencia respecto al principio de culpabilidad, en cuanto a que, en la mayoría de los sistemas sancionatorios indígenas, “la culpabilidad por el hecho propio aparece difusa o a veces inexistente dado que los valores individuales quedan supeditados a los valores del colectivo” (Villegas, 2014: p. 218). Es decir, aquí no es importante el individuo, sino que el colectivo, tomando mucho más valor la forma en que el individuo se comporta dentro de la comunidad, lo que se mide “en relación a su contribución o no contribución a la comunidad” (Villegas, 2014: p. 218). Es así como, en la mayoría de los casos, la sanción se aplica en relación a la forma en que se ha comportado el individuo dentro de la comunidad (Villegas, 2014: p. 218).

Dado esto, el principio de personalidad, en ocasiones, también cede ante “la culpabilidad del grupo, del clan o del patrilinaje”, en el sentido de que se responsabiliza al clan por la educación y la conducta del infractor (Borja, 2006: p. 123).

En cuanto a los principios rectores de los sistemas sancionatorios indígenas, estos son el “de equilibrio de las fuerzas de la comunidad o de la paz social y el de reciprocidad” (Villegas, 2014: p. 218). Lo anterior explica por qué conductas que pertenecen más bien al ámbito privado son sancionadas por las comunidades indígenas, como el adulterio o la traición, ya que estos actos representan un “desajuste social, una ruptura del equilibrio comunitario”, siendo una fuente de discordia entre los miembros de la comunidad (Villegas, 2014: p. 218).

Respecto al principio de equilibrio de las fuerzas de la comunidad o de la paz social, al ser el más importante pareciera que, según Myrna Villegas, estamos ante “sistemas de justicia restaurativa, con el uso de técnicas de mediación, especialmente cuando se trata de justicia comunitaria” (2014: p. 218). Lo anterior, porque el castigo no pretende solamente representar la reprobación social, sino que también busca restaurar el equilibrio de la comunidad y alcanzar la paz que fue quebrada por el actuar del infractor (Borja, 2006: p. 125); aunque también busca que el individuo

comprenda que su actuar atenta a las “fuerzas comunitarias, y por ende, atenta también contra sí mismo” (Villegas, 2014: p. 219). Por esta razón, la imposición de la sanción no solo afecta a la víctima, el infractor y a la autoridad legitimada para imponerla, sino que también alcanza a la comunidad en su totalidad (Borja, 2006: p. 125).

Por lo anterior, la decisión de la sanción a imponer constituye un “proceso de negociación que se abre en dos direcciones distintas” (Borja, 2006: pp. 126-127), por un lado, a través de la asamblea, en que se reúne toda la comunidad para determinar la culpabilidad o inocencia, además de la sanción a establecer y, por otro lado, la transacción entre la comunidad y el propio condenado respecto de la sanción a imponer, e incluso, en ocasiones se permite que el condenado solicite que la sanción se cumpla bajo ciertas condiciones que, si son razonables, son aceptadas por la comunidad (Borja, 2006: pp. 126-127).

Junto a lo anterior, tenemos el principio de rehabilitación o reinserción social del reo, la que se encuentra en los sistemas jurídicos occidentales, pero no con la misma relevancia que en los sistemas indígenas, pues estos tienen el convencimiento de que la justicia estatal no vela por los intereses de la sociedad ni del propio reo, además de que los órganos jurisdiccionales “están corrompidos, son lentos e ineficaces, se equivocan constantemente y tutelan exclusivamente los intereses de los poderosos”, junto con que las “sanciones estatales despersonalizan al sujeto, lo excluyen de sus entorno, provocan el contagio criminal y, en definitiva, transforman negativamente al individuo” (Borja, 2006: p. 128).

En cambio, la mayoría de los sistemas sancionatorios indígenas buscan “reintegrar al condenado de nuevo a su comunidad, de que este confiese y admita su error ante las autoridades indígenas” (Borja, 2006: p. 128), en definitiva busca que el infractor esté en paz consigo como con su comunidad, de allí entonces el rechazo a las penas que desnaturalizan al sujeto y le separan de su entorno (Borja, 2006: p. 128).

Comparando con nuestro sistema jurídico, podríamos decir que la pena, como consecuencia jurídica, tiene dos fines; por un lado, tiene un fin preventivo especial positivo, que tiene por objetivo la reinserción del sujeto a la comunidad y, por esta razón, la sanción se escoge en “función del hecho cometido y la personalidad del infractor”, lo que lleva a que las sanciones no sean siempre las mismas (Villegas, 2014: p. 219).

Por otro lado, también podría haber un fin preventivo general positivo, en el sentido de que se busca restablecer el equilibrio social a través “de una estabilización de la conciencia del derecho en una comunidad concreta”, la que tiene que ver con la “reafirmación de los valores de la comunidad” (Villegas, 2014: p. 219).

Respecto de los delitos o faltas cometidas, por lo general las conductas más comunes son los relacionados con “la apropiación y venta ilícita de bienes comunales, los hurtos y robos, y lesiones y delitos contra el honor” (Borja, 2006: p. 133). En cambio, delitos como el homicidio o contra la libertad sexual son menos frecuentes, e incluso en ocasiones desconocidos. Junto a estos, también hay conductas que los ordenamientos occidentales no consideran como delitos, mas los sistemas indígenas sí, como son el adulterio, la ociosidad y la hechicería (Borja, 2006: p. 133).

Por último, en estos sistemas, hay un abanico de posibles sanciones a imponer, las que pueden ser diferentes a nuestro sistema jurídico, pues el fundamento como los fines de este son distintos y se estructuran en torno a principios diferentes (Borja, 2006: pp. 137-138).

Primeramente, pese a que la pena de muerte está abolida en la mayoría de los países Latinoamericanos, aún subsiste en algunos pueblos amerindios, pues en la medida que no exista o tenga poca relevancia la pena privativa de libertad, los crímenes de mayor gravedad, como el homicidio o torturas, son difíciles de adaptar a sanciones que tengan un fuerte efecto de prevención general (Borja, 2006: p. 138).

La sanción más común es la pena corporal, lo que se debe tanto a la poca evolución de las instituciones penales como a la simbología que tienen estos ritos, como el baño de agua fría o el ortigamiento<sup>5</sup>, las que en sentido estricto no son penas, sino más bien elementos rituales del proceso previo a la pena (Borja, 2006: p. 139). Estas representan la “limpieza espiritual del

---

<sup>5</sup> El ortigamiento es un medio procesal y ritual que busca ‘curar’ al infractor y hacer que este se sienta ‘libre’ de las malas influencias que lo llevaron cometer el delito y confiese su hecho ante la comunidad para que, como reconocimiento de un error cometido, esta pueda aceptarlo nuevamente y así, reintegrarse a su comunidad tras la ejecución del castigo (Borja, 2006: p. 130).

Esta forma de sanción consiste en que el condenado se desnude y bañe en agua fría en un río, riachuelo, lago o cualquier fuente de agua próxima al lugar de enjuiciamiento, pretendiendo con esto que limpie su cuerpo de “los malos espíritus que han llevado al individuo a realizar un daño contra los demás” (Borja, 2006: p. 130).

Tras el baño de agua fría, sobre el cuerpo desnudo se aplica la ortiga, hierba urticante que, en contacto con la piel, produce picor, inflamación y eczemas con irritación generalizada (Borja, 2006: p. 130).

infractor, la purificación de su cuerpo y de su sangre, y la expulsión de las fuerzas internas que le han llevado al delito” (Borja, 2006: p. 139).

En cuanto a la pena privativa de libertad, esta tiene poca relevancia en los sistemas jurídicos indígenas, por dos razones principalmente. En primer lugar, porque la mayoría de los pueblos originarios selváticos, como la Amazonas, carecen de edificaciones y las cabañas comunales suelen ser abiertas. En segundo lugar, por la búsqueda de mantener la paz y el equilibrio en cada sociedad indígena, procurando la reintegración del infractor a su comunidad. En este sentido, han entendido que la cárcel occidental solo logra aislar al sujeto de su medio social, contagiándolo criminalmente e interiorizando en él un sentimiento de “rabia” y “rebeldía” (Borja, 2006: pp. 140-141).

Por otro lado, también tienen otros medios de sanción, como los trabajos en beneficio de la comunidad o la sanción pecuniaria de indemnización en favor de la víctima (Villegas, 2014: p. 221); la primera de ellas está estructurada para que al trabajar, el sujeto pueda “centrarse más en su comportamiento”, pues la obligación de soportar este trabajo puede ayudarlo a inducir o reforzar su arrepentimiento, al comprender que su infracción fue un mal contra la comunidad (Villegas, 2014: p. 221).

Finalmente, la sanción que consideran más severa y lesiva en los pueblos indígenas es la expulsión de la comunidad y se impone solo cuando las otras sanciones no han tenido la eficacia esperada (Borja, 2006: p. 132). Se le considera así porque supone “la muerte social del sujeto, su exclusión del poblado (...), la ruptura total con toda su existencia anterior y la práctica negación del futuro, porque se le ha borrado su propia esencia” (Borja, 2006: p. 132).

## **2. ¿Cómo los Estados han incorporado estas formas de castigo a su ordenamiento jurídico?**

Los Estados Latinoamericanos se han enfrentado de diversas maneras a la adecuación del derecho indígena con su ordenamiento jurídico. Su regulación local presenta como nudos críticos tanto el límite de la costumbre y el derecho propio indígena, como la resistencia de estos al “neoextractivismo y sobreexplotación de recursos naturales”, lo que ha generado, en algunas ocasiones, una respuesta penal violenta por parte del Estado (Villegas, 2014: p. 214).

En los orígenes de esta “tolerancia represiva” hacia los pueblos originarios se tiene la idea de que estos son anormales, lo que se remonta al positivismo criminológico de principio del siglo XX, lo que marcó el trato hacia los indígenas latinoamericanos. Esto llevó a que se despojara a los pueblos originarios de Latinoamérica de sus tierras y, conjuntamente, se oprimió su cultura, costumbres y derecho propio. Sin embargo, aún subsisten algunos pueblos originarios en varios lugares de Latinoamérica e incluso, algunos han tenido reconocimiento jurídico en sus países (Villegas, 2014: pp. 215-216).

Con la aprobación del Convenio N° 169 de la OIT y la celebración del V Centenario del Descubrimiento de América, muchos pueblos y etnias se movilizaron para reivindicar un espacio dentro del Estado, con el propósito de que se reconociera su cultura, tradición e identidad como nación, como también su “derecho a resolver sus conflictos conforme a sus propias normas, bajo sus procedimientos y ante sus autoridades” (Borja, 2006: p. 105). Esto ha llevado a que se comience a recuperar “el espíritu de su propio ordenamiento tradicional” mediante la creación de tribunales que resuelvan sus propios conflictos, amparados por el Convenio N° 169 de la OIT o las correspondientes Constituciones (Borja, 2006: p. 106).

En cuanto a la relación de la justicia ordinaria con la indígena, hay cuatro formas en que estas se pueden relacionar. La primera forma es negando la posibilidad de que exista otro tipo de justicia. Si la negación viene desde el Estado, esto se traduce en conductas tales como criminalizar a las autoridades indígenas o ignorarlas, desconociendo su validez; en cambio, si la negación viene desde los indígenas, esta se traduce en ejercer clandestinamente la justicia (Villegas, 2014: p. 235).

Una segunda forma es la coexistencia de estas, pero en forma diferenciada y distanciada, es decir, ambas existen, pero no se relacionan entre sí (Villegas, 2014: p. 235). Como tercera forma tenemos la reconciliación, es decir, el reconocimiento que hace la justicia oficial a la justicia indígena, otorgándole la dignidad que antes no tenía, por haber sido ignorada y reprimida (Villegas, 2014: p. 235). Y, por último, una cuarta forma es la convivialidad, consistente en el reconocimiento y enriquecimiento mutuo entre ambas, respetando la autonomía y jurisdicción de cada una de ellas. (Villegas, 2014: p. 235).

El mayor problema lo tenemos con las Constituciones de cada Estado pues, o bien se “quedan en declaraciones programáticas que luego son contradichas por la regulación o sistema de justicia interna, o por ausencia de reconocimiento” (Villegas, 2014: p. 236), como es nuestro caso. Esto

trae problemas especialmente en los casos en que el indígena es juzgado por la justicia ordinaria (Villegas, 2014: p. 236).

Aun así, hay varios países latinoamericanos que han reconocido constitucionalmente los sistemas punitivos de ciertos pueblos originarios<sup>6</sup> (Borja, 2006: p. 121). Ejemplos de ello son la Constitución Boliviana, en sus artículos 190, 191, 192 y 304; la Constitución Peruana en su artículo 149; y, la Constitución Ecuatoriana en sus artículos 57 n° 10 y 171 (Guzmán, 2014: p. 102). A mayor abundamiento, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-139/96 señaló que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, en el sentido de que pueden aplicar una “amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares” (1996a: pp. 13-14).

En relación a Chile, como ya se señaló, la Constitución es poco proclive a reconocer jurídicamente a los pueblos originarios, muestra de aquello es que no hace ninguna referencia a la diversidad étnica ni a sus pueblos originarios (Guzmán, 2014: pp. 97-98).

En nuestro Estado existe la pretensión de que se aplique el derecho con las mismas reglas a todos los habitantes del territorio, sin distinción alguna, lo que se asocia a principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, que tiene su mayor expresión en el “derecho penal a través de la primacía, prácticamente sin matices, del derecho estatal legislado cuyas prohibiciones penales están formuladas de manera abstracta e impersonal” (Couso, 2013: p. 172). Sin embargo, nuestro derecho, en materia de atenuantes y eximentes de la responsabilidad penal, admite la posibilidad de hacer ciertas diferencias, basándose en la costumbre indígena (Couso, 2013: p. 172).

Antes de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, nuestro derecho daba cierto reconocimiento a la costumbre indígena, incluso en materia jurídico penal. Esto sucedió de forma indirecta y parcial, cuando nuestro legislador decidió que la costumbre indígena debía ser considerada para “modular el tratamiento penal de comportamiento de determinado pueblo

---

<sup>6</sup> En algunos casos, los Estados se encuentran ante un conflicto entre el principio de diversidad étnica y cultural que exige preservar el “derecho a la diferencia y el mantenimiento de la propia idiosincrasia del grupo humano en cuestión” y, por otro lado, el principio de reconocimiento de los derechos fundamentales de los integrantes de ese grupo humano, que exige la protección del Estado (Borja, 2009: p. 287).

indígena, adaptándolo a la valoración relativamente diversa que tales conductas tendrían al interior de esa comunidad” (Couso, 2013: p. 179). Pero también se hizo referencia directa y más amplia a la necesidad de considerar su costumbre en materia penal, en el artículo 54 de la Ley 19.253 (Couso, 2013: pp. 179-180), que señala:

“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.

Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación, a requerimiento del Tribunal.

El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y, en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna, debiendo al efecto hacerse asesorar por un traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación”.

Aun así, la posibilidad de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca los sistemas de justicia indígena es algo bastante complejo, pues en el año 2000 el Tribunal Constitucional rechazó la compatibilidad de los tribunales indígenas y el sistema procesal nacional<sup>7</sup> (Couso, 2013: p. 205). Sin embargo, la exigencia del Convenio N° 169 de la OIT de respetar los métodos sancionatorios de los pueblos indígenas si es compatible con nuestro sistema jurídico y los derechos humanos<sup>8</sup>, por lo que, como dice Jaime Couso:

“indirectamente puede y debe ser cumplido por medio de alguna de las salidas alternativas que contempla el Código Procesal Penal, cuando el hecho investigado ya ha recibido una respuesta que desde el punto de vista de los fines del sistema penal vuelve superflua la

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol 309-2000 del 4 de agosto del 2000, considerandos 52 y 53.

<sup>8</sup> Como señala Myrna Villegas, los derechos que los pueblos originarios reivindican hacen referencia a “un orden normativo que poseían desde antes de la llegada de los españoles”, por lo que el Estado más que darles, debe devolverles. Chile, al ratificar el Convenio N° 169 de la OIT, se encuentra en la obligación de reconocer sus costumbres y derechos consuetudinarios, lo que da la apariencia de haber superado la visión de una única justicia oficial (2014: p. 236).

imposición de una pena conforme al ordenamiento penal nacional (...) o que, desde el punto de vista de las garantías penales, derechamente la convertiría en excesiva” (2013: p. 205).

Siguiendo a Couso, la posible objeción al reconocimiento del derecho indígena es respecto al principio de legalidad, en el sentido de que este contradiga eventuales prohibiciones penales que no están recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, como también eventuales penas que tampoco contemplaría nuestro sistema (2013: p. 206). Sin embargo, esta objeción no tiene cabida desde la perspectiva pluralista, como el multiculturalismo liberal y la del Convenio N° 169 de la OIT que legitima la expresión de la comunidad política, “a la que se le debe relativa autonomía, los contenidos normativos que tradicionalmente conforman su derecho, así como las definiciones normativas que sus autoridades formulen en la actualidad” (Couso, 2013: p. 207); esto siempre que respeten los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad, además de los derechos políticos de participación (Couso, 2013: p. 207).

Por último, se puede señalar que, a partir de la experiencia ecuatoriana y boliviana, más allá de la legislación, la justicia indígena se ha ido adaptando a partir de la práctica de los operadores jurídicos y las autoridades, al momento de resolver conflictos. Actualmente, esto se intenta hacer en las regiones I, XV, VIII y IX, a través de las prácticas de la Defensoría Penal Pública (Villegas, 2014: pp. 237-238).

### **3. ¿Cuál es su relación con los Derechos Humanos?**

Por último, hay que señalar cuál es la relación que existe entre el derecho sancionador indígena y los derechos humanos. En este sentido, se ha entendido que las costumbres y el derecho propio indígena tienen como límite los derechos fundamentales reconocidos por el derecho interno, así como los derechos humanos reconocidos internacionalmente (Villegas, 2014: p. 239).

En este sentido, los Convenios N° 107<sup>9</sup> y N° 169, ambos de la OIT, han señalado que los pueblos originarios tienen derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, además de respetarse sus métodos para la represión de delitos, siempre que no sean incompatibles con los

---

<sup>9</sup> Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, de 1957.

derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>10</sup>.

Ante estos derechos hay dos formas de situarse. La primera forma es teniendo un criterio absoluto en cuanto a la aplicación de los derechos humanos, por lo que no habría restricciones a estos basados en la cultura (Villegas, 2014: p. 240). En cambio, la segunda forma es teniendo un criterio más relativo, es decir, las actuaciones deben ser valoradas solo a la luz de la propia cultura (Villegas, 2014: p. 240).

Sin embargo, ninguna de estas dos formas responde al fundamento de un derecho penal intercultural, siendo necesario establecer un consenso en cuanto a su contenido, aunque sea mínimo, el cual sí es posible (Villegas, 2014: p. 240), como lo ha mostrado la Corte Constitucional Colombiana, la cual ha señalado que el principio del reconocimiento y la protección a la diversidad cultural deben interpretarse a la luz de la “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía” (1996b: pp. 7-8), restricciones que solo serán admisibles si se trata de una “medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía” y si se trata de una “medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce” (1996b: p. 8). Estos valores, según la Corte Constitucional Colombiana y la doctrina colombiana son la prohibición de tortura, el derecho a la vida e integridad física y, la prohibición de esclavitud (Villegas, 2014: p. 240).

Es así como vemos que se puede encontrar un consenso mínimo respecto de lo que no se puede vulnerar, aunque hay que tener presente que, para lograrlo, las garantías individuales deben interpretarse de forma colectiva y social (Villegas, 2014: p. 241).

---

<sup>10</sup> Artículos 8 y 9 del Convenio N° 169 y artículo 7° del Convenio N° 107.

## **Capítulo II:**

### **Estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y pueblos originarios**

En este segundo capítulo se analizará los estándares internacionales<sup>11</sup> en materia de personas privadas de libertad en general y, en específico, de los pertenecientes a pueblos originarios.

En primer lugar, debemos señalar que, como dice Molina, la frase estándar internacional es “parte referencial” de casi todas las áreas del derecho (2018: p. 235). Esta expresión, en especial en el ámbito internacional, es invocado en un sinfín de diversos contenidos, como criterios, buenas prácticas, principios, reglas y normas; además de cumplir diversas funciones, como interpretativas, de base para fundar imperativos, parámetro de medición de un determinado índice de satisfacción, etc. (Molina, 2018: p. 236).

Sin embargo, no existe claridad sobre qué es un estándar a modo conceptual, sus efectos, su valor vinculante, ni sobre las diversas posibilidades o ejemplos de su existencia (Molina, 2018: p. 237), luego se pueden generar diversas definiciones de qué es un estándar internacional.

Una primera definición la podemos encontrar en la que da Pierluigi Chiassoni sobre cláusulas generales, quién entiende que estas son:

“un término o sintagma de naturaleza valorativa, caracterizado por la indeterminación, por lo que el significado de tal términ[o] o sintagm[a] no es determinable (o dicho de otro modo, las condiciones de aplicación del término o sintagma no son individualizables) salvo recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho, entre sí competidores potenciales” (2011: p. 90).

Según Molina, este concepto, si bien habla de cláusulas generales, nos da una ilustración sobre las características principales de un estándar internacional y nos sitúa en la dificultad en

---

<sup>11</sup> En este punto es necesario señalar lo que dice Jaime Couso respecto a la distinción entre estándares y principios, pues señala que al identificar algo como un estándar, no obsta a que no pueda ser considerado como principio jurídico (en el sentido que da Alexy, como “mandato de optimización”), sino que la distinción debe entenderse referida a principios básicos, por una parte, entendidos como principios orientadores para la política penitenciaria y, a principios operativos, por otra parte, entendidos como directamente operativos en el tratamiento penitenciario, en una suerte de “check list” de este (2012: p.272).

determinar su significado, pues implica “una elección entre criterios de juicio generalmente en competición” (2018: p. 238).

Una segunda definición la da la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), quien ha definido como estándar jurídico:

“al conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y de otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derecho Humanos. El término ‘estándares jurídicos’ asimismo se refiere a los tratados regionales de derecho humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derecho Humanos” (2015: p. 13)<sup>12</sup>.

Respecto a esta definición, Molina ha señalado que la Corte IDH es una de las principales creadoras de estándares a través de su jurisprudencia, quedando en la duda si estos estándares que entrega la Corte IDH son norma obligatoria incorporada al derecho interno o, más bien, son meras declaraciones de principios con “términos laxos como ‘recomendar’ ‘promover’ o ‘alentar’ (2018: pp. 246-247)<sup>13</sup>.

En este sentido, la CIDH ha señalado que:

---

<sup>12</sup> Esta definición aparece en el pie de página N° 5, de la pág. 13 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación. Actualización del 2011-2014”.

<sup>13</sup> Las decisiones de la Corte IDH resultan obligatorias para el Estado condenado, convirtiéndose así en cosa juzgada internacional, es decir, le genera una vinculación inmediata o directa. Sin embargo, respecto a los demás países miembros del sistema interamericano, las sentencias contra un Estado hacen cosa interpretada internacional, generando una vinculación mediata o indirecta (Bazán, 2014: p. 389).

Es decir, como lo señaló Cançado Trindade, las decisiones de la Corte IDH son “‘cosa juzgada’, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es ‘cosa interpretada’, válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención” (2002: p. 920).

Respecto de las opiniones consultivas de la Corte IDH, si bien no son sentencias jurisdiccionales, si poseen carácter vinculante. Si el control de convencionalidad supone que los jueces deben cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y con la interpretación que haga la Corte IDH de esta, las opiniones consultivas son el resultado de la labor hermenéutica de esta, en tanto intérprete final de la CADH (Bazán, 2014: p. 390).

El control de convencionalidad supone que la Corte IDH fije un criterio o estándar y, los órganos competente locales, en la medida de lo posible, lo apliquen en los casos concretos. De tal manera, la exigencia del control de convencionalidad obedece a la dinámica de irradiación de la jurisprudencia de la Corte IDH hacia los Estados que han aprobado y ratificado la CADH y reconocido la competencia de dicha corte (Bazán, 2014: p. 390).

“Estos estándares no sólo tienen un importante valor como guía de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Convención Americana", "Convención" o "CADH") para los tribunales nacionales, sino que pueden contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos y, a fortalecer los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, así como los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia” (2007: p. 1).

El problema que se tiene con el concepto dado por la CIDH es lo restringido que queda al sistema interamericano de derechos humanos, dejando fuera al sistema universal de derechos humanos, como también a otros instrumentos de derecho internacional que no sean tratados, sentencias o decisiones judiciales.

Es por lo anterior que, para efectos de este trabajo, se utilizará el concepto de estándar internacional dado por Gonzalo Aguilar, quién los define como:

“el conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, negociados o aceptados, ya sean vinculantes o no. En consecuencia, los estándares incluyen documentos vinculantes que codifican o crean obligaciones o deberes jurídicos, lo que se conoce comúnmente como *hard law*, así como los documentos no vinculantes que formulan recomendaciones sobre normas de conducta y políticas públicas que debieran adoptar los Estados, conocidos como *soft law*” (2015: p. 26).

Según Royo, de esta definición podemos entender que los estándares constituyen límites a los cuales debe estructurarse la regulación de todo el proceso de privación de libertad, con relación a la “situación de sujeción especial” en que se encuentran las personas privadas de libertad frente al Estado (2019: p. 4).

## **1. Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad**

De acuerdo con los tratados internacionales como a la jurisprudencia de la Corte IDH, distinguimos dos grandes estándares internacionales que abarcan la totalidad de derechos y garantías que se le reconocen a las personas privadas de libertad, a saber, la posición especial de garante y la dignidad humana.

### **1.1 Posición Especial de Garante**

En cuanto a la posición especial de garante, la CIDH ha señalado que el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad (2011: p. 3) pues, ante su situación de privación de libertad no pueden satisfacer sus necesidades básicas de forma independiente, además de que son sometidas a un control permanente con un régimen de vida con diferentes niveles de rigidez y rutinas que reducen su autonomía (Castro, 2018: p. 44).

Así, el Estado está obligado a hacerse cargo de estas personas y asumir lo que sería una verdadera posición de garante, es decir, estaría obligado a “desplegar acciones positivas dirigidas a proteger y garantizar” los derechos fundamentales de ellos (Castro, 2018: p. 44), en particular, el derecho a la vida y la integridad corporal, cuya realización es “condición indispensable para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la reforma y readaptación social de los condenados”, los que son tanto garantías de la seguridad ciudadana como derechos de las personas privadas de libertad (CIDH, 2011: pp. 3-8).

Esta posición de garante constreñiría al Estado a cumplir, a la vez, con una obligación de custodia y de protección (Castro, 2018: p. 44).

La Corte IDH ha sido enfática al señalar esta obligación del Estado, un ejemplo de aquello es la sentencia del caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay del 2004, la cual en los párrafos 152 y 153 señala que:

“152. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia

pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar” (2004: párr. 152 y 153).

Este estándar tiene diversas manifestaciones:

- 1) Una primera manifestación es que el Estado debe “asumir una actitud de guardián permanente frente a la población penitenciaria”, que consiste en adoptar mecanismos de resguardo razonables para prevenir el peligro de lesión de derechos al interior de establecimientos penitenciarios, los cuales pueden ser, entre otros, incendios, peleas, enfermedades, suicidios y abusos en el interior de las cárceles, situaciones en las que el Estado debería estar atento y dispuesto a prevenir a través de medidas concretas. Este actuar razonable de parte del Estado, debería complementarse con protocolos de actuación concretos en las respectivas reglamentaciones (Castro, 2018: pp. 44-45).
- 2) Una segunda manifestación es que el Estado debe proteger a los imputados y condenados por igual, independiente del tipo de recinto penitenciario en que se alojen, sea estatal o privado. Pero, además, no solo debe protegerlos dentro de la cárcel, sino que también durante los traslados, la conducción a diligencias judiciales o cuando son llevados a hospitales externos (Castro, 2018: p. 45).
- 3) En tercer lugar, el Estado debe asegurar que los establecimientos penitenciarios tengan condiciones mínimas compatibles con la dignidad humana, es decir, debe:  
“evitar el hacinamiento; asegurar la separación por categorías; brindar acceso al agua potable para consumo e higiene; entregar alimentos de buena calidad y con valor nutritivo suficiente; brindar para todos los privados de libertad, educación, trabajo y recreación; garantizar ampliamente las visitas, asegurar que todas las celdas cuenten con luz natural, ventilación e higiene, asegurar limpieza y privacidad en los servicios sanitarios, y entregar revisión médica regular” (Castro, 2018: p. 45).
- 4) Por otro lado, también debe asegurar una tutela efectiva de los derechos de los reclusos a través de órganos jurisdiccionales, comunitarios y administrativos (Castro, 2018: p. 45). Es decir, debe asegurar su derecho a presentar recursos judiciales y quejas administrativas (CIDH, 2011: p. 90).

- 5) En quinto lugar, el Estado también tiene el deber del control judicial de la detención como garantía de los derechos a la vida e integridad personal de los detenidos, que se traduce en dos deberes fundamentales: la “obligación de presentar al detenido sin demora ante una autoridad judicial” o la autorizada para ejercer funciones judiciales y, el “deber de permitir el acceso inmediato del detenido a una autoridad judicial competente que revise sin demora la legalidad de la detención” (CIDH, 2011: p. 46).
- 6) En cuanto al personal penitenciario que tenga bajo su responsabilidad la “dirección, custodia, tratamiento, traslado, disciplina y vigilancia de personas privadas de libertad, deberá ajustar, en todo momento y circunstancia, al respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y de sus familiares” (Principio XX de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas).
- 7) Por último, el Estado no pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sino que debe sujetarse al derecho o a la moral, independientemente de la gravedad de las acciones o de la culpabilidad de los reos en determinados delitos (CIDH, 2011: p. 82).

Este primer estándar lo podemos encontrar, de manera no explícita, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual en su artículo 1º señala que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...)”. Junto a lo anterior, también lo vemos en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas del 2008, la cual, en el Principio I.2 señala:

“En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad”.

También la Corte IDH ha hecho referencia a ella en diversas sentencias, como en los párrafos 152 y 153 del caso “Instituto de reeducación del Menor” vs. Paraguay del 2 de septiembre de 2004, en los párrafos 221, 273, 295 y 403 del caso Penal de Miguel Castro vs. Perú del 25 de

noviembre de 2006 y, en el párrafo 87 del caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* del 5 de julio de 2006<sup>14</sup>.

A nivel nacional, podemos ver referencia a este estándar en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de 1998, el cual en su artículo 2° señala:

“Será principio rector de dicha actividad el antecedente 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”.

En cuanto a jurisprudencia a nivel nacional, la sentencia ROL N° 92795-2016 de la Corte Suprema caratulada “*Pía Campos Campos por Lorenza Beatriz Cayuhán Llebul contra Gendarmería de Chile*”, hace referencia a ello su considerando 7°, como también las sentencias de los Recursos de Amparo de la causa ROL N° 12-2017 de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en su considerando noveno y, la causa ROL N° 413-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en los considerando quinto y noveno.

## 1.2 Dignidad Humana

El segundo estándar en materia de personas privadas de libertad es la dignidad humana, la cual supone que toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente con “respeto irrestricto de su dignidad inherente, de sus derechos y garantías fundamentales y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (CIDH, 2011: p. 4).

En cuanto a la definición de dignidad humana, esta presenta tres tensiones conceptuales. La primera es preguntarnos si entendemos a la dignidad como algo natural del ser humano y que, por ende, “preexiste a todo acto social, jurídico o político”, o, por el contrario, hay que entenderla como un atributo creado “por la dinámica de los sistemas políticos-jurídicos de las sociedades modernas” (Bohórquez y Aguirre, 2009: pp. 57-58). La segunda es preguntarnos si la dignidad

---

<sup>14</sup> Otros casos son: *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú* del 19 de enero de 1995, párr. 60; *Caso Bulacio vs. Argentina* del 18 de septiembre de 2003, párr. 126 y 138; *Caso Tibi vs. Ecuador* del 7 de septiembre de 2004, párr. 129 y 262; *Caso Servellón García y otros vs. Honduras* del 21 de septiembre de 2006, párr. 116; *Caso López Álvarez vs. Honduras* del 1 de febrero de 2006, párr. 106; *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú* del 20 de noviembre de 2014, párr. 177.

humana es un “valor abstracto definido en términos formales” y, por tanto, ambiguo o bien, es un “valor concreto que se encarna en diferentes ámbitos de la vida humana”, como la seguridad social, la integridad personal, el derecho de propiedad, etc. (Bohórquez et al., 2009: p. 58). Y, por último, si es que solo existe una única noción de dignidad humana aplicable a toda persona sin distinción de clase, estima, género, etc. o, en cambio, la dignidad humana es un concepto que necesariamente se encuentra cualificado por esas pertenencias particulares a diversos grupos sociales (Bohórquez et al., 2009: p. 58).

Estas tensiones, en cuanto al concepto de la dignidad humana, no están resueltas, lo que se puede evidenciar de la lectura de los diversos tratados internacionales de derechos humanos (Bohórquez et al., 2009: p. 58).

En cuanto a las manifestaciones de este estándar, lo podemos ver en diversos derechos y garantías que tienen las personas privadas de libertad.

1) Una primera manifestación es el derecho a la vida que, como señala la CIDH, es el más fundamental de los derechos establecidos en instrumentos de los sistemas de derechos humanos -interamericano u otros-, pues sin el pleno respeto de él es “imposible garantizar o gozar efectivamente de ninguno de los otros derechos o libertades” (2011: p. 105)

Respecto de los privados de libertad, tal como se señaló en el punto anterior, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, por lo tanto, su deber de garantizar este derecho es aún mayor. Así, el Estado tiene el deber de prevenir todas aquellas actuaciones que pudiesen conducir, por acción u omisión, a la supresión de este derecho (CIDH, 2011: p. 106). Asimismo, en los casos de muertes ocurridas en custodia del Estado, incluso en caso de muerte natural o suicidio, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio y, sin retraso, una investigación seria, imparcial y efectiva, que se desarrolle en un plazo razonable y que no sea iniciada como una simple formalidad (CIDH, 2011: p. 106).

2) Como segunda manifestación tenemos la integridad personal<sup>15</sup>, la cual también es un “derecho humano fundamental y básico para el ejercicio de los demás derechos” (CIDH,

---

<sup>15</sup> Dentro de integridad personal se comprende tanto la integridad física como psíquica, aquello se deduce de la estrecha relación que tiene la integridad personal con el acceso a la salud, la cual incluye tanto la salud física como psíquica (de acuerdo al Principio X de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas) pues esta es una obligación que deriva directamente del deber del Estado de garantizar la integridad personal de las personas privadas de libertad (CIDH, 2011: p. 199).

2011: p. 129). Lo anterior implica que el Estado tiene la prohibición de torturar o maltratar a los reclusos, como también debe adoptar todas aquellas medidas necesarias para protegerlos de los ataques que puedan provenir de terceros, incluso de otros reclusos (CIDH, 2011: pp. 129-135). Asimismo, supone el deber del Estado de “investigar, sancionar o reparar toda violación a este derecho cometido en perjuicio de personas bajo su custodia” (CIDH, 2011: p. 135).

- 3) De lo anterior se desprende una tercera manifestación que es la prohibición de tortura a las personas privadas de libertad. La Corte IDH, en el párrafo 145 de la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, ha definido a la tortura como:

“todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, castigo personal, medida preventiva, pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (2004: p. 73).

Por tanto, para que una conducta sea calificada como tortura deben cumplirse 3 elementos: i) que sea un acto intencional, ii) que cause severos sufrimientos físicos y mentales y, iii) que se cometa con determinado fin o propósito (CIDH, 2011: p. 133).

Junto a la tortura, se encuentran los otros tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, los cuales no tienen la misma gravedad que la tortura, pero se encuentran igualmente prohibidas (Castro, 2018: p. 47).

- 4) Una cuarta manifestación de la dignidad humana es la libertad individual y seguridad personal, la cual tiene como aspecto fundamental la prohibición de la tortura (CIDH, 2011: p. 130).
- 5) También es manifestación de la dignidad humana el acceso a servicios de salud, el cual es una obligación que deriva directamente del deber del Estado de garantizar la integridad personal de las personas privadas de libertad (CIDH, 2011: p. 199).

La Corte IDH señaló en el párrafo 102 de la sentencia del caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, que:

“el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por facultativos elegidos por ellos mismos o por quienes ejerzan su representación o custodia legal, sin que esto signifique que exista

una obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de las personas privadas de libertad, en cuanto a atención médica, sino con aquellos verdaderamente necesarios, conforme a su situación real”<sup>16</sup> (2006: p. 52).

El acceso a los servicios de salud incluye tanto la salud física como mental, tal como lo señala el Principio X de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2008 al señalar que: “Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuadas; (...)”.

- 6) Como otra manifestación de la dignidad humana tenemos el límite en el ejercicio del poder disciplinario, el cual supone que se deben respetar las garantías judiciales generales al momento de imponer una sanción disciplinaria (Castro, 2018: p. 48). Así, las sanciones o castigos que se impongan a los reclusos no deberán constituir actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni tampoco imponerse de tal forma que lleguen a constituir una vulneración a otros derechos (CIDH, 2011: p. 149).

En cuanto al uso de fuerza, la Corte IDH permite el empleo de armas letales por parte de los cuerpos de seguridad de los establecimientos penitenciarios, en la medida que sean utilizados estrictamente para proteger una vida y resulten ineficaces medidas menos extremas (Castro, 2018: p. 48). Lo anterior exige que después que se haya hecho uso de la fuerza, es necesario que se adopten todas las medidas necesarias para asegurar de forma oportuna y eficaz la asistencia médica (Castro, 2018: p. 48).

Respecto a la prisión preventiva, la Corte IDH, en el párrafo 106 del Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, señaló que esta:

“es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En este sentido, (...) la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva” (2006: p. 64).

---

<sup>16</sup> Esto mismo aparece en la sentencia del Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú del 25 de noviembre de 2005, párr. 227; y en la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador del 7 de septiembre de 2004, párr. 156. Como también en el Principio 24 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

Motivo por el cual la prisión preventiva también es una manifestación de la dignidad humana, pues constituye un límite para el Estado en cuanto a su imposición, ya que no se puede imponer por causales normalmente utilizadas por diversas legislaciones, como el peligro de reiteración, los delincuentes habituales o reincidentes, la alarma social o repercusión del hecho para calmar a la ciudadanía, etc. (Castro, 2018: 49).

- 7) Otra manifestación de la dignidad humana es la readaptación o resocialización de los condenados como finalidad de la pena, pues la reinserción requiere de una intervención penitenciaria libre de deficiencias y peligros durante el periodo de ejecución o de un ambiente propicio o saludable para la reinserción, como también exige que los Estados aseguren, después de la condena, un periodo para que los egresados tengan la posibilidad de comportarse conforme a la norma penal (Castro, 2018: p. 49).
- 8) También la dignidad humana se manifiesta en las otras formas de reparación, pues estas buscan mejorar la posición de las víctimas y/o sus familiares, además enviar un mensaje de corte preventivo general a la sociedad y promover la modernización del sistema penitenciario (Castro, 2018: p. 50).
- 9) Finalmente, si bien no es una manifestación directa de la dignidad humana, es necesario señalar que, respecto de las relaciones y visitas familiares, el Estado tiene la obligación de “facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familiares y, de respetar los derechos fundamentales de estos contra toda interferencia abusiva y arbitraria”, pues las visitas familiares “son un elemento fundamental del derecho de la protección de la familia de todas las partes afectadas en esta relación” (CIDH, 2011: p. 219).

Es así como el Estado, en su posición de garante, tiene la obligación de crear las condiciones necesarias para hacer efectivo este contacto y, en particular, debe atender todas aquellas “deficiencias estructurales que impiden que el contacto y la comunicación entre los internos y sus familiares se den en condiciones dignas, seguras y con suficiente regularidad” (CIDH, 2011: p. 219), pues uno de los principales obstáculos para estas visitas es el “trato humillante o denigrante hacia los familiares de los reclusos por parte de las autoridades durante los días de visitas” (CIDH, 2011: p. 220)<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> De acuerdo al “Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas” de la CIDH, es frecuente que durante las visitas, los familiares, que por lo general, son mujeres, niños, niñas y adolescentes y personas de edad avanzada, tengan que esperar varias horas a la intemperie y cargando paquetes, además de someterse a inspecciones rigurosas, tanto corporales como de sus pertenencias, las que en muchos casos tienen un carácter denigrante y, en definitiva, someterse a autoridades policiales o militares encargados de la

Este estándar lo encontramos mencionado en diversos pactos o convenciones internacionales sobre derechos humanos, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1976, el cual señala en su artículo 10.1 que: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, lo que en igual término aparece en el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, lo vemos en reglas y principios del derecho internacional de derechos humanos, como en la Regla 1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 2015, más conocidas como las Reglas Nelson Mandela, la que señala: “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínseco en cuanto a seres humanos” y, en el Principio I.1 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que señala:

“Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”<sup>18</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte IDH ha hecho alusión a la dignidad humana en varias de sus sentencias, como en los párrafos 156, 165 y 187 del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* del 29 de julio de 1988, los párrafos 60, 75 y 86 del caso *Neira Alegría y otros vs. Perú* del 19 de enero de 1995, los párrafos 151 y 159 del caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs.

---

seguridad de los recintos, que por lo general no están debidamente capacitados para tratar a los visitantes (2011: p. 220).

Dentro de esto, una práctica ampliamente documentada por la CIDH y la ONU son las revisiones denigrantes que se practican a las mujeres que acuden a estas visitas, las cuales pueden incluir revisiones vaginales y anales (CIDH, 2011: p. 223). En este punto, según lo señalado en el Principio XXI de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, el empleo de registros corporales a las personas privadas de libertad y sus visitantes no deberán aplicarse de forma indiscriminada, sino que debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, además de practicarse en condiciones sanitarias adecuadas, por el personal calificado del mismo sexo y, deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales.

<sup>18</sup> También se hace referencia en otros cuerpos normativos como el preámbulo y el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el preámbulo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1987, el preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, las Reglas 3.9 y 6.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio) de 1990, el Principio 1° de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de 1990 y el Principio I del Conjunto de Principios para la Protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988.

Paraguay del 2 de septiembre de 2004 y los párrafos 140, 197 y 205 del caso Espinoza González vs. Perú del 20 de noviembre de 2014<sup>19</sup>.

En lo referente a normativa nacional, una primera referencia al respeto de la dignidad humana lo vemos en la Constitución Política de la República, la cual en el artículo 1° señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, también vemos una referencia a ella en el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público de 1999, que en su inciso 2° señala: “El Ministerio Público adoptara las medidas administrativas tendientes a asegurar el adecuado acceso a los fiscales por parte de cualquier interesado, con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal”.

Asimismo, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile de 1979, en el artículo 15 dice: “El personal de gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes”. Finalmente, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios hace referencia a la dignidad en los artículos 27 bis y 29 bis referente a los registros corporales y el artículo 45 referente al vestuario.

Por último, en la jurisprudencia nacional también se ha hecho mención a la dignidad humana, la más relevante es la sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de Lorenza Cayuhán contra Gendarmería de Chile, que lo señala en los considerandos 7°, 8°, 9° y 13°, junto a esta tenemos otras sentencias que hacen referencia a ello, como las sentencias de los Recurso de Amparo de la causa ROL N° 413-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago en los considerando octavo y

---

<sup>19</sup> Otras sentencias que hablan de aquello son sentencia del caso Godínez Cruz vs. Honduras del 20 de enero de 1989, párr. 162, 164, 174 y 197; sentencia del caso Loayza Tamayo vs. Perú del 17 de septiembre de 1997, párr. 57; sentencia del caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago del 21 de junio de 2002, párr. 165; sentencia del caso Tibi vs. Ecuador del 7 de septiembre de 2004, párr. 150 y 155; sentencia del caso Lori Berenson Mejía vs. Perú del 25 de noviembre de 2004, párr. 102 y 103; sentencia del caso Fermín Ramírez vs. Guatemala del 20 de junio de 2005, párr. 118; sentencia del caso Acosta Calderón vs. Ecuador del 24 de junio de 2005, párr. 140 y 141; sentencia del caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú del 25 de noviembre de 2005, párr. 221 y 237; sentencia del caso López Álvarez vs. Honduras del 1 de febrero de 2006, párr. 104, 105 y 106; sentencia del caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela del 5 de julio de 2006, párr. 85 y 146; sentencia del caso Durand y Ugarte vs. Perú del 16 de agosto de 2006, párr. 69, 78; sentencia del caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú del 25 de noviembre de 2006, párr. 274, 315 y 323; y, sentencia del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador del 21 de noviembre de 2007, párr. 170 y 171.

noveno y la causa ROL N° 164-2018 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el considerando segundo.

## **2. Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad pertenecientes a Pueblos Originarios.**

Siguiendo los tratados internacionales como a la jurisprudencia de la Corte IDH, distinguimos un gran estándar que protege a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, a saber, la protección de los grupos vulnerables (Castro, 2018: p. 45).

El derecho internacional de los derechos humanos se ha preocupado de exigir el cumplimiento de una serie de mecanismos de resguardos en los establecimientos penitenciarios, los que están destinados a prevenir los malos tratos y asegurar condiciones materiales mínimas para los reclusos y sus guardianes. Estas exigencias van dirigidas a la protección de la población penal en general, independiente del grupo étnico, origen social, edad, cultural, religión, orientación sexual, idioma o nacionalidad (Castro, Cillero y Mera, 2010: p. 233).

Con todo, es sabido que al interior de los recintos penitenciarios hay grupos que les afecta en mayor medida las consecuencias del encierro, esas secuelas no sólo derivan del contexto en que se encuentran estas personas, sino también porque “son objeto de un trato distinto, porque viven en condiciones materiales que están por debajo de los estándares mínimos, y porque constantemente las autoridades penitenciarias y la población carcelaria les infligen malos tratos” (Castro et al., 2010: p. 233).

Es por lo anterior, que el derecho internacional de los derechos humanos se ha preocupado de desarrollar una normativa particular destinada a exigir al Estado un resguardo diferente, con una protección que vaya más allá de la que se provee a la comunidad carcelaria general (Castro et al., 2010: p. 233).

Avocándonos solamente a uno de estos grupos vulnerables, a saber, los pueblos originarios, podemos identificar los siguientes principios y/o manifestaciones.

### **2.1 Igualdad y no discriminación**

Un primer estándar se refiere al principio de igualdad. Este principio, como derecho, exige que las personas deben ser tratadas con la misma consideración y respeto, derivando su justificación de la “atribución a todos los seres humanos de la idéntica calidad de agentes morales” (Villavicencio, 2018: p. 48). La igualdad está compuesta de, al menos, dos formas relevantes: una de carácter formal y otra, de carácter material (Villavicencio, 2018: p. 48).

La primera se relaciona con la “prohibición de tratamientos discriminatorios asegurando la igualdad de oportunidades”, buscando con ello la remoción de “cualquier obstáculo que niega la igual condición de agentes morales de todo ser humano” (Villavicencio, 2018: pp. 48-49). Según Villavicencio, la igualdad entendida en estos términos derivaría de la “universalización de la dignidad última que cada uno de nosotros se atribuye como agente moral y que, por ello, hemos de reconocernos recíprocamente entre todos los agentes morales” (2018: p. 49).

Siguiendo a Villavicencio, este ideal es más bien modesto, pues es inútil si es que no va acompañado de la satisfacción de las necesidades suficientes para ser libres realmente (2018: p. 49). De este modo, el carácter material de la igualdad se refiere a la “satisfacción de ciertas necesidades básicas o la distribución de los recursos necesarios para que las personas puedan desenvolverse como agentes morales autónomos”, es decir, “dotar a todas las personas, de conformidad a sus capacidades, de alimentos, sanidad, condiciones de vida, educación, información y capacitación para ejercer la propia autonomía en similares condiciones de partida que los demás” (Villavicencio, 2018: pp. 48-49).

El principio de igualdad está consagrado en una serie de tratados internacionales, reglas y principios, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, la Declaración sobre los Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, entre otros.

La igualdad, en el contexto de personas privadas de libertad, es una de las manifestaciones más importante de la protección de los grupos vulnerables, reconocida tanto a nivel internacional como nacional, siendo aplicable a pueblos originarios, niños, niñas y adolescentes, mujeres, adultos mayores, migrantes, personas LGBTI y personas en situación de discapacidad.

Respecto a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, este principio se encuentra reconocido en los artículos 1° y 2° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, los cuales disponen que “los y las indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los diversos instrumentos internacionales” y, “tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígena”.

A nivel nacional, este principio se ve reflejado en la Ley 19.253, que establece en el artículo 8° la sanción a la discriminación en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura y, en la Ley 20.609 de 2012, conocida como la Ley Zamudio, que establece las medidas contra la discriminación.

Asimismo, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios establece en el artículo 5° que: “Las normas establecidas en el presente 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”.

En cuanto a la jurisprudencia, tenemos sentencias a nivel internacional y nacional que se han referido a la igualdad y no discriminación respecto a personas privadas de libertad, pertenecientes a pueblos originarios, como la sentencia de la Corte IDH en el caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile del 29 de mayo de 2014 o, la sentencia de la Corte Suprema sobre el caso de Lorenza Cayuhán contra Gendarmería de Chile.

## **2.2 Culto, tradiciones y costumbres**

Otro principio o manifestación de la protección de los grupos vulnerables, en este caso, de los pueblos originarios, tiene relación con el respeto a sus costumbres, tradiciones y culto.

- 1) En primer lugar, la libertad de culto, según el artículo 12 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, supone el derecho de manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas.

La libertad de culto se aplica a todos los miembros de los pueblos originarios, sin distinguir si están o no privados de libertad. En el caso de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, esto se manifestaría en la posibilidad que tendrían los miembros de estas comunidades de ejercer sus tradiciones, costumbres y ceremonias al interior de los establecimientos penitenciarios.

En lo que concierne a la salud y sus métodos, la sanación para los pueblos originarios está estrechamente vinculado con su espiritualidad<sup>20</sup> y, por ende, ligado con el acceso a los lugares de práctica de culto, es por esa razón que los sistemas de salud de los pueblos originarios deben ser complementarios al sistema de salud general de la población (INDH, 2017: p. 130). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en el artículo 24 N° 1 que:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud”.

A su vez, el artículo 25 N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT señala que:

“Los servicios de salud deberán organizarse en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y

---

<sup>20</sup> Haciendo una referencia a la cosmovisión Mapuche, al mapuche le afecta todo lo que ocurre en la naturaleza, por lo que cuando se rompe el equilibrio de esta las relaciones entre los seres se ven afectadas. Si alguien rompe este equilibrio, sufre como consecuencia la enfermedad tanto física como espiritual, la que se manifiesta en el plano físico o psicológico. Para los mapuches, la enfermedad ocurre cuando el hombre o mujer se encuentra en su estado más vulnerable, pues si el cuerpo y el alma de la persona “no funciona como una sola voluntad de ser y hacer, con una única e íntegra intención”, se torna un nicho atractivo para que la posean o habiten espíritus (Díaz, Pérez y González, 2004: p. 10).

La ruptura de la armonía en la red de relaciones sucede en diversas situaciones, trayendo consecuencias para la salud. La falta de esta no solo se observa en la presencia o ausencia de dolor físico, sino que también se deben considerar otros “aspectos que van más allá de la expresión concreta de una enfermedad, poniendo atención a manifestaciones tanto a la persona como del medio que la rodea” (Díaz et. al., 2004: p. 10).

Es por esta razón que la cultura mapuche desarrolló un sistema curativo para restablecer este equilibrio y armonía, compuesto por un conjunto de conocimientos y prácticas que se han utilizado durante siglos. En este sistema, se entiende que el cuerpo está interconectado con la espiritualidad, las emociones y los pensamientos, por estos motivos es que dentro de su sistema curativo hay sujetos con roles específicos para buscar el equilibrio y reordenar los elementos, restableciendo la salud y bienestar, siendo los principales: *Machi*, encargada(o) de la curación natural, única persona autorizada para establecer el puente entre los espíritus creadores y protectores; *Lavenche*, persona que tiene dones para conocer las propiedades de las hierbas curativas y remedios naturales; *Ngütamchefe*, persona conocedora de la forma, funciones y posiciones de los huesos y encargada de componerlos; y, *Püññelchefe*, persona especialista en maternidad y con conocimientos sobre cómo debe nacer un niño y cómo solucionar los problemas de un parto (Díaz et. al., 2004: p. 11).

culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”.

- 2) En segundo lugar, se debe dar respeto a sus métodos de resolución de conflictos, lo cual supone que, según el artículo 9° del Convenio N° 169 de la OIT, en la medida que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, además de que las autoridades y tribunales llamados a resolver, deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Lo anterior se conjuga con lo señalado en el artículo 10 N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT, el cual dispone que se debe dar preferencia a otro tipo de sanción distinta al encarcelamiento sobre todo porque, como ya se expuso en el Capítulo I de este trabajo, uno de los principios de los sistemas sancionatorios indígenas es la reintegración del infractor a la sociedad, lo cual no se logra con la cárcel, pues esta solo logra aislarlos de su medio social.

- 3) Finalmente, otra manifestación es la consideración de sus costumbres o su derecho consuetudinario como también sus características económicas, sociales y culturales pues, como disponen los artículos 8 N° 1, 9 N° 2 y 10 N° 1 del Convenio N° 169 de la OIT, “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”, “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” y, “cuando se impongan sanciones penales previstas en la legislación general a miembros de pueblos originarios o tribales deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”, respectivamente.

Aun así, esta consideración tiene un límite dado por los derechos humanos reconocidos por la normativa nacional e internacional, así está estipulado en el artículo 8 N° 2 del Convenio N° 169 de la OIT, el cual señala:

“Dichos pueblos deberán tener derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Como se desprende de lo anterior, a nivel internacional, las manifestaciones de este estándar están reguladas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio N° 169 de la OIT pero, también en otros cuerpos normativos que establecen en diversos artículos la libertad de culto o pensamiento, como también la posibilidad de expresar su cultura y tradiciones; por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y los Principios y Buenas Prácticas sobre las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Estas manifestaciones, en específico la libertad de culto o pensamiento, la podemos ver en diversa jurisprudencia de la Corte IDH, como en la sentencia del caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile del 29 de mayo de 2014, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua del 31 de agosto de 2001 y Pueblo Indígena Kichma de Sarayaku vs. Ecuador del 27 de junio de 2012.

En nuestra normativa interna, la libertad de culto está consagrada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República. Respecto a las otras manifestaciones, la Ley 19.253 establece en el artículo 7° el reconocimiento de los pueblos indígenas de mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en el artículo 28 el reconocimiento, respeto y protección de las culturas e idiomas indígenas y, en el artículo 54 la consideración que se debe tener a la costumbre como un antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad penal.

En lo referente a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios establece en el artículo 6° inciso 2° que:

“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”.

Finalmente, el Manual de Derechos Humanos de la Función Penitenciaria de Gendarmería de Chile señala que es primordial el reconocimiento y respeto de las costumbres y cosmovisión de

la población indígena que se encuentra en el sistema penitenciario, en ese sentido, se debe dar mayor consideración a situaciones como la celebración de ceremonias en fechas significativas, por ejemplo, el año nuevo Mapuche o Aymara. También se menciona la situación de que un interno o interna solicite tomar hierbas medicinales o usar vestuario autóctono (2013: p. 25).

En cuanto a los investidos como autoridad de un determinado pueblo, es necesario considerar necesidades propias de su cultura al momento que reciben visitas o solicitan algún permiso especial para entrevistarse con otros internos. Mismo respeto debe tenerse con las personas que visitan a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, sobre todo en la introducción de artículos o símbolos de gran importancia para su cultura (GENCHI, 2013: p. 25).

### Capítulo III:

#### ¿Nuestro Sistema Penitenciario reconoce y garantiza los Estándares Internacionales respecto de las personas privadas de libertad pertenecientes a Pueblos Originarios?

Finalmente, en este último capítulo se intentará responder a la pregunta inicial de la presente investigación, a saber, si nuestro Sistema Penitenciario reconoce y garantiza los estándares internacionales respecto a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, para aquello, en primer lugar, se expondrá lo dicho por el INDH en sus últimos estudios sobre condiciones carcelarias en Chile, además de lo recopilado en una entrevista a un experto en el tema.

En segundo lugar, se expondrá el caso de Lorenza Cayuhán, comunera mapuche que dio a luz a su hija mientras se encontraba engrillada a la camilla del hospital, el caso Norín Catrیمان y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, en el que el Estado de Chile fue condenado por violar el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad personal, la libertad de pensamiento y de expresión y el derecho a la protección de la familia y, el caso del Machi Celestino Córdova quién, tras varias solicitudes, finalmente obtuvo el permiso para efectuar la ceremonia *Geykorewe* (renovación de su *Rewe*).

#### 1. Estándares Internacionales en la práctica

##### 1.1 Igualdad y no discriminación

Según el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile del INDH del año 2013<sup>21</sup>, una de las falencias del sistema penitenciario es el resguardo de este derecho (p. 174). Si bien se podría identificar un grado de menor hostilidad en comparación a las personas privadas de libertad migrantes, de igual modo sufren discriminación (INDH, 2013: p. 174).

Indicio de aquello, es el trato que reciben algunas internas indígenas, por parte de sus compañeras no indígenas, las cuales las llaman “indias” o “mapuchitas” de modo discriminatorio (INDH, 2013: p. 175).

---

<sup>21</sup> En dicho estudio también se menciona las carencias en relación con la entrega de información a los internos e internas pertenecientes a pueblos originarios, como por ejemplo respecto de los derechos que tienen (INDH, 2013: p. 175). Asimismo, los grupos de internos e internas indígenas plantean carencia de información respecto a los beneficios intrapenitenciarios, desconocimiento de los requisitos para postular a estos y de las personas encargadas de proporcionarles esta información (INDH, 2013: p. 176).

## 1.2 Tradiciones, costumbres y cultura

Debemos entender dentro de este punto tanto la realización de rituales y ceremonias religiosas, como lo relativo a la vestimenta, medicina, alimentación e idioma.

### 1.2.1 Salud

Respecto a la salud, tal como se señaló en el capítulo anterior, el acceso a la salud para las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios requiere de un tratamiento especial, toda vez que sus sistemas de salud son diferentes y, a la vez, complementarios al sistema de salud general para toda la población (INDH, 2017: p. 129). Es por esta razón que el Estado Chileno ha impulsado una política de salud intercultural para la población indígena, sin embargo, la población indígena privada de libertad reclama la imposibilidad a acceder a estos sistemas de salud intercultural o propios por el hecho de estar privados de libertad (INDH, 2017: p. 130).

Según el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile del año 2013, referente al uso de medicina tradicional como parte de su cultura, los internos e internas entrevistados para el estudio manifestaron que el acceso a la medicina tradicional es muy escaso o casi nulo (p. 172). De igual forma, se pudo observar en este estudio que existen exiguas opciones para que los internos pertenecientes a pueblos originarios puedan utilizar la medicina natural para tratar sus enfermedades y dolencias al interior de los centros penitenciarios (INDH, 2013: p. 173).

Sin embargo, el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014-2015 del INDH, informó que el Centro Penitenciario Valdivia permitió el ingreso de medicamentos tradicionales mapuches (2017: p. 127).

Más tarde, en el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2016-2017 del INDH, se detectó que en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Río Bueno existían personas que pertenecían a la etnia Mapuche-Huilliche, quienes demandaban por productos provenientes de la medicina tradicional, especialmente el uso de hierbas medicinales (2018: p. 74).

De acuerdo con lo dicho por el experto entrevistado, en “Chile si ha habido un avance respecto a eso”, señalando que “en términos de salud intercultural es lo que más avanzado tiene el Estado, en términos de política pública” (2020). Sin embargo, señala que existen falencias en cuanto a las plantas y hierbas medicinales, pues “los lugares de producción de las plantas del Llahuén ya

no existen, los Menocos están secos, ya no hay Pitranto... esos espacios se pierden, por lo tanto, se pierden las plantas, no *tení* la posibilidad de hacer[los] como se hacía antes” (Entrevista experto, 2020).

Asimismo, señaló que el hecho de que coexista el modelo de salud occidental con el propio de los pueblos originarios ha generado cierta “distorsión” en este último como, por ejemplo, que “el Hospital Intercultural de Nueva Imperial, que está frente al otro [Hospital], en un espacio que no es el espacio tradicional, ha generado distorsiones como [llamar a] concurso público para la Machi del Hospital” (Entrevista experto, 2020).

### **1.2.2 Ritos Ceremoniales**

Respecto a sus tradiciones y la posibilidad de realizar ritos y de este modo conservarlas, según lo señalado en el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile del año 2013, no todos los recintos penales tienen grupos indígenas organizados, con sentido de pertenencia y unidad, que generen instancias de este tipo; una excepción lo constituye el caso de los internos e internas mapuches, quienes logran organizarse y realizar sus ritos y ceremonias (INDH, 2013: p. 173).

De acuerdo con el estudio, la posibilidad de realizar ritos indígenas no es un derecho adquirido, sino que se obtiene a través de negociaciones y de un trabajo que los internos e internas realizan con la administración de los centros penitenciarios, de quienes depende la autorización para su realización (INDH, 2013: p. 173).

En el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014-2015, se hace mención que algunos recintos penitenciarios celebraron actividades para los pueblos originarios, como el Penal de Arica y Calama con la celebración del año nuevo indígena de los pueblos andinos o, el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Osorno donde se celebró el *We Tripantu* (año nuevo mapuche) (INDH, 2017: p. 44).

Asimismo, la población interna mapuche de la unidad de Nueva Imperial posee facilidades para realizar ceremonias y tradiciones propias de su pueblo, las que generalmente se realizan en el patio o multicancha del recinto (INDH, 2017: p. 44). Por su parte, en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Lautaro se realizó una celebración mapuche a pedido de un interno en el año 2014 (INDH, 2017: p. 44).

En los recintos del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Antofagasta, Chañaral y el Complejo Penitenciario de La Serena, si bien no se registraron celebraciones durante los años 2014 y 2015, ellos poseen un lugar para cultos religiosos, el que también se usa para celebraciones indígenas (INDH, 2017: p. 44). Por el contrario, en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Santa Cruz, el Centro Penitenciario de Puerto Montt y los Centro de Detención Preventiva de Coyhaique, Puerto Aysén y Puerto Natales no se formularon solicitudes de celebraciones indígenas, situación que indica para el INDH “falta de política estatal de promoción, respeto y difusión de culturas ancestrales y que queda a iniciativa e intereses del Jefe de Unidad” (2017: p. 44).

En el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2016-2017 se indica que existen sectores destinados al culto indígena en el Centro Penitenciario de Isla de Pascua, los Centros de Detención Preventiva de Arauco, Lebu, Curacautín, Pitrufquén, Traiguén y Villarrica y, en los Centro de Cumplimiento Penitenciario de Victoria y Collipulli (INDH, 2018: p. 129).

En cuanto a las celebraciones, en este último estudio se señala que Gendarmería informó que hubo celebraciones en el Centro Penitenciario de Isla de Pascua, en los Centros de Detención Preventiva de Lebu, Collipulli, Curacautín y Pitrufquén y en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Victoria (INDH, 2018: p. 129).

Sobre las ceremonias, en particular, en el Centro Penitenciario de Isla de Pascua, tanto en el año 2016 como en el 2017, se celebraron ritos de tradición católica de manera bilingüe (español/rapa nui) (INDH, 2018: p. 129). En 2016, el Centro de Detención Preventivo de Lebu celebró el *Lellipun* y, en 2017 a dicho ritual se le agregó el *We Tripantu*, el cual en 2016 también se celebró en los Centros de Cumplimiento Penitenciario de Victoria y Collipulli y en los Centros de Detención Preventiva de Curacautín y Pitrufquén, lo que se repitió en 2017, con excepción del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Collipulli (INDH, 2018: p. 129).

Por su parte, en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Río Bueno se celebra todos los años el *We Tripantu*, al igual que en el Centro de Detención Preventiva de Mulchén. También, el INDH tiene reportes de que se han realizado ceremonias en los Centros de Detención Preventiva de Villarrica y Traiguén y en el Centro Penitenciario de Isla de Pascua (2018: p. 130).

Por otro lado, el Centro de Detención Preventiva de Lebu señaló que en los “recintos donde residen personas pertenecientes a pueblos originarios, particularmente mapuches, se ha permitido en ocasiones el ingreso de la Machi para atender a los internos de esa etnia” a quién se le otorgan todas las facilidades para realizar su labor (INDH, 2018: p. 130).

### **1.2.3 Alimentación**

Respecto a la alimentación, el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014-2015 constató que, en general, en los informes de las unidades penitenciarias visitadas no existían comidas o dietas especiales por motivos religiosos o culturales (INDH, 2017: p. 74).

En algunos establecimientos se señaló que no se había solicitado aquello, como en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Chañaral o el de Osorno (INDH, 2017: p. 74). Las excepciones fueron los centros penitenciarios donde hay comidas específicas o, a lo menos, la posibilidad de ellas, como el Centro Penitenciario de Valparaíso, el cual cuenta con la posibilidad de dietas especiales, pero con una preparación intermitente o el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Curicó, el cual contaba con dietas especiales por motivos religiosos (INDH, 2017: p. 74).

En el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2016-2017 se señaló que ninguna unidad penal presentaba la posibilidad de dietas por motivos culturales o por pertenecer a población indígena, indicando muchas de ellas que es porque o no hay población indígena o porque no se ha sido solicitado por las personas (INDH, 2018: p. 69).

De acuerdo con lo señalado por el experto entrevistado, hoy en día “hay como una explosión de lo plurimulti, de lo diverso, de un mundo de gran consumo y diversificación del consumo” (2020). Sin embargo, “los lugares en donde se producen esos alimentos hoy día no existen, están ‘tapados’ por las forestales” (Entrevista experto, 2020).

### **1.2.4 Lenguaje**

Respecto al uso de su lenguaje, según el Estudio de Condiciones Carcelarias en Chile del año 2013, en Chile los pueblos originarios no tienen, en general, un uso extensivo de sus dialectos originarios, lo que se manifiesta también en los internos e internas de los centros penitenciarios, quienes expresaron su interés por aprender y hablar su lengua materna (INDH, 2013: p. 173).

Al igual de lo que ocurre con los ritos y tradiciones, el lenguaje y el fomento de su uso no es parte de una estrategia de tratamiento para los internos pertenecientes a pueblos indígenas, es por esto, que su uso o la confianza para usarlo depende del régimen interno y del tipo de internos e internas (INDH, 2013: p. 174).

En el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014-2015, se señala que el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Nueva Imperial cuenta con señaléticas en mapudungun y en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Osorno existen diarios murales en español y en mapudungun (INDH, 2017: p. 43).

En el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2016-2017, se informa que en el Centro de Cumplimiento Penitencio de Río Bueno, en el año 2015, se realizó un taller de mapudungun en convenio con el establecimiento educativo del penal (INDH, 2018: p. 130).

De acuerdo con lo señalado por el experto entrevistado, “hoy [en] día existe [una] política pública [de] educación intercultural bilingüe que abre el tema, pero todavía no alcanza” (2020), pues, como él señaló, el lenguaje es necesario para la vida cotidiana, “para ir a comprar pan a la esquina” (Entrevista experto, 2020).

Por otro lado, señaló que “fue una decisión perder la lengua del pueblo Mapuche, que los niños no lo aprendieron para que no los castigaran” (Entrevista experto, 2020) y, así evitar ser discriminados y/o estigmatizados. Además, estas lenguas suelen tener un estatus de lengua “más baja”, un ejemplo de aquellos es que “el Mapudungun es la lengua oficial de una sola comuna de este país, que es la comuna de Galvarino y en el resto del país no es oficial” (Entrevista experto, 2020).

### **1.2.5 Vestimenta**

Finalmente, respecto a la vestimenta, en los Estudios de las Condiciones Carcelarias en Chile del INDH no se hace mención del uso o posibilidad de uso de vestimenta tradicional de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios.

La única mención que se hace sobre la vestimenta es referente a que en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Río Bueno no hay un protocolo que regule el uso de vestimentas (INDH, 2018: p. 130).

De acuerdo con lo señalado por el experto entrevistado, el uso de la vestimenta típica, en específico en el sur de Chile, ha sido utilizado como elemento de discriminación, pues “[la vestimenta] servía para estigmatizar, servía para hacer *bullying*, servía para discriminar, está asociado a la pobreza. De alguna forma (...) cuando pensaban en los pobres del campo en el sur se pensaba en los Mapuches, con sus mantas” (2020). Por lo que, durante bastante tiempo, los miembros de los pueblos originarios intentaron “chilenizarse”, perdiendo de esa forma su vestimenta típica. Sin embargo, hoy en día ha habido una explosión en su uso, constituyéndose en un “elemento de resistencia”, por ejemplo, “[en Temuco] las compañeras jóvenes van a la U[niversidad] con el traje tradicional” (Entrevista experto, 2020).

## **2. Jurisprudencia**

### **2.1 Caso Lorenza Cayuhán contra Gendarmería de Chile**

El 13 de octubre de 2016 Lorenza Beatriz Cayuhán Llebul, comunera mapuche privada de libertad en el Centro de Detención Preventiva de Arauco, presentó molestias físicas relativas a su embarazo de 32 semanas, por lo que fue trasladada al servicio de urgencias del Hospital de dicha ciudad (CS, 2016: Considerando N° 5°).

En este primer traslado desde la unidad penal hasta el Hospital fue esposada -no hay claridad de esto- y trasladada en un taxi particular, en cuyo interior la custodiaban dos funcionarios de gendarmería, un hombre y una mujer, además de ser escoltada por un carro institucional con cinco gendarmes dentro de él y dos motoristas de carabineros (CS, 2016: Considerando N° 5°).

En el hospital fue diagnosticada con preeclampsia, por lo que a las 18:00 horas la trasladaron al Hospital Regional de Concepción en ambulancia, en cuyo interior la custodiaron dos funcionarios de gendarmería -hombre y mujer-, manteniéndola durante el trayecto engrillada por el pie izquierdo a la camilla (CS, 2016: Considerando N° 5°).

Lorenza ingresó al Hospital Regional alrededor de las 19:00 horas, donde fue evaluada en presencia de funcionarios de gendarmería, para aquello el personal médico solicitó que se le retiraran los grilletes, lo cual se realizó y no fueron repuestos hasta cerca de las 22:00 horas, según la versión de Gendarmería (CS, 2016: Considerando N° 5°).

El 14 de octubre, alrededor de las 15:00 horas, Lorenza fue trasladada a la Clínica de la Mujer de Concepción por falta de disponibilidad de camas en el Hospital Regional. En la clínica, el personal de salud solicitó retirar las medidas de seguridad a Lorenza para poder monitorear su estado, medidas que no se volvieron a reponer porque funcionarios de gendarmería recibieron la orden de que debía permanecer sin aquellas, según la versión de Gendarmería (CS, 2016: Considerando N° 5°).

Durante la evaluación, se mantuvo en la misma sala donde Lorenza estaba siendo evaluada una funcionaria de gendarmería, la que también asistió al parto (CS, 2016: Considerando N° 5°).

Lorenza dio a luz a su hija el 14 de octubre de 2016 a las 16:00 horas. Tras el parto, Lorenza fue derivada a la Clínica Sanatorio Alemán, por no contar la Clínica de la Mujer con servicios de U.C.I., quedando su hija internada en la Clínica de la Mujer para mantenerla en la incubadora, bajo los cuidados médicos respectivos (CS, 2016: Considerado N° 5°).

Tras los hechos ocurridos, la Defensoría Penal Pública interpuso un recurso de amparo en favor de Lorenza Cayuhán por haber sido víctima de coerción ilegítima por parte de funcionarios de Gendarmería de Chile de la unidad penal de Arauco, consistentes en la utilización de grilletes durante el proceso de parto, específicamente, durante el traslado, el parto e incluso después de acabado el alumbramiento, además de haber contado con la presencia de funcionarios de Gendarmería de sexo masculino dentro de la sala de parto.

Dicho recurso de amparo fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Concepción por haberse perdido su oportunidad:

“toda vez que no existe la afectación actual que denuncia la abogada recurrente sobre colocación de grilletes a la amparada antes, durante y después del parto, por haber transcurrido la situación de hecho descrita en el libelo principal, aparte de no estar acreditado su fundamento, un actuar ilegal o arbitrario de Gendarmería que atente contra la libertad o seguridad personal de la madre, no debiendo olvidarse que la amparada se halla recluida en un penal a causa de una sentencia dictada por tribunal competente, sindicándola autora de una receptación y de un robo con intimidación” (2016: Considerando N° 2°).

Tras esto, se recurrió de apelación ante la Corte Suprema, la cual acogió el recurso de amparo, señalando que el actuar de Gendarmería atentó contra la libertad personal de Lorenza Cayuhán, además de ser un acto discriminatorio.

La Corte Suprema dijo que “Gendarmería no empleó la forma de menor control y menos invasiva que resultaba suficiente para manejar la supuesta movilidad de la amparada en la situación particular que padecía” (2016: Considerando N° 11°), toda vez que el traslado de Lorenza a Urgencias obedeció a su estado de gravidez y a la inminencia de un parto complejo, constituyendo el uso de grilletes una forma de represión y sujeción y, por ende, de coerción que resultaba improcedente, siendo la sola vigilancia al exterior de las salas en que fue atendida e intervenida suficientes para controlar un eventual y casi inexistente riesgo de evasión o la intervención de terceros con ese objeto (2016: Considerando N° 11°).

Además, las actuaciones de Gendarmería constituyeron un atentado contra el derecho de Lorenza a vivir una vida libre de violencia, lo que está garantizado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención Belem Do Pará), transgrediendo, por tanto, el Estado su obligación de proteger a Lorenza de la violencia ejercida por funcionarios de Gendarmería, al permitir que ella, quién estaba en una especial condición de vulnerabilidad, fuese sometida a tratos vejatorios e indignos, los cuales debieron evitarse (CS, 2016: Considerando N° 13°).

Finalmente, la Corte Suprema dijo que el actuar de Gendarmería se basó en un acto discriminatorio, primero en su condición de mujer, pues el trato recibido por parte de funcionarios de Gendarmería desconoció su estado de vulnerabilidad y, por ende, su necesidad de protección (2016: Considerando N° 14°) y, en segundo lugar, porque se constataron indicios que permitieron acreditar que el maltrato recibido por Lorenza se debió por pertenecer a la comunidad mapuche (2016: Considerando N° 15°).

Lorenza fue condenada por delitos comunes de receptación y robo con intimidación, además de tener una clasificación de bajo compromiso delictual, aquello, sumado a su estado de salud, “restaban toda posibilidad de que durante su traslado pudiera atacar contra terceros o intentar su huida” (CS, 2016: Considerando N° 15°). Las medidas tomadas por Gendarmería, según lo dicho por la Corte Suprema, no resultaban coherentes con las circunstancias antes descritas, por lo que este despliegue de medidas únicamente se explica por el hecho de tratarse de una

condenada de origen mapuche, lo que se confirma con la observación que se consignaba en la orden de salida hacia el Hospital donde se indicaba: “Interna que debe ser trasladada al servicio de urgencias del Hospital de Arauco, se adjunta salida al hospital, ojo, interna comunera mapuche, adoptar medidas de seguridad correspondientes”, características que se vuelven a destacar en los Partes N° 238 y 239 del 13 de octubre de 2013, en el Parte N° 239 del 14 de octubre y en los Informes de Novedades del 13 de octubre, en los que se consigna los egresos y hospitalizaciones de Lorenza (CS, 2016: Considerando N° 15°). Es por esto que la Corte Suprema concluyó que las medidas de seguridad adoptadas para el traslado de Lorenza se debieron a su pertenencia a la comunidad mapuche y que, si no hubiese concurrido esa cualidad, no se habrían implementado estas (CS, 2016: Considerando N° 15°).

Finalmente, la Corte Suprema señaló que aquí se configuró una situación de interseccionalidad en la discriminación:

“donde se observa una confluencia de factores entrecruzados de discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada, pues esta recibió un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, lo que en forma innecesaria puso en riesgo su salud y vida, así como la de su hijo, todo ello, en contravención a la normativa nacional e internacional vigente en la materia” (CS, 2016: Considerando N° 16°).

## **2.2 Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile**

A inicios de la década de los 2000, en las regiones VIII, IX, X y, precisamente en la Región de la Araucanía (IX), se desarrollaron numerosos reclamos, manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros, líderes y organizaciones del pueblo Mapuche, con el fin de que fueran atendidas y solucionadas sus reivindicaciones, principalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales y al respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales (Corte IDH, 2014: p. 2). En el contexto de la protesta social se incrementó el nivel de conflictividad en dichas regiones, por lo que se:

“presentaron algunas acciones de hecho y violentas calificadas como graves, tales como la ocupación de tierras no ligadas a procedimientos de reclamación en curso, incendio de

plantación forestal, cultivos, instalaciones y casas patronales, destrucción de equipos, maquinaria y cercado, cierre de vías de comunicación y enfrentamientos con la fuerza pública” (Corte IDH, 2014: p. 3).

A partir del año 2001 incrementó significativamente el número de dirigentes y miembros de la comunidad mapuche investigados y juzgados por la comisión de delitos ordinarios relacionados con los actos asociados a dicha protesta social. En una minoría de casos se investigó y/o condenó por delitos de carácter terroristas por aplicación de la Ley N° 18.314, conocida como Ley Antiterrorista (Corte IDH, 2014: p. 3).

Fue en este contexto que se abrieron procesos penales por los hechos ocurridos en los años 2001 y 2002 en las Regiones del Biobío (VIII) y la Araucanía (XI), en los cuales fueron condenados como autores de delitos calificados de terrorismo por aplicación de la Ley N° 18.314, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia y Patricia Roxana Troncoso Robles<sup>22</sup>, todos miembros de la comunidad mapuche (Corte IDH, 2014: p. 2)

Los Lonkos Segundo Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao fueron condenados como autores del delito de amenaza de incendio terrorista y se les impuso una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, además de la pena accesoria de inhabilitación que les restringía el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y derechos políticos<sup>23</sup> (Corte IDH, 2014: p. 3).

Los miembros de la comunidad Juan Millacheo Licán, Florencio y Patricio Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán y Patricia Troncoso Robles fueron condenados como autores del delito de incendio terrorista por el incendio de un fundo y se les impuso una pena de diez años y un

---

<sup>22</sup> A la época de los hechos Segundo Norín Catrimán, Pascual Pichún Paillalao y Víctor Ancalaf Llaupe eran autoridades tradicionales; Juan Millacheo Lican, Florencio Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán y Juan Marileo Saravia eran miembros de la comunidad mapuche; y, Patricia Troncoso Robles era activista por la reivindicación de los derechos del pueblo mapuche (Corte IDH, 2014: p. 2).

<sup>23</sup> Mediante la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol del 27 de septiembre de 2003. En diciembre de 2003 la Segunda Sala de la Corte Suprema desestimó los recursos de nulidad interpuestos (Corte IDH, 2014: p. 3).

día de presidio mayor en su grado medio, además de las penas accesorias que les restringía el ejercicio de los derechos políticos<sup>24</sup> (Corte IDH, 2014: p. 3).

Finalmente, Víctor Manuel Ancalaf Llaue fue condenado como “autor de la conducta terrorista tipificada en el artículo 2° N° 4 de la Ley 18.314 en relación con la quema de un camión de una empresa privada” y se le impuso la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, además de penas accesorias de inhabilidad que le restringía el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos <sup>25</sup>(Corte IDH, 2014: p. 3).

Tras las condenas, los ocho miembros de la comunidad mapuche recurrieron a la Corte IDH, la cual en la sentencia del 29 de mayo de 2014 declaró por unanimidad que el estado de Chile era responsable de la violación del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, la violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la libertad personal en perjuicio de los ocho miembros (Corte IDH, 2014: p. 1). Además de violar el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, en perjuicio de Segundo Norín, Pascual Pichún, Juan y Florencio Marileo, José Huenchunao, Juan Ciriaco y Patricia Troncoso; el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de Segundo Norín, Pascual Pichún y Víctor Ancalaf y, los derechos políticos de los ocho miembros de la comunidad; y el derecho a la protección a la familia en perjuicio de Víctor Ancalaf (Corte IDH, 2014: p. 1).

Respecto al principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley, la Corte IDH al pronunciarse sobre la aplicación selectiva y discriminatoria de la Ley Antiterrorista a integrantes del Pueblo Mapuche indicó que, en base a la información aportada, era posible constatar que en una mayoría de causas entre los años 2000 y 2013 se ha invocado dicha ley en contra de miembros del Pueblo Mapuche, pero estimó que la aplicación en su mayoría a miembros de la comunidad mapuche no permitía concluir que se había dado una aplicación selectiva de carácter discriminatorio, además que no se le aportaron suficientes elementos de información, por lo que concluyó que no existían elementos que le permitieran determinar que

---

<sup>24</sup> Mediante la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol del 22 de agosto de 2004. En octubre de dicho año, la Corte de Apelaciones de Temuco desestimó los recursos de nulidad interpuestos (Corte IDH, 2014: p. 3).

<sup>25</sup> Mediante la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 22 de agosto de 2004, la cual revocó parcialmente la sentencia condenatoria (Corte IDH, 2014: p. 3).

existía una aplicación discriminatoria de la Ley Antiterrorista en perjuicio del Pueblo Mapuche o sus miembros (Corte IDH, 2014: p. 5).

Sobre la utilización de estereotipos y prejuicios sociales en las sentencias penales internas, la Corte IDH, después de la apreciación de dos peritos y de destacar cuales eran las expresiones señaladas como discriminatorias por la CIDH y los intervinientes comunes de los representantes que aparecen en distintas sentencias condenatorias, consideró que:

“la sola utilización de esos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuran una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento” (2014: p. 5).

Respecto a la prisión preventiva de los ocho miembros de la comunidad mapuche, la Corte IDH estimó que la decisión de mantenerlos en prisión preventiva no se ajustaba a los requisitos de la Convención Americana, además de que en ninguno de los casos se tuvo en cuenta sus condiciones de miembros de un pueblo indígena y, en particular, la posición de autoridades que ocupaban Segundo Norín y Pascual Pichún como Lonkos y Víctor Ancalef como Werkén (2014: p. 10). La Corte IDH indicó que para garantizar los derechos consagrados en el artículo 7° de la Convención Americana, en relación al artículo 1.1 “se deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conformar su identidad” (2014: p. 10), asimismo, sostuvo que:

“la duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de los pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, pueden también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo” (Corte IDH, 2014: p. 10).

Por esta razón, la Corte IDH concluyó que “el Estado violó los derechos a la libertad personal, a no ser sometido a una detención arbitraria y no sufrir una prisión preventiva en condiciones no ajustada a los estándares internacionales” (Corte IDH, 2014: p. 10).

Respecto a la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte IDH consideró que la pena accesoria impuesta a Segundo Norín, Pascual Pichún y Víctor Ancalaf de inhabilitación por el plazo de quince años para “explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones” (Artículo 9º de la Constitución Política de la República) supuso una “restricción indebida al ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión”, pues estas fueron impuestas fundándose en una sentencia condenatoria que aplicó una ley penal violatoria del principio de legalidad y varias garantías legales, además de ser contrarias al principio de proporcionalidad de la pena (Corte IDH, 2014: p. 11). Al mismo tiempo, la Corte constató que la imposición de dichas penas a quienes eran autoridades tradicionales del pueblo mapuche “podría limitar el ámbito de acción de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el ejercicio de sus funciones como líderes o representantes de sus comunidades” (Corte IDH, 2014: p. 11).

Asimismo, la Corte IDH sostuvo que:

“podría haberse producido un efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión, derivado de los particulares efectos que tuvo la aplicación indebida de la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo indígena Mapuche, ya que podría haber provocado un temor razonable en otros miembros de ese pueblo involucrados en acciones relacionadas con la protesta social y la reivindicación de sus derechos territoriales o que, eventualmente, desearan participar en estas” (2014: p. 11).

Por esta razón, la Corte IDH concluyó que Chile violó el derecho de libertad de pensamiento y expresión, protegido en el artículo 13.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento (2014: p. 11).

Finalmente, respecto al derecho a la protección a la familia, Víctor Ancalaf estuvo privado de libertad en el Centro Penitenciario de Concepción, ubicado a más de 250 kilómetros de la ciudad de Temuco donde estaba su comunidad y familia, por lo que tanto él como su abogado y su cónyuge plantearon la necesidad de trasladarlo a un centro penitenciario más cercano. Ante esto la Corte de Apelaciones de Concepción no dio lugar a la petición de la cónyuge, ni a la del señor Ancalaf, no dando fundamentos sobre la medida y, además, no tomó en consideración un informe de Gendarmería que indicaba que no existía inconvenientes para que fuese trasladado;

junto con lo anterior, la Corte de Apelaciones tuvo por probado que esta situación “incidió negativamente en la periodicidad de las visitas y en el contacto entre el señor Ancalaf Llaupe con su familia, aumentando sus sentimientos de preocupación e impotencia, así como el deterioro de sus relaciones familiares” (Corte IDH, 2014: p. 12). Por esta razón, la Corte IDH estimó que el Estado violó el derecho a la protección a la familia en perjuicio de Víctor Ancalaf (2014: p. 13).

Tras la sentencia condenatoria de la Corte IDH, la Corte Suprema en la sentencia del 26 de abril de 2019 señaló que:

“las referidas decisiones condenatorias -referentes a las sentencias condenatorias del Tribunal Oral en lo Penal de Angol y la Corte de Apelaciones de Concepción- no pueden permanecer vigentes, atendiendo que su subsidencia supone la de las conductas lesivas de las garantías fundamentales reseñadas y que han sido verificadas por el tribunal internacional competente, por lo que esta Corte Suprema declarará que los fallos condenatorios citados han perdido los efectos que les son propios” (2019: p. 3).

### **2.3 Caso Machi Celestino Córdova**

El 26 de marzo de 2018, el INDH dedujo un recurso de amparo ante el Juez de Garantía de Temuco, solicitando que se autorizara al Machi Celestino Cerafín Córdova Tránsito<sup>26</sup> acudir a su *reme* -altar sagrado- con la finalidad de salvar su vida, la cual estaba en grave peligro por la imposibilidad de efectuar la renovación de este, petición que le fue negada (CA Temuco, 2018: p. 1).

Pese a haber declarado inadmisibles el recurso, el Tribunal pidió a Gendarmería que emitiera un informe sobre lo solicitado por la recurrente. Esta diligencia se evacuó por el Director Regional de Gendarmería mediante el Oficio Ord. 1188/18 del 11 de abril de 2018, donde recomendó “orientar negativamente la petición de salida del sentenciado, por cuando su ejecución pondría en riesgo inminente la seguridad de las personas” (CA Temuco, 2018: pp. 1-2).

---

<sup>26</sup> El Machi Celestino Córdova fue condenado a 18 años y un día de presidio mayor en su grado máximo por el delito de incendio con resultado de muerte, donde falleció el matrimonio Luchsinger Mackay.

Tras esto, se recurrió de Amparo ante la Corte de Apelaciones de Temuco por considerar el actuar del Director Regional de Gendarmería ilegal y arbitrario pues, para justificar su decisión, el Director Regional señaló en dicho oficio que:

“2.2.- Considerando el escenario que hoy se vive en torno al sentenciado CÓRDOVA TRÁNSITO, tanto a nivel regional como nacional, sumando a ello el sector geográfico donde se realizaría dicha ceremonia religiosa, que corresponde a un sector rural de la comuna de Padres Las Casas, que mantiene una postura radicalizada con motivos de la reivindicación territorial, registrándose ataques de diferente índole a parceleros, medios de transporte forestal, policías, etc.

2.4.- Considerando este escenario se hace necesario informar a US., que el solo traslado del sentenciado CÓRDOVA TRÁNSITO a la zona podría provocar una efervescencia que potencialmente podría derivar en un posible intento de rescate, utilizando medios violentos, donde incluso se podría hacer uso de armas de fuego. Además, se debe considerar el impacto mediático que provocaría la autorización de salida del interno, las reacciones impredecibles de los familiares y víctimas que han sufrido hechos delictuales en la zona de Padre Las Casas, que incluso podrían tratar de atacar al referido sentenciado, con un ánimo de venganza, lo que sin duda sería un hecho que afectaría la imagen institucional (todas acciones de riesgo que no podemos garantizar que ocurran)” (Oficio Ord. 1188/18).

Según la recurrente, lo señalado en el punto 2.2 perpetuaba un prejuicio hacia el pueblo mapuche con una “connotación negativa y discriminatoria, pues engloba a Celestino Córdova y a su domicilio como un sector geográfico catalogado como un sector violento y de una mal llamada ‘violencia étnica’” (CA Temuco, 2018: p. 2). Asimismo, dar crédito a lo señalado en el punto 2.4, según la recurrente, sería abusar de un supuesto sin fundamentos, “toda vez que supondría el conocimiento cierto y fundado en la existencia de un grupo armado mapuche radicado en la zona, a quién es posible atribuir con certeza la comisión de hechos punibles con un determinado fin” (CA Temuco, 2018: p. 3).

El Machi Celestino Córdova solicitó en reiteradas oportunidades y, por diversas vías, la autorización para poder concurrir a su *rewe*, que se encontraba ubicado en su domicilio, con el

objetivo de realizar la ceremonia de *Geykorewe*<sup>27</sup> pues, de conformidad a las costumbres mapuches, el vínculo de un machi con su *rewe* es tan intenso que “su descuido o distancia provoca graves enfermedades y la muerte al machi o a sus cercanos” (CA Temuco, 2018: p. 4), por lo que, para mantener el equilibrio, los machis deben efectuar ceremonias de renovación de su *rewe*, a lo menos, una vez al año (CA Temuco, 2018: p. 4)<sup>28</sup>.

Debido a lo anterior es que se solicitó a la Corte de Apelaciones la autorización para que Celestino Córdova pudiese concurrir a renovar su *rewe*, por un período de 48 horas, dentro del período del calendario lunar que corresponda, bajo las medidas de seguridad que la Corte estimase necesarias (CA Temuco, 2018: p. 5).

Tras los argumentos del Director Regional de Gendarmería que señalaban que Celestino no reunía los requisitos para concederle el beneficio de salida esporádica por no mantener el nivel de conducta que se exige en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, además de experiencias anteriores donde se autorizó una salida que terminó en un intento de fuga, junto con los Informes del Hospital Intercultural de Nueva Imperial y del INDH que señalaban que era necesario que se realizase la ceremonia de *Geykorewe*, la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó el recurso de amparo por considerar que:

“la negativa impugnada, ha sido fundada y apoyada en criterios establecidos de manera previa por reglamento, y que dicha decisión, valoró en concreto consideraciones relativas a que el condenado mantiene en la actualidad una conducta regular, (...) teniendo además en consideración la gravedad de la pena asignada al delito y el carácter de los mismos, toda vez que el usuario se encontraba condenado por el delito de incendio con resultado de muerte, cumpliendo actualmente una pena de 18 años” (CA Temuco, 2018: Considerando N° 4°).

Sumado a esto, la Corte de Apelaciones señaló que la petición de salida temporal debía ser resuelta no solo a la luz de los beneficios que reportaban a Celestino, sino que había que tener presente que el ejercicio de los derechos fundamentales siempre tiene como límite el respeto de

---

<sup>27</sup> La ceremonia del *Geykorewe* consiste en la “sustitución de los materiales que conforman el *rewe* (un tronco de un árbol nativo y ramas) acompañadas de oración colectiva, en periodo de luna llena, con el objetivo de dotar de energía suficiente al *rewe*” (CA Temuco, 2018: p. 4)

<sup>28</sup> La necesidad de llevar a cabo esta ceremonia viene dada porque el ser machi es una condición, las personas no eligen ser machis, “sino que han de someterse a una designación de fuerzas ajenas al conocimiento material, como una pesada carga que se ha de llevar durante su vida” (CA Temuco, 2018: p. 4). Es por esto por lo que “el descuido del *rewe* no produce una sanción soportable, desechable o que pueda no ser atendida” (CA Temuco, 2018: p. 4).

los derechos fundamentales de los demás (CA Temuco, 2018: Considerando N° 5°). Por esto es que la Corte consideró que los fundamentos dados por Gendarmería, referentes a la protección de otros bienes jurídicos, como el orden público, eran legítimos para rechazar la solicitud, por lo que su rechazo no constituía un acto arbitrario o ilegal (CA Temuco, 2018: Considerando N° 6°). Dicha sentencia fue apelada ante la Corte Suprema, quién la confirmó.

Finalmente, el Machi Celestino Córdova obtuvo la autorización por parte del Consejo Técnico de Gendarmería para realizar la renovación de su *rewe*, ceremonia que se llevó a cabo el 28 de julio de 2018, donde asistieron 30 personas, la cual estuvo custodiada por un contingente policial de 150 uniformados, compuesto por personal del GOPE, Fuerzas Especiales y personal aeropolicial (La Tercera, 2018).

## Conclusiones

A modo de síntesis, el primer capítulo de este trabajo buscó exponer como es que los pueblos originarios, en específico los Latinoamericanos, han entendido y organizado el castigo ante la comisión de una falta o delito. Estos sistemas sancionatorios no son homogéneos, sino que, derivado de la pluralidad cultural de estos pueblos, son diferentes unos de otros. Aun así, estos sistemas sancionatorios tienen ciertas características comunes, como que el centro de protección es la comunidad, que sus normas son creadas por la costumbre y transmitida oral y comunicativamente, o que la culpabilidad por el hecho propio es difusa, pues aquí lo importante es el colectivo. Además, tienen como principios rectores el equilibrio de las fuerzas de la comunidad o de la paz social y el de la reciprocidad, junto con la rehabilitación o reinserción social del reo, pero no en el sentido de los sistemas jurídicos occidentales.

Es por lo anterior que, estos sistemas sancionatorios se diferencian del occidental al otorgarle poca relevancia a la pena privativa de libertad, la cual consideran que solo logra aislar al sujeto de su medio social, contagiarlo criminalmente e interiorizar en él un sentimiento de rabia y rebeldía, dándole, por ende, mayor relevancia a otras formas de castigo o sanción, como la corporal -como el baño de agua fría o el ortigamiento-, la pecuniaria o los trabajos en beneficios de la comunidad.

Las costumbres de estos pueblos han sido reconocidas de diversas formas por los Estados Latinoamericanos, algunos no los reconocen en absoluto, otros solo se quedan en declaraciones programáticas que luego se contradicen con su regulación interna y otros, como Bolivia, Perú o Ecuador, han reconocido constitucionalmente los sistemas sancionatorios de ciertos pueblos originarios. En el caso de nuestro país, como ya se mencionó, nuestra Constitución no hace ninguna referencia a la diversidad étnica del país, sin embargo, nuestro sistema penal, respecto a atenuantes y eximentes de responsabilidad, admite la posibilidad de hacer ciertas diferencias basándose en la costumbre indígena, aun así, nuestro Tribunal Constitucional en el año 2000 rechazó la compatibilidad de los tribunales indígenas con el sistema procesal nacional.

Luego, en el segundo capítulo se expuso cuáles eran los estándares internacionales en materia de personas privadas de libertad y pueblos originarios, entendiendo por estándar internacional lo señalado por Gonzalo Aguilar, quien los define como “el conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, negociados o aceptados, ya sean vinculantes o no. En

consecuencia, los estándares incluyen documentos vinculantes que codifican o crean obligaciones o deberes jurídicos, lo que se conoce comúnmente como *hard law*, así como los documentos no vinculantes que formulan recomendaciones sobre normas de conducta y políticas públicas que debieran adoptar los Estados, conocidos como *soft law*".

En este capítulo se reconocieron dos estándares internacionales respecto de personas privadas de libertad, a saber, la posición especial de garante, el cual supone que el Estado tiene la obligación de hacerse cargo de estas personas, debiendo desplegar acciones positivas dirigidas a proteger y garantizar los derechos fundamentales de ellos ya que -debido a que se encuentran privadas de libertad- no pueden satisfacer sus necesidades básicas de forma independiente y, en segundo lugar, la dignidad humana, la cual supone que toda persona privada de libertad debe ser tratada humanamente con respeto irrestricto a su dignidad inherente de sus derechos y garantías fundamentales y, con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Ambos estándares se encuentran recogidos en distintos cuerpos normativos nacionales e internacionales, como el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios o la Convención Americana de Derechos Humanos, además de ser mencionados en distintas sentencias de la Corte IDH y de tribunales nacionales.

En cuanto a los pueblos originarios, distinguimos como gran estándar la protección de los grupos vulnerables pues, como se mencionó, ellos pertenecen al grupo de personas a quienes les afecta en mayor medida las consecuencias de estar privados de libertad, derivados no solo por el contexto en que se encuentran, sino por ser objeto de un trato distinto, "porque viven en condiciones materiales que están por debajo de los estándares mínimos, y porque constantemente las autoridades penitenciarias y la población carcelaria les infligen malos tratos". Dentro de este estándar identificamos dos principios y/o manifestaciones: el principio de igualdad y no discriminación, el cual supone que las personas deben ser tratadas con la misma consideración y respeto, derivado de que todos los seres humanos poseemos una idéntica calidad de agentes morales y, en segundo término, el respeto a su costumbres, tradiciones y culto.

Ambos principios se encuentran en distintos cuerpos normativos nacionales e internacionales, como el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios o el Convenio N° 169 de la OIT, además de ser mencionados en sentencias de la Corte IDH y de tribunales nacionales.

Finalmente, en el tercer capítulo de este trabajo se intentó dar respuesta a la pregunta inicial referente a si nuestro sistema penitenciario reconoce y garantiza los estándares internacionales respecto de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios. Para ello se expuso lo señalado por el INDH en sus últimos estudios sobre condiciones carcelarias, además de lo señalado por el experto entrevistado y los casos de Lorenza Cayuhán, Norín Catrimán y otros vs. Chile y, el del Machi Celestino Córdova.

Al desarrollar el referido capítulo se pudo concluir que, si bien el principio de igualdad y no discriminación se encuentra recogido en el artículo 5° del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y las sanciones a la discriminación en la Ley 19.253 y Ley 20.609, además de la normativa internacional que reconoce este principio, como los artículos 1° y 2° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, nuestro sistema penitenciario presenta grandes falencias en la práctica. Muestra de ello fue lo sucedido con Lorenza Cayuhán, quien recibió “un trato injusto, denigrante y vejatorio, dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche”, lo que generó una interseccionalidad en la discriminación, tal como lo señaló la Corte Suprema en su sentencia. Otro ejemplo es lo sucedido en el caso de Norín Catrimán y otros vs. Chile, donde la Corte IDH concluyó que Chile violó el principio de igualdad y no discriminación al utilizar razonamientos que denotaban estereotipos y prejuicios a la comunidad mapuche.

Finalmente, sobre el respeto a sus tradiciones, costumbres y cultura, lo cual se encuentra reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT y en distintas normas nacionales, como en el artículo 19 n° 6 de la Constitución Política de la República, el artículo 6° del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, en los artículos 7°, 28 y 54 de la Ley 19.253 y el Manual de Derechos Humanos de la Función Penitenciaria de Gendarmería de Chile, los estudios del INDH y los casos expuestos, dan cuenta que nuestro sistema penitenciario ha intentado garantizar aquello, a través de la creación de una política de salud intercultural o el hecho que algunos centros penitenciarios cuenten con lugares para realizar ritos y ceremonias y/o hayan realizado ritos ceremoniales, pero no ha logrado dar un cabal cumplimiento a estos estándares pues, en general, los centros penitenciarios no cuentan con dietas especiales por motivos religiosos o culturales, no tienen un uso extensivo de su lenguaje o vestimenta tradicional, tienen problemas para el acceso a la medicina tradicional y para la realización de ritos ceremoniales, como el caso del Machi Celestino Córdova, quien solicitó en reiteradas oportunidades concurrir

a su *reme* con el objeto de realizar la ceremonia de *Geykoreme*, la cual era necesaria para conservar un buen estado de salud, autorización que finalmente le fue otorgada, pero con poca concurrencia de personas y un gran despliegue policial.

Es así como podemos concluir que ante la pregunta de si nuestro sistema penitenciario reconoce y garantiza los estándares internacionales respecto de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, nuestro sistema penitenciario reconoce estos estándares en la Constitución Política de la República, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, la Ley 19.253, la ley 20.609 y en el Manual de Derechos Humanos de la Función Penitenciaria de Gendarmería de Chile, además de diversa normativa internacional, como el Convenio N° 169 de la OIT o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, en la práctica, nuestro sistema penitenciario aún está en deuda con la garantía efectiva de los referidos estándares internacionales pues, pese a tener un reconocimiento en diversos cuerpos normativos nacionales e internacionales, lo dicho en estos cuerpos no tiene una real aplicación en la práctica, ya que muchas veces su cumplimiento depende más bien de la voluntad o discrecionalidad de las autoridades del centro penitenciario más que de una política de todas las unidades penales.

Además, respecto al poder judicial, los casos planteados han dejado en evidencia que en una primera instancia no se garantizan éstos, teniendo que ser revertidas estas situaciones con recursos posteriores, incluso teniendo que llegar a organismos internacionales.

Aun así, hay que destacar que se ha avanzado en varios aspectos, como en los métodos de sanación o en la posibilidad de realizar celebraciones y ritos de los pueblos originarios, pero con las falencias ya mencionadas. Por ende, aún queda un largo camino por recorrer, sobre todo respecto a la incorporación de sus costumbres y derecho propio al momento de juzgar y condenar a una persona y su reconocimiento constitucional.

## Bibliografía

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2015): “El Tribunal Constitucional chileno frente a la jurisdicción militar”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, sección: Estudios, Año 22-Nº1, pp. 23-63.

Bazán, Víctor (2014): “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las ordenes internos, control de convencionalidad y dialogo jurisprudencial”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, Bogotá, pp. 385-429.

Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier (2009): “Las tensiones de la Dignidad Humana: Conceptualización y aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Internacional de los Derechos Humanos*, v. 6, Nº 11, pp. 41-63.

Borja Jiménez, Emiliano (2007): “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”, en *Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, José Hurtado Pozo (dir.), Perú, pp. 101- 151.

Borja Jiménez, Emiliano (2009): “El fundamento intercultural del Derecho Penal”, en *Anuario de Derecho penal y Criminología*, vol. LXII, pp. 283- 311.

Castro, Álvaro; Cillero, Miguel y Mera, Jorge (2010): *Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad: Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*, Primera edición, Andrea Palet (ed.), Ediciones Diego Portales, Santiago, Chile.

Castro Morales, Álvaro (2018): “Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 14, pp. 35-35.

Cançado Trindade, Antônio (2002): “Anexo 21: Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA)”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. Informe: Bases para el Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su Mecanismo de Protección*, Tomo II, Antônio Cançado Trindade (rel.), pp.

909-1015. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/seminario2.pdf>.

Fecha última de consulta: 26 de febrero de 2020.

Chiassoni, Pierluigi (2011): “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 21, pp. 89-106.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007): El Acceso a la Justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>.

Fecha última de consulta: 17 de septiembre de 2019.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011): Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 64. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>. Fecha última de consulta: 28 de febrero de 2020.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015): Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y aplicación. Actualización del 2011-2014, OEA/Ser.LV/II.143, Doc. 60. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10240.pdf>. Fecha última de consulta: 17 de septiembre de 2019.

Couso Salas, Jaime (2012): “La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII*, Valparaíso, pp. 267-322.

Couso Salas, Jaime (2013): “Mapuches y derecho penal”, en *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*, Helena Olea Rodríguez (ed.), Santiago, Chile, pp. 155- 214.

Coyle, Andrew (2009): *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*, segunda edición, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, Reino Unido.

Díaz, Alejandro; Pérez, María Victoria; González, Claudio y Simon, Jeanne (2004): “Conceptos de enfermedad y sanación en la cosmovisión mapuche e impacto en la cultura occidental”, en *Ciencia y Enfermería X*, pp. 9-16.

Gendarmería de Chile (2013): Manual de Derechos Humanos de la Función Penitenciaria. Disponible en: [https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos\\_Adicionales/MANUAL\\_DDHH\\_GE\\_NCHI\\_FINAL.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GE_NCHI_FINAL.pdf). Fecha última de consulta: 9 de octubre de 2019.

Guzmán Dalbora, José Luis (2014): “Derecho penal y minorías étnicas: Planteamiento y liquidación criminalista de un problema político”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, n° 11, pp. 93-118.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013): Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4>. Fecha última de consulta: 15 de diciembre de 2019.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2017): Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2014-2015. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1136/estudio-general.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Fecha última de consulta: 15 de diciembre de 2019.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018): Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2016-2017. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de Derechos Humanos sobre el derecho a la integridad personal. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Fecha última de consulta: 15 de diciembre de 2019.

Instituto Nacional de Estadísticas (2018): Radiografía de Género: Pueblos Originarios en Chile 2017. Disponible en: <https://historico->

[amu.ine.cl/genero/files/estadisticas/pdf/documentos/radiografia-de-genero-pueblos-originarios-chile2017.pdf](http://amu.ine.cl/genero/files/estadisticas/pdf/documentos/radiografia-de-genero-pueblos-originarios-chile2017.pdf). Fecha última de consulta: 07 de enero de 2020.

La Tercera (2018): “Machi Celestino Córdova realiza ceremonia de renovación de su rewe”. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/machi-celestino-cordova-trasladado-rewe-realizar-ceremonia-espiritual/260805/>. Fecha última de consulta: 25 de enero de 2020.

Ministerio del Medio Ambiente: “¿Qué es la consulta a los pueblos indígenas?”. Disponible en: <https://consultaindigena.mma.gob.cl/que-es-la-consulta-indigena/>. Fecha última de consulta: 26 de febrero de 2020.

Molina Vergara, Marcela (2018): “Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 25, N° 1, pp. 233-256.

Royo Letelier, Manuela (2019): *Libertad religiosa y pluralismo cultural: nuevos desafíos del derecho penitenciario*, candidata a Doctora del Programa de Doctorado Universidad de Talca. Sin publicar.

Villavicencio Miranda, Luis (2018): “Justicia social y el principio de igual”, en *Revista de Filosofía*, Vol. 9 N° Especial: *Debates contemporáneos sobre Justicia Social*, pp. 43-74.

Villegas Díaz, Myrna (2014): “Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?”, en *Política Criminal*, Vol. 9, N° 17, Art. 7, pp. 213-247.

## **Jurisprudencia**

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana (1996a): Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890, C-139/96.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana (1996b): Caso Oviedo González Wasorna, T-349/96.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (2016): Caso Lorenza Cayuhán contra Gendarmería de Chile, ROL Amparo N° 330-2016.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco (2018): Caso Celestino Córdova contra Director Regional de Gendarmería de Chile de la Región de la Araucanía, ROL Amparo N° 41-2018.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004): Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, del 2 de septiembre.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004): Caso Tibi vs. Ecuador, del 07 de septiembre.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, del 25 de noviembre.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, del 5 de julio.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014): Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana.

Sentencia de la Corte Suprema (2016): Caso Pía Campos Campos por Lorenza Beatriz Cayuhán Llebul contra Gendarmería de Chile, ROL N° 92795-16.

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, AD 1386-2014.

## **Normativa**

Constitución Política de la República (2019). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Fecha ultima de consulta: 28 de febrero de 2020.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969). Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm). Fecha ultima de consulta: 06 de octubre de 2019.

Convenio N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441>. Fecha última de consulta: 21 de septiembre de 2019.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), resolución 61/295. Disponible en: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf). Fecha última de consulta: 29 de febrero de 2020

Ley N° 19.253: Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (2017). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>. Fecha ultima de consulta: 28 de febrero de 2020.

Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (2018). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=145437>. Fecha ultima de consulta: 28 de febrero de 2020.

Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (2015). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1011882>. Fecha última de consulta: 28 de febrero de 2020.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), resolución 2200 A (XXI). Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Fecha última de consulta: 06 de octubre de 2019.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>. Fecha última de consulta: 21 de septiembre de 2019.

Reglamento de Establecimiento Penitenciario (2016). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=123280>. Fecha última de consulta: 28 de febrero de 2020.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) (2015), resolución 70/175. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf). Fecha última de consulta: 06 de octubre de 2019.

## Anexo

### Entrevista Experto

#### Identificación

<b>Nombre entrevistado</b>	Andrés Federico Carvajal Parra
<b>Institución/Cargo</b>	Encargado de la Oficina Comunal de Pueblos Originarios de la I. Municipalidad de Valparaíso.
<b>Fecha y hora entrevista</b>	08/01/2020 – 10:14 hrs.
<b>Duración entrevista</b>	46:30 minutos
<b>Lugar entrevista</b>	Of. Comunal de Pueblos Originarios, Valparaíso.

#### I. Preguntas Generales

- 1) La normativa nacional como internacional dice que se debe respetar la costumbre y cultura de los pueblos originarios:
  - a) ¿Qué se entiende comprendido dentro de costumbre y cultura?

“Los Pueblos Originarios han desarrollado formas de vida que tienen miles de años... a eso se refiere a esas formas de vida, que involucra una cosmovisión, una forma concreta de relación con el entorno, el desarrollo de tecnologías, prácticas religiosas, creencias, gustos, modas, conflictos, errores.

Básicamente todo lo construido por el colectivo humano, pueblo que, además entro en conflicto con... además de los conflictos que pueden haber acá en el territorio, entro en conflicto con un modelo que es mayor, que es el occidental, que es colonial y que en su proceso de expansión, no considera la diversidad... entonces, esas otras formas de no es posible que conviva, básicamente por... depende de la interpretación de cada uno, desde una mirada más materialista, el modelo económico del mundo occidental y su articulación ideológica, a través de la racionalidad instrumental, por ejemplo, no concibe la posibilidad de coexistencia de sistemas económico diferentes, entonces, el modelo capitalista, que finalmente es el que tenemos hoy día, busca expandirse a nivel global, ser la única forma económica dentro de la sociedad.

Yo creo que en los últimos años el multiculturalismo, que es como la forma de administración de la diferencia por parte del modelo capitalista o del neoliberalismo específicamente, ha intentado abrir algún marco de derecho para ciertos niveles de producción cultural, por ejemplo, el baile, la lengua, artesanía... 'baila tu baile, viste tu ropa, habla tu lengua', pero las decisiones importantes respecto del futuro de un país o de un territorio, siguen estando en mano de otras personas. Entonces, tanto en lo político como en lo económico sigue habiendo subordinación de los Pueblos originarios, en este caso, a la sociedad occidental”.

b) ¿Cómo se deberían respetar estas?

“Hay un dicho de un viejo dirigente indígena de Centroamérica o Bolivia, no me acuerdo, quien decía: ‘no necesitamos que nos den una mano, necesitamos que nos quiten la mano de encima’... yo creo que ahí los procesos generales debiesen apuntar a procesos de autonomización, independencia, autogobierno, entonces, de alguna forma, lo que debiésemos hacer los no indígenas y, básicamente estoy pensando en las instituciones, es justamente transformar o intentar transformar la acción desde una acción colonizadora a una acción solidaria, por ponerle una palabra, y la solidaridad entre pueblos y eso.

Entonces, eso debiese ir pasando, hay algunos avances entorno a eso, el estado plurinacional, por ejemplo, como forma de Estado es mejor a lo que tenemos en Chile, por ejemplo, pero le falta, porque hay una tendencia natural, aunque no hay nada natural en lo humano, pero uno lo dice, hay una tendencia natural en el sistema a comerse al otro, por lo tanto y al tener esta relación instrumental, al tener una relación colonial, al tener una relación de dominación, entonces, ese movimiento que es ...

Habermas, creo que citaba a Van Dike, decía que: ‘la colonización del mundo de la vida por la razón es una racionalidad sistémica, como un proceso constante’, ese proceso hay que detenerlo, es la como misma idea del proceso en Benjamin, la locomotora, el proceso... todo eso. La idea es ponerle un freno a esa locomotora y desconstruirla, es un proceso muy parecido al proceso de despatriarcalización, la descolonización son movimientos que van juntos en la historia y su desconstrucción o desarticulación también van juntas”.

En atención a que se debe respetar las costumbres y cultura de las personas pertenecientes a pueblos originarios:

1) Respecto a la alimentación:

a) ¿Se respetan sus costumbres en cuanto a su forma de alimentación y tipos comidas o no?

“Lo multicultural es como un velo publicitario que engaña, porque efectivamente tu hoy día te *encontrái*, por ejemplo, en Valparaíso restaurant de comida fusión étnica, comida mapuche. Incluso, hay un restaurant que ayer veía la publicidad que es ‘super loco’ porque probablemente lo hizo gente mapuche, se llama ‘Ilo Mapuche’ o algo así el restaurant y la bajada de título dice ‘Comida Araucana’... Araucana es el nombre que le dieron los españoles, araucano es un término chileno, no es de ellos, ellos se llaman mapuche, por lo que es raro que siga apareciendo la palabrita y eso muestra ciertas cosas.

Entonces, claro, hay como una explosión de lo plurimulti, de lo diverso, de un mundo de gran consumo y diversificación del consumo, pero si tú lo *pensái*, los lugares en donde se producen esos alimentos, hoy día no existen, están ‘tapados’ por las forestales, entonces, pareciese que sí, porque está ahí en el palto, el merquén está en todos lados, pero las formas de alimentación propia, cotidiana y sin tanto plato adornado, están en retroceso, al igual que las plantas medicinales, porque los espacios donde esos elementos se desarrollaban son cada vez más pequeños, están devastados, están sin agua.

En definitiva, claro, tú puedes generar un huerto con grosella, pero en el espacio, la forma cultural propia de ese cultivo se pierde, entonces tú lo que haces es agregar una forma previa y propia y lo metes en un modelo que no es previo ni propio, que es una cadena de montaje capitalista, donde tú tienes mono producción intensiva y sacas 50 millones de grosellas, cuando acá había otra forma que se relaciona más con el entorno... todo eso desaparece porque ya no está en el entorno para hacerlo”.

b) ¿Basta con que la regulación internacional diga que se debe respetar su cultura y costumbre o debería explayarse más respecto a la alimentación? Si es así, ¿Qué debería regularse en específico?

“No estoy tan al tanto, pero hoy el concepto es de seguridad alimentaria y de autonomía alimentaria. A partir de todo un proceso de lectura de la crisis ecológica, territorial, han aparecido hace un rato con mucha fuerza los que son las curadoras de semillas, que hablan de la diversidad

frente mono cultivo, por ejemplo, lo de la papa de Chiloé versus la desirée que es la única papa que hay en Chiloé.

Entonces, hay un movimiento de parte de las comunidades indígenas, de las mujeres fundamentalmente, que es muy fuerte que está tratando de articular una forma de defensa de estos territorios, que es donde se producen estos alimentos y de las formas pertinentes por las culturas y los pueblo para consumirlos, cuidarlos, reproducirlo, pero ese movimiento está en franco choque con el modelo económico que exige más tierra para las forestales, más tierra para los pinos o en Argentina más tierra para el ganado de Benetton.

Que aparezca en la ley esta super bien, pero si los Estados no son capaces de... nosotros tenemos el Convenio 169 hace un montón de años, 10 años, 9 años, pero poco se ha avanzado. Entonces, está bien que este en la ley, pero se necesita la voluntad política de los gobiernos para poder efectivamente implementar y someterse a la ley internacional... si tú dices que hay un convenio internacional que firmaste y tiene una consulta que es vinculante, la consulta tiene que ser vinculante y no le pueden meter el Decreto 76 que le baja los estándares nacionales, pero los Estados hacemos trampa y le metemos el Decreto 76 y de alguna forma *bypaseamos* al derecho internacional”.

2) Respecto a la vestimenta:

a) ¿Se respetan la posibilidad de usar su vestimenta tradicional o no?

“Yo estoy pensando específicamente para el tema mapuche, de hecho el uso de la vestimenta en el Norte es distinto, en el Sur la gente Mapuche intento pasar ‘piola’, si tú lo *pensái* la guerra del Estado Chileno es la guerra contra los Mapuches, en el Norte está todo más o menos ordenado, habían estado los Incas, los Españoles... entonces, los Mapuches cuando asumen el tema de la vestimenta es por querer pasar ‘piola’, es un tema de discriminación, si son los vencidos y fueron tratados como vencidos.

Entonces, lo principal era pasar ‘piola’, ‘chilenizarse’, perder la lengua, fue una decisión perder la lengua del pueblo Mapuche, que los niños no lo aprendieron para que no los castigaran, entonces con el tema de la vestimenta es lo mismo, servía para estigmatizar, servía para hacer *bullying*, servía para discriminar, está asociada a la pobreza. De alguna forma la izquierda chilena hablaba de los pobres del campo, cuando pensaban en los pobres del campo en el sur se pensaba

en los Mapuches, con sus mantas, incluso aunque fuese tejidos ricos, era la vestimenta del derrotado, está más abajo.

Ahora, sigo con el tema Mapuche, hay una explosión en el uso en Temuco, por ejemplo, las compañeras jóvenes van a la 'U' con el traje tradicional, también hay una dinamización propias de la cultura en el uso, hay transformación en el detalle, hay un sector que lo quiere mantener más tradicional, otro sector que quiere transformar eso tradicional, porque igual con la manta de lana en verano te mueres de calor... hay innovaciones que muestras además que las culturas están vivas.

Es un elemento para la discriminación, ha sido utilizado para eso, pero hoy día también es un elemento de resistencia”.

- b) ¿Basta con que la regulación internacional diga que se debe respetar su cultura y costumbre o debería explayarse más respecto a la vestimenta? Si es así, ¿Qué debería regularse en específico?

“Que lo diga está bien, pero es necesario avanzar en elementos que permitan la disputa en el sentido... la transformación cultural que permita dejar de ser racistas y coloniales, entonces, mientras eso no pase, actuar solo desde la recomendación o desde lo punitivo, no necesariamente genera la transformación socio cultural que se requiere para dejar de ser racistas”.

### 3) Respecto del idioma:

- a) ¿Se respeta la posibilidad de comunicarse en su propio idioma o no?

“Es lo mismo. Ha habido, por un lado, una lucha de los Pueblos Originarios por la defensa de su lengua, el año pasado fue el año internacional de la lengua indígena en el Sistema de Naciones Unidas, acá nosotros el 23 de febrero, o 21-22, no recuerdo, que es el día internacional de la lengua materna, hacemos una actividad, en la idea de ‘las palabras que recorrieron estos lugares hace miles de años, hoy vuelven a los lugares donde fueron acalladas por castellano y el sonido de la ciudad’, pero aun así es complejo.

Yo cuando estaba en Temuco participada de la mesa de oficialización del Mapudungun y el planteamiento que teníamos en Temuco era: ‘Mapudungun para todos y todas’... Yo decía lo siguiente: yo soy chileno, mi pareja es chilena, mi hija nació en Temuco en el Hospital Regional,

ella nunca ha hablado mapudungun, -no se si sera así, pero yo lo veo así- ella vio conculcado su derecho de aprender la lengua del territorio, ella como habitante de un territorio, que es un país, el *Wallmapu*, tiene derecho a aprender la lengua del territorio, no lo ha podido hacer porque el Estado Chileno sistemáticamente ha ido cerrando la lengua.

Hoy día existe política pública, educación intercultural bilingüe que abre el tema, pero todavía no alcanza, o sea, yo necesito Mapudungun para ir a comprar pan a la esquina, no solo para una frase en una bandera o debajo del escudo de una universidad o ciudad, lo necesito para ir a comprar pan a la esquina y eso aún no está instalado. De hecho, el Mapudungun es lengua oficial en una sola comuna de este país, que es la comuna de Galvarino y en el resto del país no es oficial, entonces su estatus como lengua está más abajo”.

- b) ¿Basta con que la regulación internacional diga que se debe respetar su cultura y costumbre o debería explayarse más respecto al idioma? Si es así, ¿Qué debería regularse en específico?

“Hay una distinción ahí, con lo que se entiende por lo cultural, la lengua, la vestimenta, las costumbres, el baile, el canto, etc. que ha sido puesto como: ‘si, lo respetamos’ y ‘si, ahí está, se le abre espacio’, pero el modo de producción, por ejemplo, que no es un modo extensivo ni extractivista, no puede competir con un modo.... Una cuestión concreta, estan en el mismo país, en el mismo territorio, en el mismo sistema, no puedes tener un sistema que depreda, que es expansionista, compitiendo con un sistema que es otro, porque el expansionismo requiere que este territorio también se integre a este modelo de extracción capitalista, entonces, en ese sentido esos usos y costumbres no son respetados”.

4) Respecto a la salud:

- a) ¿Se respeta la posibilidad de que puedan hacer usos de sus propios métodos de sanación y/o ser atendidos por sus propios médicos/sanadores? Por ejemplo, hierbas medicinales.

“En Chile si ha habido un avance respecto eso, yo creo que en términos de salud intercultural es lo que más avanzado tiene el Estado, en términos de política pública. Nosotros acá estamos elaborando un plan de salud intercultural y plurinacional para la comuna desde el Municipio.

Efectivamente hay, hoy día, una entrada al sistema médico de la salud intercultural, pero lo mismo, los lugares de producción de las plantas del Llahuén ya no existen, los Menocos están secos, ya no hay Pitranto, esos espacios se pierden, por lo tanto, se pierden las plantas, no *tení* la posibilidad de hacer como se hacía antes.

Lo otro, el modelo de gestión de la salud es occidental, por lo tanto, qué es lo que se ha hecho, el Hospital Intercultural de Nueva Imperial, que está frente al otro, en un espacio que no es el espacio tradicional, ha generado distorsiones como concurso público para la Machi del Hospital y la pelea entre ... porque son lucas... también genera una distorsión que hoy día es como difícil de medir en su totalidad, pero pasa esto.

Ahora, los modelos se deben adecuar a los contextos, pero si tu piensas en el modelo médico, es quizás, de lo institucional, lo más denso, porque te habla a ti de tu cuerpo, de ti mismo, de tu salud, de tu sensación de bienestar, de tu temor a la muerte, entonces, la posibilidad de controlar que tiene el sistema a través de un modelo de salud, que es lo que hemos vivido todos... el cuerpo es una maquina con cuestiones agregadas... entonces esa comprensión del cuerpo, del uno, del uno con el entorno, también es un modelo de dominación, del control sobre el cuerpo y ese también intenta colonizar los otros modelos y se habla de medicina complementaria, todas las medicinas son complementarias, pero se dice que es complementaria de este gran modelo de la salud científica y el resto es complementario, también ahí queda mucho por avanzar.

Uno puede decir que no se va a mejorar de cáncer tomando Llantén, puede ser, pero entonces ¿Cuál es la posibilidad?

A mí una de las cosas que me preocupan es en el modelo de salud, al ser un modelo de dominación, lo que pretende es el control, entonces, como se ve la salud intercultural o como se ha visto la mayoría de las veces como un espacio en que es el agente medico quien comprende la salud del paciente, él lo comprende para mejor actuar, pero sigue siendo asimétrico. ¿Qué esperarías uno? Lo que esperarías existiendo 2 modelos médicos... yo tenga la libertad de elegir el que a mí me parece más pertinente, de acuerdo a mi cultura y creencias, pero es al revés, nadie te explica como es el modelo médico, está ahí, como un dios.

En todos los aspectos es lo mismo, uno puede decir que hay un avance, pero en muchos casos, los avances son formas de afirmar la herramienta de dominación”.

- b) ¿Basta con que la regulación internacional diga que se debe respetar su cultura y costumbre o debería explayarse más respecto a la salud? Si es así, ¿Qué debería regularse en específico?

“Lo mismo, debiese haber transformaciones. Yo creo que una primera transformación es que el *Wallmapu* tenga un estatuto de autonomía y después un estatuto de independencia, para que realmente respetemos, debiese ser así, un Chile federado en vez de unitario.

Hay mucho...se ha avanzado, pero queda demasiado para seguir, transformaciones demasiado densas, que quizás hoy día en el momento político que estamos, que es este movimiento destituyente, que es donde cae el icono de Pedro de Valdivia, en que quemaron la bandera chilena... ese momento donde botas todo y que el país es un castillo de naipes y su identidad construida también, en que todos somos blancos y los indios son no sé qué...todas esas cuestiones, podrían dar la posibilidad de repensar las relaciones con los pueblos que hoy día habitan, quizás no somos todos chilenos y chilenas”.

5) Respecto a sus tradiciones, en específico, actos ceremoniales:

- a) ¿Se respeta la posibilidad de que puedan llevar a cabo actos ceremoniales y/o celebrar fechas importantes para su cultura?

“Es lo que te digo, yo creo que ha habido una apertura, pero una apertura de mejor colonización, o sea, el multiculturalismo, la Bachelet definió hace un tiempo a Chile como un país multicultural, pero el multiculturalismo en ciencias sociales está comprendida como una forma de administración de la diversidad cultural por el modelo, por el sistema, que es el sistema capitalista neoliberal. Entonces, yo abro, pero para mejor controlar, yo abro porque la gente está que quema el prado y para que no lo quemé, yo abro y con eso trato de contener, pero es gracias al avance y la lucha de los pueblos.

Entonces, hay un avance que es forzado por la movilización, pero en el mismo movimiento yo transformo eso también en una herramienta de dominación, no lo dejo que fluya, porque no puedo dejar que fluya, porque pone en cuestión todo el andamiaje de la sociedad, el Estado, la derecha política, no puede dejar que avance y cuando lo hace, no tiene real comprensión, eso de los escaños reservados, por ejemplo, para la constituyente, es como ya dejémoslo, pero no es porque crean que los Mapuches no son chilenos o los Aymaras no son chilenos o los Diaguitas

no son chilenos, para ellos siguen siendo chilenos, hay una comprensión vaga o leve, pero que es servicial al modelo de dominación”.

b) ¿Basta con que la regulación internacional diga que se debe respetar su cultura y costumbre o debería explayarse más respecto a estas? Si es así, ¿Qué debería regularse en específico?

“Yo creo que es completo, por ejemplo, hoy día apareció de nuevo la *Wiinelfe* -bandera azul con estrella blanca-, la *Wiinelfe* es ceremonial, nosotros en el Sur cuando participábamos con Acción Política nunca llevamos esa, porque esa se reserva para el espacio ceremonial, la que llevábamos era la *Wenufoye*, que es la que tiene el *kultrín*, pero también estaba la discusión sobre si debía estar el *kultrín* ahí, pero que es un icono religioso y la *Wenufoye* es laica.

Entonces, hay ahí todo un desplazamiento, en los 80’s se discutía si podían haber Machis en Santiago, porque no era un lugar donde hubiese *Rewe*, por lo tanto, no había *Rewe* para que la machi se nutriera y pudiese hacer... hoy día está lleno y nadie lo consulta, ya nadie se lo cuestiona, ha habido un desplazamiento que tiene que ver con ponerse al día, que tiene que ver con la misma existencia de la tradición, por lo que las tradiciones se van transformando, con una resistencia al interior además.

Paso el año pasado la explosión del Palín, las compañeras lamien jugando palín y aparecieron los viejos diciendo que el palín era para los puros hombres, que las mujeres no podían jugar palín, ¿Qué paso? Se llenó de equipos de mujeres jugando palín, cuando los hombres intentaron reprimir a la mujer para que no jugaran palín, las *lamiens* se pararon y dijeron: ‘¿Qué onda?’ y una *lamien* hizo un estudio y al final aparecía que el juego de palín había sido prohibido para las mujeres por la Iglesia, entonces la misma cultura usaba una mentira para controlar su propio desplazamiento, pero el movimiento de las mujeres lo dio vuelta en la misma interna. Entonces, *tení* el movimiento interno conservador, el movimiento interno que busca transformar porque la vida continúa y además *tení* el sistema que te coarta completamente.

Entonces *sipo*, la ceremonia donde y cuando, ¿Es necesario cantar el himno nacional en mapudungun? ¿Es necesario hacer una falsa ceremonia para el 12 de octubre en el Colegio?

De eso específicamente no tengo respuesta porque no me vinculo al mundo de los sobrenatural”.

## II. Preguntas Específicas

1) ¿Cómo se conjugan los sistemas sancionatorios indígenas con nuestro sistema penal?

“Que yo sepa aquí no hay pluralismo jurídico como en otros lugares que, en definitiva, tu *podí* sostener 2 sistemas en el mismo territorio.

Es lo mismo que la salud, que la educación interculturalidad bilingüe, los sistemas de justicia indígena son reconocidos como sistemas de resolución no violenta de conflicto...la mediación, por ejemplo, en Latinoamérica es como una metodología como copiada de las formas de resolución de los Pueblos Originarios, pero en Chile eso no existe y en términos concretos son muy pocos los esfuerzos que se hacen para transformar el espacio.

Recuerdo de un caso para la Rettig donde un juez en Lautaro reconoció a los hijos de los 2 matrimonios, el detenido desaparecido tenía 2 mujeres y, entonces, este juez dijo que iba a reconocer a este hijo y a este hijo como beneficiarios del Rettig, pero eso es porque al tipo se le ocurrió, podría haber dicho que no, que de acuerdo a la ley chilena solo se reconoce un matrimonio.

Entonces, hay un conflicto ahí que no ha avanzado mucho. Hay algunos abogados que hablan de agarrar el pluralismo jurídico y ver como aplica, no es necesario agarrar al mapuche enjaulado porque se peleó con el vecino por un pollo o un cerco y, de todas maneras... debiésemos poder avanzar hacia eso y también que el modelo penal chileno sea menos punitivista, sea una transformación del modelo estatal, occidental.

En términos generales eso aquí no hay, debiese haber, aunque de cierta forma al interior de las comunidades si existe una justicia propia, pero está ahí, es ‘piola’, el blanco no la ve, uno no la ve, opera muy entre ellos... se sancionan conductas”.

2) A nivel internacional se pueden distinguir 2 grandes estándares internacionales respecto a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios, que son el principio de igualdad y la libertad de culto y respeto a sus costumbres y cultura, ¿Cree usted que estos son suficientes para la situación actual o han quedado corto, debiendo incluirse nuevos estándares o modificando estos?

“Yo creo que sí, el sistema chileno es arcaico, es como antes del Arca de Noé, entonces es necesario actualizarlo.

Ahora, no *tení* que esperar la transformación sociocultural para poder hacer algunas cosas, pero esas cosas que tú haces deben ser capaz de fluir en esta construcción mental que tenemos respecto de la otredad, del otro, la otra, del otro pueblo y, para que efectivamente esos espacios, esas instancias, esas posibilidades tengan la mayor concreción posible.

Insisto, si bien no hay un mundo perfecto como las Revistas de Alaya, por lo menos yo comprendo, que uno de los momentos más importantes de estos tiene que ver con los procesos de autonomía de los pueblos y eso implica deconstruir el Estado-nación tal cual lo conocemos, por lo menos en esta parte del mundo que es Latinoamérica, entonces ahí hay que desarrollar algo que genere condiciones para que se puedan dar estas transformaciones y al mismo tiempo, deben ser parte del proceso de transformación sociocultural en el sentido de las personas”.

3) Respecto a la igualdad y no discriminación, de lo que usted conoce ¿Cree que la política penitenciaria protege de manera efectiva este derecho?

- Si es así, ¿En que se refleja?
- Si es no, ¿Por qué? ¿En que falla? ¿Cómo podría mejorarse?

“No. Lo que pasa es que, por ejemplo, ha habido para un caso específico que son los presos políticos mapuches, pero que también fue con los presos políticos en dictadura, que tenían ciertas condiciones que le permitían...pero si tú te fijas la cárcel está llena de mapuches, porque son los más pobres de los pobres, es casi matemático nomas, es como que en Estados Unidos hay más afrodescendientes en las cárceles que blancos.

Si bien ha habido algunas transformaciones en lo referente a los colectivos de presos políticos, para la gran mayoría de personas de Pueblos Originarios que están en el sistema penitenciario, en el sistema penal en general, en el juicio, en lo que sea, es la misma regla para todos, todos son chilenos”.

¿Cómo podría mejorarse esto?

“¿Así en concreto? Yo creo que el pluralismo jurídico es una posibilidad, es un proceso institucional de comprensión, pero yo creo que en términos generales hay un.... La verdad todo

esto no lo tengo claro, pero yo tengo la sensación que en el sistema judicial, en la Corte Suprema y los ministros esto es posible, es un ejercicio racional que está construido en varios países, por eso creo que el mundo de la justicia es más racional que el mundo de la política, porque la política *altiro* es de: ‘no’, ‘vamos a partir el país’, ‘tenemos un estatuto de autonomía’, ‘Chile va a morir’, los jueces, en cambio, *cachan* que esto opera y en el fondo es una forma de destrabar una serie de procesos que se pueden resolver en otro lado.

Porque, además, la concepción de la justicia en otros pueblos es distinta... en otros pueblos, en otros continentes, el concepto de cultura es absolutamente distinto.

Por ejemplo, me acuerdo de un caso de un pueblo en que un tipo estaba casado y luego la mujer estaba con otro, entonces este tipo decía que esta es mi mujer y él me la robo, por lo que en el juicio, que era ante un concejo, finalmente el que hacía reír más al concejo era él que ganaba, entonces era quien argumentaba mejor, por lo que el punto no era si la mujer era o no del tipo, no era el tema, el tema de la propiedad no era el mismo.

Entonces, hay otras formas de entender la justicia, no necesariamente asociado al tema de la propiedad, esto es mío y tú lo robaste, esto es mío y tú lo mataste, etc. entonces ahí también hay transformación de nuestras miradas, toda acción de expansión este mundo es una acción de desconstrucción del occidental, entender que el mundo es acotado, que no tenemos otro”.

- 4) Respecto a la libertad de culto y respeto a sus costumbres y cultura, de lo que usted conoce, ¿Cree que el sistema penitenciario respeta estas?
- Si es así, ¿En que se refleja?
  - Si es no, ¿Por qué? ¿En que falla? ¿Cómo podría mejorarse?

“Yo que sepa es parecido, para el caso de los presos políticos en algún momento entraba la Machi, pero no es como que yo soy mapuche, estoy en la cárcel, me enfermo y van a dejar entrar a la Machi... hay espacios más simbólicos en los que ha ocurrido, pero no es la generalidad”

¿Cómo podría mejorarse?

“Uno podría decir que haya Machis en todos lados, así como existen modelos de salud occidental, pero también es una cuestión de ellos si quieren que haya Machis en todos lados, por lo que se complejiza.

Yo creo que lo que uno debería hacer desde acá, desde las instituciones, es generar las condiciones para la discusión, más que tener las respuestas, generar las condiciones para que se dé la discusión y que sea una discusión entre 2 actores con cierto nivel de horizontalidad construido o con una simetría en desconstrucción, no es como una solución”.

### **III. Cierre**

- 1) A título personal y según lo que usted conoce, ¿Cree que el Estado de Chile respeta los estándares internacionales respecto a las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos originarios?

“No, para nada, ni indígena ni no indígena...desde el hecho que continúan espacios de torturas y maltrato en el interior, no hay respeto”.