



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

REFS. N°s. 161.657/22
OAR 164.548/22
826.168/22

GENDARMERÍA DE CHILE DEBE AJUSTAR LA RESOLUCIÓN EXENTA SOBRE APLICACIÓN DE REGLAMENTACIÓN PENITENCIARIA QUE SE INDICA A LAS NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS QUE CORRESPONDA.

SANTIAGO, 18 DE NOVIEMBRE DE 2022

I. Antecedentes

Se han dirigido a esta Contraloría General la diputada señora Camila Flores Oporto y los diputados señores Andrés Longton Herrera, Miguel Mellado Suazo y Diego Schalper Sepúlveda, cuestionando la legalidad de la resolución exenta N° 3.925, de 2020, de la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile (GENCHI) -que aprueba disposiciones sobre la aplicación de reglamentación penitenciaria en consideración a la normativa vigente, nacional e internacional, referidas a pertinencia cultural y religiosa en determinadas materias-, así como su aplicación a las actuaciones que indican de esa institución.

Se tuvo a la vista lo manifestado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por GENCHI, por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Del mismo modo, se consideró el documento que hizo llegar el Comité de Prevención contra la Tortura.

Como cuestión previa, cabe prevenir que la citada resolución exenta N° 3.925, fue dictada durante la administración anterior, el 29 de julio de 2020, disponiéndose su comunicación a todas las direcciones regionales, entre otras dependencias. En tanto, las reclamaciones en análisis fueron ingresadas a esta Contraloría General el 25 de marzo y 19 de agosto de 2022, respectivamente.

II. Fundamento jurídico

1. Marco normativo pertinente sobre pueblos indígenas

Sobre el particular, el artículo 1° de la ley N° 19.253 -que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la CONADI-, dispone que es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines.

A su turno, el Convenio N° 169, de 1989, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo -promulgado mediante el decreto N° 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores-, señala en el artículo 2, en lo pertinente, que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los

**AL SEÑOR
DIRECTOR NACIONAL DE GENDARMERÍA DE CHILE
PRESENTE**

demás miembros de la población y que “promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”.

El artículo 5, letra a), precisa que al aplicar sus disposiciones deberán “reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”. Luego, su artículo 8, N° 1, establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán considerarse sus costumbres o su derecho consuetudinario, y su N° 3 señala que la aplicación de ese párrafo no impedirá a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Por último, el artículo 10 consigna que cuando se les impongan sanciones penales deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, dando preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

2. Regulación de las facultades del Director Nacional de GENCHI y del régimen penitenciario

Por su parte, el artículo 3°, letra a), del decreto ley N° 2.859, de 1979 -Ley Orgánica de GENCHI-, preceptúa que le compete dirigir los establecimientos penales del país, aplicar el régimen penitenciario y velar por la seguridad interior de ellos. Su inciso final precisa que ese régimen “es incompatible con todo privilegio o discriminación arbitraria, y sólo considerará aquellas diferencias exigidas por políticas de segmentación encaminadas a la reinserción social y a salvaguardar la seguridad del imputado y condenado y de la sociedad”. El artículo 6° indica que entre las obligaciones y atribuciones del Director Nacional se encuentran las de dirigir y administrar el servicio, y dictar resoluciones e impartir las instrucciones necesarias tendientes a obtener un adecuado funcionamiento institucional.

A su vez, el artículo 5° del decreto N° 518, de 1998, del Ministerio de Justicia -reglamento de Establecimientos Penitenciarios-, dispone que sus normas 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. El artículo 6° garantiza, entre otros, la libertad ideológica y religiosa de los internos, su derecho a la información, a la educación, procurando el desarrollo integral de su personalidad, y a elevar peticiones a las autoridades, en las condiciones legalmente establecidas.

Acerca del régimen interno de un centro penitenciario, cabe anotar que solo se considerarán como faltas graves las situaciones descritas en su artículo 78, que en su letra c) contempla “La participación en motines, huelgas de hambre, en desórdenes colectivos o la instigación a estos hechos cuando se produzcan efectivamente”. El artículo 81 puntualiza que las “faltas de los internos serán sancionadas con alguna de las medidas siguientes, sin que sea procedente su acumulación”, agregando el inciso final que tratándose de infracciones graves podrá aplicarse cualquiera de las medidas allí aludidas.

Según su artículo 98, la concesión, suspensión o revocación de permisos de salida es facultad privativa del jefe de establecimiento, que solo podrá concederlos a los internos que gocen de informe favorable del consejo técnico. Añade el artículo 110 que tratándose de los permisos de las letras b), c) y d) del artículo 96 -salidas dominical, de fin de semana y controlada al medio libre- serán considerados los internos que cumplan ciertos requisitos, entre los que se encuentran

el haber asistido regularmente y con provecho a la escuela del recinto, salvo lo ahí descrito. Añade que en su ponderación deberán tenerse presente las circunstancias personales del interno y las características y recursos del establecimiento.

A continuación, cabe anotar que en armonía con el decreto ley N° 321, de 1925 -que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad-, su reglamento -aprobado por el decreto N° 338, de 2019, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- previene en el artículo 6°, inciso 6, letra c), que, entre los factores de calificación de conducta, no procederá la evaluación cuando el condenado no participe en actividades educacionales, de capacitación, laborales o de formación para el trabajo por causas no atribuibles a ella.

En tal contexto, el artículo 79 del decreto N° 943, de 2010, del Ministerio de Justicia -que aprueba reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario-, señala, entre los antecedentes a evaluar por el consejo técnico, los informes de escolaridad, de conducta, de salud, así como la solicitud de postulación del interno al centro.

3. Acto administrativo impugnado

Ahora bien, la Dirección Nacional de GENCHI dictó la cuestionada resolución exenta N° 3.925, de 2020, en la cual se instruye que para evaluar la participación de la población indígena privada de libertad en las actividades educativas se deben tener presente las circunstancias personales del interno, las características y los recursos del recinto. Lo anterior, para no incurrir en discriminaciones arbitrarias, por lo que mientras no se implementen en los centros penitenciarios los proyectos educativos con enfoque intercultural, a los reclusos que eventualmente rechacen o no quieran asistir a la escuela por falta del referido programa no se les verán afectadas sus posibilidades de postular a los permisos de salida, a libertad condicional o traslados a centros de educación y trabajo.

Además, dispone que deben entenderse actualizadas las instrucciones sobre sanciones disciplinarias a raíz de una huelga de hambre, fijando que si esta es desarrollada en forma pacífica no será susceptible de consecuencias disciplinarias, según la atribución facultativa de aplicar sanciones que tendrían las jefaturas penitenciarias.

Expresado lo anterior, de acuerdo a la normativa reseñada, se advierte que GENCHI es el ente público competente para dirigir y velar por la seguridad interior de los recintos penales del país, aplicando el régimen carcelario existente, siempre dentro del marco jurídico que regula a esa institución.

III. Análisis y conclusión

Al respecto, si bien las atribuciones del Director Nacional de GENCHI le permiten tanto dirigir y planificar ese servicio como dictar resoluciones e impartir las instrucciones para su funcionamiento, de ningún modo estas pueden importar una autorización para alterar requisitos o condiciones fijadas para acceder a determinadas medidas o beneficios, ya sea legal o reglamentariamente (aplica criterio contenido en el dictamen N° 29.554, de 2007, entre otros).

Precisado lo anterior, las instrucciones contenidas en la resolución exenta en cuestión abordan el ámbito educacional penitenciario, considerando para ello las costumbres de los pueblos indígenas, así

como sus características económicas, sociales y culturales para efectos de las acciones de reinserción social que realiza la administración penitenciaria. Agrega ese instrumento que dichos elementos deben ponderarse en la decisión sobre los permisos de salida, postulación a centros de educación y trabajo, y libertad condicional. En relación a este punto, sostiene que ante la falta de oferta educacional intercultural proporcionada por GENCHI, la inasistencia de un condenado indígena, que no desee asistir a las actividades educativas ofrecidas, no afectará sus postulaciones para las situaciones antedichas, al no ser esto atribuible a él.

Así, en atención a que el propósito del legislador es favorecer la reinserción social de los condenados y considerando la normativa sobre pueblos indígenas expuesta, es dable concluir que, ante la falta de programas educativos de orientación intercultural, la participación en actividades educacionales de los reclusos no es una condición necesariamente obligatoria respecto de las postulaciones en cuestión, pudiendo la autoridad penitenciaria ponderar tanto la situación personal de cada interno como los recursos disponibles en cada recinto.

En relación a las huelgas de hambre, las que son consideradas como faltas disciplinarias graves al régimen interno de un recinto penal por el decreto N° 518, de 1998, no resultó procedente que una resolución -que constituye un acto administrativo de aplicación- altere lo dispuesto en el referido reglamento, sin que se advierta alguna disposición internacional o interna que permita al Director Nacional de GENCHI alterar el principio de la jerarquía normativa.

Consecuente con lo expresado, no correspondió que tales instrucciones alteraran la naturaleza y consecuencias de una conducta regulada expresamente en el reglamento vigente, debiendo GENCHI, a partir del presente pronunciamiento, abstenerse de continuar aplicando dichas instrucciones en este aspecto.

Por otra parte, cabe agregar que, según lo informado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se encuentra en tramitación el proyecto de un nuevo reglamento de establecimientos carcelarios. Así, una vez dictado el decreto supremo reglamentario, deberá someterse al control previo de juridicidad mediante el trámite de toma de razón por parte de esta Contraloría General, ocasión en que se pronunciará sobre su contenido y juridicidad.

En cuanto al reconocimiento de los abonos de tiempo en favor de un sentenciado que ha permanecido privado de libertad en causas diversas, es necesario prevenir que esta materia es autorizada mediante la pertinente sentencia judicial, no siendo procedente que este Ente Contralor se pronuncie al efecto, de acuerdo con el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, por tratarse de un tema sometido a conocimiento de los tribunales de justicia.

Finalmente, acerca del cuestionado documento denominado "Acta de Acuerdos", suscrito por el Director Regional de La Araucanía de GENCHI con fecha 17 de agosto de 2022 y personas privadas de libertad pertenecientes al pueblo Mapuche, corresponde manifestar que las medidas adoptadas en la misma se refieren fundamentalmente a la aplicación práctica de instrumentos previsto por la normativa reglamentaria contemplada en el decreto N° 518, de 1998, del Ministerio de Justicia.

En efecto, se observa que los acuerdos III, IV y VI, dicen relación con circunstancias concernientes a los artículos 100, 101 y 107 de dicho reglamento. Luego, sus puntos I y V se refieren a lo preceptuado en los artículos 49 y siguientes de ese texto, estando asimismo el acápite VIII fundado en lo dispuesto en el artículo 102, inciso final. En tanto, su punto VII se relaciona con los artículos 4°,

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

5

6°, incisos segundo y tercero, y 10, letra c), en relación al artículo 8° del citado convenio N° 169, tal como se aprecia del Oficio Circular N° 213, de 2014, del Director Nacional de GENCHI.

Por último, acerca del punto II de la aludida acta, sobre traslados a Centros de Estudio y Trabajo, si bien se advierte la existencia de los acuerdos de los respectivos consejos técnicos, es posible concluir que dicha medida viene a dar aplicación a lo previsto en la cuestionada resolución exenta N° 3.925, de 2020, por lo que, tal como se previno, GENCHI deberá abstenerse, en lo sucesivo, de aplicar las referidas instrucciones.

En atención a lo expuesto, Gendarmería de Chile deberá adoptar las correspondientes acciones a fin de adecuar su accionar a lo consignado en el presente pronunciamiento.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO
Contralor General de la República

DISTRIBUCIÓN:

- Señora diputada Camila Flores Oporto y señores diputados Andrés Longton Herrera, Miguel Mellado Suazo y Diego Schalper Sepúlveda (camrn@congreso.cl)
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
- Comité de Prevención contra la Tortura
- Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (anpgenchi@gmail.com)
- Departamento de Fuerzas Armadas, Seguridad, Presidencia, Hacienda y Relaciones Exteriores de esta Contraloría General
- Comité de Presentaciones Parlamentarias de esta Contraloría General
- Unidad de Estudios Legislativos de esta Contraloría General
- Contraloría Regional de La Araucanía

Firmado electrónicamente por:		
Nombre	JORGE BERMUDEZ SOTO	
Cargo	CONTRALOR GENERAL	
Fecha firma	18/11/2022	
Código validación	5gbi4WfPV	
URL validación	https://www.contraloria.cl/validardocumentos	

