

IDENTIDAD DE GÉNERO Y EJECUCIÓN DE PENA: DERECHOS VULNERADOS DE PERSONAS TRANS PRIVADAS DE LIBERTAD

Steffi Hanna Schramm López*

195

“Muchos de los prejuicios existentes en la sociedad contra los grupos minoritarios se reflejan en la prisión. No es de sorprender, ya que las prisiones son en gran medida espejos de los valores de la sociedad en la que existen” (ANDREW COYLE, 2002).

1. Problematización y Metodología

No se puede desconocer el hecho de que, en Chile, la discusión acerca de la diversidad sexual existe. Esto, gracias a la creciente visibilidad de esta realidad y que ha obligado que la sociedad, como el Gobierno de turno, se pronuncien al respecto. Sin embargo, y a pesar de que existe un acercamiento a la temática, la violencia hacia este grupo de personas continúa. En ese sentido, “los casos y denuncias por homofobia y transfobia incrementaron un 45,7% en 2017, conociéndose 484 episodios de odio, la cifra más alta que se tiene registro

* Abogada. Postítulo en Ejecución de Pena y Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Miembro del Observatorio de Violencia Institucional en Chile (OVIC ONG). s.schrammlopez@gmail.com

ABREVIATURAS: LGBT: Lesbianas, Gay, Bisexual, Trans; CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. APT: Asociación para la Prevención de la Tortura; CPR: Constitución Política de la República; CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos. PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

y que por sí sola acumula el 20% del total de abusos ocurridos en los últimos 16 años”.¹

Siento este el escenario actual, aquel se ve complejizado si aquellas personas sufren —como consecuencia de la ejecución de un delito penado con la pena de privación de libertad— la restricción de su libertad ambulatoria en uno de los Centros Penitenciarios que existen para tal efecto en Chile. En ese sentido, las cárceles chilenas y de Latinoamérica, en general, tienen problemas respecto a sus condiciones mínimas para la protección de derechos, por lo que el privado de libertad es un sujeto constantemente vulnerado en sus derechos, por el solo hecho de haber cometido un delito. Lo anterior puede verse agravado si, estando privado de libertad, no se cumple con las expectativas socialmente aceptadas, naturalizadas y normalizadas respecto a la sexualidad y el género. Así lo ha constado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre torturas y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes quien ha dicho que “las personas LGBT se encuentran en el último escalafón de la jerarquía informal que se genera en los centros de detención, lo que da a lugar a una discriminación doble o triple”² y “se encuentran sometidas de manera desproporcionada a actos de torturas y otras formas de malos tratos”.³

Lo anterior puede deberse a que la población penal es tratada como un grupo homogéneo, por lo que, el privado de libertad que se escapa de esa homogeneidad se encuentra en una situación de vulnerabilidad interseccional, por encontrarse ya en una realidad que es propicia para la vulneración de derechos humanos. En esta lógica, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición

¹ MOVILH. (2018). XVI. Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género, p. 37. Disponible en: <http://www.movilh.cl/documentacion/2018/Informe-DDHH-2017-Movilh.pdf>

² ONU. (2010). Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. A/HRC/13/39Add.1

³ ONU. (2013). Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial para la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. A/HRC/22/53, párr. 79.

de vulnerabilidad, ha considerado que “entre los grupos vulnerables privados de libertad, se encuentran las mujeres, los migrantes, los indígenas, los niños, niñas y adolescentes, las personas con necesidades terapéuticas especiales, los ancianos y la población LGBTQ”.⁴

El Manual de Derechos Humanos de la Función Penitenciaria,⁵ ha afirmado tal problematización, diciendo que “en los recintos penales siempre ha sido difícil tratar el tema de la diversidad sexual, tanto por la discriminación a nivel de pares como de los propios funcionarios”.⁶ En este escenario ya conocido, resultó imperativo el surgimiento de los Principios de Yogyakarta, que tienen por finalidad promover la aplicación de la legislación internacional para la protección de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.⁷ Bajo esta lógica de protección especial, es que el Estado está obligado a ser un garante de los derechos de la población penitenciaria y, especialmente, de los grupos más vulnerables como lo es la población LGTB. Dentro del acrónimo LGBTQ,⁸ quienes responden a la etiqueta de trans, suelen ser quienes sufren de mayor discriminación y segregación en virtud de la constante patologización a su condición. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre Violencia Contra Personas LGTBI, manifiesta que “organizaciones de la sociedad civil señalan que la violencia contra hombres trans ocurre más comúnmente en la esfera privada y con frecuencia es invisibilizada fuera de los espacios en los

⁴ La sigla LGBTQ significa lesbiana, gay, bisexual, trans y queer (en proceso de averiguarlo). También, se utiliza como acrónimo LGTBI, refiriéndose a lesbiana, gay, bisexual, trans y personas intersex. Sin embargo, esta última categoría también ha sido considerada dentro de la letra T, con la que se identifica a la comunidad trans.

⁵ Corresponde a un manual de principios y orientaciones básicas en Derechos Humanos, basado en los estándares internacionales sobre esta temática, siendo una herramienta esencial para el trabajo penitenciario, especialmente en los recintos penales.

⁶ GENCHI. Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (sin fecha). *Manual de Derechos Humanos de la Función Penitenciaria*, p. 26. Disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GENCHI_FINAL.pdf

⁷ Ver Principio 9: El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente.

⁸ Sin perjuicio de que en la actualidad se le ha agregado la letra I, Q y el signo +.

que ocurre”.⁹ En el contexto carcelario, algo similar ha constatado la Relatoría Especial de la ONU, que ha visto con gran preocupación la situación de mujeres trans, como posibles víctimas de abusadas física o sexualmente, si se ubican con la población general de la prisión.¹⁰

En Chile no hay una cifra exacta de las personas trans que están privadas de libertad. El único antecedente con el que se cuenta consiste en una aproximación del total de la población de personas transgéneros, sin distinción si se encuentran en el régimen carcelario o no.¹¹ La “Encuesta T” realizada por la Asociación Organizando Trans Diversidad¹² el año 2017, evidenció estadísticamente, que entre un 0,03% a 0,05% de la población total, son personas pertenecientes al grupo en cuestión. Al respecto, se puede concluir que las personas trans privadas de libertad representan un número menor frente a otro grupo de personas en la misma situación, lo que puede provocar el desinterés por parte del Estado –mediante la Administración Penitenciaria– de asegurar sus condiciones básicas y dar resguardo y protección a sus derechos. Demostración de aquello es lo señalado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile, en su estudio sobre la situación de la población trans privada de libertad, que entre sus resultados se encontró: a) discriminación contra las personas trans por parte de las autoridades, y b) detención de mujeres trans en cárceles para hombres y tratamiento de este tipo de género, desconociendo su identidad.¹³

⁹ CIDH. (2015). *Violencia contra personas LGTBI*, p. 84. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

¹⁰ Ver párrafo 23, Asamblea General de la ONU. (2011) *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a56156.pdf>

¹¹ Teniendo en consideración, además, que las personas transgéneros son solo un grupo de la comunidad trans.

¹² Abreviación: OTD

¹³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. (2013). *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile*. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. Santiago de Chile, pp. 176-185. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4>

Por esta situación crítica de derechos humanos de personas trans privadas de libertad, el presente trabajo, analizará doctrina, normativa nacional e internacional de la materia y jurisprudencia de nuestros tribunales superiores que instan al reconocimiento de las personas trans y la protección de sus derechos en la etapa de ejecución de pena, con la finalidad de visibilizar la realidad que viven personas trans privadas de libertad y plantear su discusión en el contexto actual.

2. Antecedentes

2.1. ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO DERECHOS HUMANOS

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dice que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, incluye a las personas LGBT. Así, lo estableció el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

“Todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans, tienen derecho a gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos a la vida, la seguridad de la persona y la intimidad, el derecho a no ser sometido a discriminación y el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica”.¹⁴

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce que el género es más que un concepto binario y que incluye la orientación sexual y la identidad de género.¹⁵ Sin embargo, no existe

¹⁴ ACNUDH, (2011). *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, párr. IIA5.

¹⁵ Consultar “Género y Genética”, Organización Mundial de la Salud en: <http://www.who.int/genomics/gender/en/> Comisión Internacional de Juristas (2009). *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para Profesionales N° 4*. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, Ministerio de la Igualdad España, p. 23. Disponible en: www.icj.org/dwn/database/PG4-SOGI-Spanish-ElecDist.pdf

tratado internacional que, de forma explícita obligue a los Estados, al reconocimiento, protección y garantía de los derechos de las personas LGBT. Lo anterior no implica que no exista la obligación de proteger tales derechos y libertades, pues existen las cláusulas de prohibición de discriminación establecida en tratados internacionales que imponen ese deber.

2.2. PRIVACIÓN DE LIBERTAD CON RELACIÓN A LA ORIENTACIÓN SEXUAL Y LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DDHH

Los principios de Yogyakarta son aquellos que se encargan de buscar la aplicación de la legislación internacional a la orientación sexual e identidad de género. Específicamente, en su Principio 9, fija estándares mínimos de garantía y protección respecto de las personas privadas de libertad que tienen una orientación sexual e identidad de género distinta a la norma social. Así, establecen que “toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona”. Luego, el referido principio 9 dirige estándares específicos para los Estados. En ese sentido, en su letra A, consagra que Los Estados “asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales”.

Estos principios son considerados *Soft Law*, por lo que su efecto vinculante en cuanto a su aplicación es una discusión doctrinaria que sigue hasta la actualidad y su inclusión como fuente normativa del derecho internacional de los derechos humanos es un problema en la comunidad internacional. Sin embargo, no se puede desconocer cierto grado de autoridad que tiene para los Estados. En ese sentido, Chile en el proceso del Examen Periódico Universal de la ONU, el

año 2009, se obligó a aplicar Los Principios de Yogyakarta e incluir la identidad de género en leyes de antidiscriminación. Como se ha planteado, la cualidad de obligación jurídica no es tal cuando se trata de *Soft Law*, sin embargo, reconocer estos estándares y luego no aplicarlos, implica –al menos– hacerse responsable de su omisión ante la comunidad internacional. Así, cabe preguntarse, si en la actualidad dichos estándares mencionados precedentemente son o no aplicados en el sistema carcelario respecto a la orientación sexual e identidad de género.

2.3. SISTEMA CARCELARIO CHILENO Y PERSONAS TRANS

La Asociación Organizando Trans Diversidades en informe sobre la situación de mujeres y niñas transgéneros e intersex en Chile respecto del cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, solicitó por vía de transparencia, información a Gendarmería de Chile, para conocer el acceso de la población transgénero femenina a elementos propios de su construcción identitaria y expresión de género; acceso a tratamientos y controles de salud y el uso de hormonas feminizantes y la cantidad de recintos penitenciarios que albergan pabellones separados de la población penal con personas trans.¹⁶ La respuesta fue la siguiente:

- El uso de elementos propios para personas trans como maquillaje y vestimentas femeninas, estaba prohibido por reglamento interno de la institución.
- Solo un recinto penitenciario respondió diciendo que sus internos tenían acceso a tratamientos para el cambio de sexo con la

¹⁶ OTD. (2018). Informe para el Comité para la Eliminación contra la Discriminación contra la Mujer en su sesión 69. Chile, pp. 8-12. Disponible en: <https://otdchile.org/biblioteca/informe-de-otd-chile-para-cedaw-sesion-69-febrero-2018/>

entrega de hormonas siempre que existiera un médico especialista que lo autorizara.

- Respecto a la cantidad de recintos penitenciarios que albergan pabellones separados para la población trans, se informó que en Chile –hasta la fecha en que se realiza la consulta– hay 18 dependencias que incluyen a personas trans en conjunto con la población homosexual.

Según lo anterior, existiría un problema de precariedad en políticas de segregación con un enfoque de género en la etapa de ejecución de pena.

*“Los criterios formales de clasificación utilizados por Gendarmería, solo consideran el tipo de delito, el compromiso delictual, la edad, el desarrollo de trastornos mentales y criterios relativos al tipo de pena impuesta, o al principio de progresividad. A ellos, se les agrega solo ocasionalmente la orientación sexual de los condenados”.*¹⁷

De esta manera, el criterio de género no es incluido para la segregación y clasificación de personas privadas de libertad. Lo anterior, puede deberse a que el concepto de género siempre se ha entendido como un idéntico al sexo de distinción binaria entre masculino y femenino. Así, la realidad trans, es completamente desconocida en el contexto carcelario. Al respecto, La CIDH recomienda que el término identidad de género sea incluido expresamente para mayor seguridad jurídica y visibilidad.¹⁸

¹⁷ ESPINOZA, Olga, *et al.*, “Estudio jurídico. Chile”, en PROGRAMA EUROSOCIAL (ed.), *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada* (Madrid, 2014), pp. 232-234.

¹⁸ CIDH. (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

3. Análisis descriptivo de fallos

Con el objetivo de conocer cuáles han sido los pronunciamientos de nuestras Cortes, es que se realiza un breve análisis de jurisprudencia, de nuestros tribunales superiores durante el año 2017 conociendo de Recursos de Protección presentado por personas trans privadas de libertad, alegando la vulneración de sus derechos. De esta manera, se verán los hechos en que se sustenta la alegación, los fundamentos con los cuales resuelven las Cortes y las medidas que se adoptan para restablecer el imperio del derecho.

203

I. FALLO DE FECHA 6 DE FEBRERO DE 2017, CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, RECURSO DE PROTECCIÓN, ROL 31-2017

Recurso de Protección presentado por tres mujeres transgéneros privadas de libertad en el Centro Penal Penitenciario de Antofagasta, en contra de Gendarmería de Chile y otros. Respecto de los hechos del recurso, las recurrentes:

“Fundan su recurso en que el día veintiocho de diciembre de 2016 ingresaron al Complejo Penitenciario de Antofagasta, siendo víctimas de golpes, tortura, apremios ilegítimos y vulneración de su identidad de género, al obligarles desnudarse en presencia de personal de gendarmería de sexo masculino y ser golpeados. Señalan que las revisiones efectuadas por Gendarmería les exponen a transgéneros a mostrar sus senos, a revisarles su ano obligándolas a utilizar sus nombres de hombre y no los nombres sociales que tiene cada una” [...]. Señalan por otra parte que la empresa concesionaria SODEXO comete faltas a las bases de licitación en la entrega de medicamentos a personas con VIH, al existir irregularidades en el proceso de refrigeración. Además, denuncian que las dependencias del penal carecen de las condiciones mínimas para mantener a los reclusos portadores de SIDA, al existir un sobrepoblamiento y porque la empresa concesionaria no ofrece talleres deportivos ni recreativos ni de reinserción social bajo el argumento de que no es parte de las bases de licitación la población ho-

mosexual del penal. Finalmente, denuncian la apropiación indebida de especies pertenecientes a María del Pilar, por parte de un Gendarme.”¹⁹

Que, al respecto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, hace explícita referencia a la normativa de Gendarmería para considerar que las personas trans privadas de libertad deben ser tratadas dignamente y conforme a su género; normativa que se incumplió, según la Corte, con las recurrentes de la causa analizada:

204

“Tocando el fondo del asunto, indiscutida que fuere la identidad de género de las tres recurrentes, nace el deber de Gendarmería, de conformidad al artículo 1° y 15 de su Ley Orgánica, la atención, vigilancia y reinserción social de las mismas otorgándoles un trato digno propio de su condición humana, deber que según se desprende del propio informe evacuado en estos autos aparece como incumplido, al no haberse adoptado una medida eficaz y oportuna para subsanar la afectación de derechos fundamentales denunciada, en concreto, el trato a las reclusas de conformidad al género con que se identifican”²⁰.

Asimismo, la Corte en cuestión, reproduce lo razonado y resuelto por la Corte de Apelaciones de Iquique, en los autos Rol 859-2016,²¹ que acogió un recurso de protección presentado anteriormente por una de las recurrentes de esta causa, en donde se alegaba el desconocimiento de su identidad de género. En este fallo, se hace referencia a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación y que el Estado tiene un especial deber de protección frente a la evitación de estas situaciones discriminatorias y propicias en la vulneración de derechos humanos:

¹⁹ Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 31-2017, Considerando Primero.

²⁰ Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 31-2017, Considerando Sexto, párrafo segundo.

²¹ Referencia se encuentra señalada en la Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 31-2017, Considerando Séptimo.

La Corte Interamericana, en el reciente fallo “Caso Duque vs. Colombia”, de 26 de febrero pasado, en que se discutió la responsabilidad del Estado por la exclusión del Sr. Duque de la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja, supuestamente basado en que se trataba de una pareja del mismo sexo, recordó que la Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Políticos, carece de una definición explícita del concepto de “discriminación”, pero basado en las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha definido la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas”. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte IDH ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. La jurisprudencia de la Corte IDH también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens, descansando sobre él el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. En el párrafo 92 de la sentencia en comento, indicó que, además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las

*situaciones discriminatorias, señalando expresamente en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.*²²

En ese sentido, uno de los hechos sustanciales del recurso objeto de análisis, según la Corte, es la alegación de que el procedimiento de revisión es realizado por personal masculino cuando se trata de personas transgéneros mujeres privadas de libertad. Al respecto, la Corte considera que esta actuación:

*“[...]importa necesariamente una afectación a la integridad síquica de las recurrentes quienes señalan sentirse humilladas y denigradas por estos hechos, incurriéndose también en un trato desigual respecto a otros internos, a quienes sí se les reconoce su identidad de género [...]”*²³

Por las consideraciones que se han expuesto, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, acoge el Recurso de Protección y decreta medidas para restablecer el imperio del derecho que ha sido vulnerado por el actuar de Gendarmería contra las personas trans que recurren. Estas medidas son:

*“a) Que el referido servicio deberá velar porque su personal trate a las recurrentes por su nombre social, adoptando las medidas necesarias acerca del trato que debe dársele a la recurrente en consideración a su identidad y expresión de género. b) Las medidas de seguridad a su respecto se realicen por personal femenino de enfermería en presencia de personal del mismo sexo de la Institución, en la medida que no existan otros medios técnicos menos invasivos. c) El Centro Penal Penitenciario de Antofagasta deberá, además, capacitar a sus funcionarios en materias relacionadas con identidad de género, orientación sexual y expresión de género.”*²⁴

²² Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, Corte de Apelaciones de Iquique, Rol 859-2016, Considerando Cuarto.

²³ Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 31-2017, Considerando Octavo.

²⁴ Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 31-2017, parte resolutive, declaración I, párrafo segundo.

II. FALLO DE FECHA 25 DE MAYO DE 2017, 3ª SALA DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA, ROL 6937-2017, CONOCIENDO DE RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA ROL 31-2017, DE LA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA

La 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema resuelve Recurso de Apelación presentado por Gendarmería de Chile, que era uno de los recurridos en la sentencia analizada precedentemente, impugnando las medidas a) y b) decretadas por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Respecto a la medida de la letra a) el apelante hace mención que las personas trans privadas de libertad son tratadas por parte del sistema penitenciario, por la identidad sexual inscrita en el Servicio de Registro Civil e Identificación:

“[...]el sistema penitenciario denomina a las personas sujetas a su control por la identidad sexual inscrita en el Servicio de Registro Civil e Identificación, coincidente con lo indicado en la sentencia condenatoria que priva de libertad al recurrente, lo que permite a su vez su vinculación con otras instancias externas a este Servicio y establecer tanto los controles de seguridad internos como las distintas actividades vinculadas a la Administración Penitenciaria, como por ejemplo planes de reinserción, beneficios legales, reglamentarios y egreso del sistema penitenciario.”²⁵

Sin embargo, Gendarmería de Chile señala que es el Alcaide quien deberá considerar la identidad de género de cada cual y, así, conceder permiso para elementos que permitan la expresión de género coincidente con el sentir de la persona trans. Asimismo, afirman que existe la posibilidad de reconocimiento a la identidad de género y que tal puede ser manifestado en el ítem de “otros nombres” y “alias” que contiene la ficha de clasificación de Gendarmería:

²⁵ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Primero, párrafo segundo.

“[...]existen procedimientos tales como la Resolución Exenta N° 2941 de 23 de marzo de 2015 que “Aprueba procedimiento de captura de imagen fotográfica de internos sujetos a control y custodia de Gendarmería de Chile y sus anexos”, donde se hace un reconocimiento a la identidad de género de las personas privadas de libertad, en relación al cual el Alcaide deberá considerar la concesión del permiso para uso del maquillaje moderado. Además la ficha de clasificación contempla dentro de la individualización de las personas privadas de libertad el nombre conforme a su “nombre y apellido”, de acuerdo al sexo de la persona inscrita en el Servicio de Registro Civil, “otros nombres” y “alias”, siendo los dos últimos declarados por el penado a su ingreso.”²⁶

Con estos argumentos, lo que alega el apelante, es que el “trato es obligatorio para el personal que se vincula directamente durante el régimen interno cotidiano, no extendiéndose a los controles de seguridad y en otras instancias que son parte de la actividad penitenciaria”²⁷ por considerar, entonces, que, en estas situaciones, se debe tratar a las personas privadas de libertad según su sexo, sin tomar en cuenta la expresión de su género distinto al sexo. En ese sentido, la Corte Suprema consideró que, en las actividades oficiales del sistema penitenciario, el trato que deben recibir las personas trans debe ser acorde al sexo biológico de cada cual, en cambio, en las actividades cotidianas o informales, estas deben ser tratadas en relación a su identidad de género:

“[...]este procedimiento no constituye la vía idónea para disponer el cambio del nombre propio contenido en la inscripción de nacimiento de las recurrentes y siendo éste el antecedente oficial que se debe tener en consideración por Gendarmería a efectos de registro interno, estadística, información proporcionada a otras instancias externas al servicio, motivo por el cual necesariamente en instancias oficiales las recurrentes deberán ser identificadas con su identidad legal vigente,

²⁶ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Primero, párrafo tercero.

²⁷ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Primero, párrafo cuarto.

en tanto en el régimen interno cotidiano se les deberá tratar conforme al nombre que usen conforme su identidad de género.”²⁸

Respecto de la medida b) que decretó la Corte de Antofagasta y que dice relación con que las revisiones que se realizan a personas trans privadas de libertad como medida de seguridad, sea realizada por personal femenino de enfermería, de manera de evitar técnicas consideradas invasivas, quienes apelan –correspondiente a Gendarmería de Chile– esgrimen que tal medida es contraria a la ley “toda vez que el personal que ejerce esta función corresponde exclusivamente a la planta I de Oficiales Penitenciarios y II de Suboficiales y Gendarmes”.²⁹ Sin embargo, la Corte Suprema precisa en el hecho de que las revisiones corporales sufridas “implicaban un menoscabo al género expresado por quienes recurren”,³⁰ por las actuaciones que se llevaban a cabo en estas revisiones y que fueron alegadas en el Recurso de Protección que se apela. Asimismo, argumenta la legalidad de la medida adoptada en la resolución de dicho recurso, con lo dispuesto en la Resolución N° 9679 que aprueba el procedimiento de registro corporal cotidiano de internos, aleatorio y/o selectivo tras las visitas, en el sentido que sigue:

[..]el registro corporal de internos consiste en la revisión visual y táctil de las prendas de ropa y calzado, expresando que en su realización quedará prohibido el desprendimiento integral de la vestimenta [...] y en general cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad de éstos, agregando que “Cuando existan antecedentes que hagan presumir que un interno oculta en su cuerpo algún elemento prohibido, susceptible de causar daño a la salud o integridad física de éste o de otras personas, o de alterar la seguridad del establecimiento, el interno

²⁸ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Cuarto.

²⁹ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Primero, párrafo quinto.

³⁰ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Sexto.

*será trasladado a la respectiva unidad médica para la realización del procedimiento correspondiente”.*³¹

De la misma forma, se consagra en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios en su artículo 27 bis. Reglamento que es utilizado por la Corte, para fundamentar que tales revisiones personales deben considerar, además, la identidad/distinción de género.

*“Asimismo en el reglamento se establece que el registro corporal debe realizarse en un área cerrada, sin que sea presenciada por el resto de los internos ni personas ajenas al establecimiento, añadiendo: “en los registros corporales, se debe considerar la distinción de género, en relación al resguardo a la privacidad, al registro corporal y a los registros audiovisuales”.*³²

Por los argumentos que esgrimió la Corte Suprema en la revisión y resolución de este Recurso de Apelación, es que confirma la sentencia apelada, declarando lo siguiente:

*“a) Gendarmería de Chile deberá velar porque su personal trate a las recurrentes por su nombre social, adoptando las medidas necesarias acerca del trato que debe dársele a las recurrentes en consideración a su identidad y expresión de género en el régimen interno cotidiano, en tanto a efectos del trato en instancias oficiales este se hará acorde con la identidad legal de éstas. b) Cualquier revisión corporal de que sean objeto las recurrentes se realizará con estricto apego a lo establecido en la Resolución N° 9679, de 15 de septiembre de 2014, debiendo el personal de Gendarmería a cargo de los procedimientos de seguridad limitarse a una inspección táctil superficial y, si lo estiman pertinente, ante sospechas fundadas, deberá la interna ser trasladada a la enfermería para que se le realice la revisión corporal más intensa.”*³³

³¹ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Séptimo.

³² Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Séptimo.

³³ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6937-2018, Considerando Octavo, párrafos tercero y cuarto.

III. FALLO DE FECHA 23 DE JUNIO DE 2017, CORTE DE
APELACIONES DE LA SERENA, RECURSO DE PROTECCIÓN,
ROL 826-2017

Corresponde a un Recurso de Protección presentado por dos personas privadas de libertad –una de ellas mujer transgénero y la otra, su pareja de sexo masculino–, en contra de la directora del Hospital Penitenciario y Gendarmería de Chile. Quienes recurren, realizan un relato de los hechos en la presentación del recurso, en los siguientes términos:

“Que por esta vía la recurrente reclama de parte de Gendarmería de Chile y del Hospital Penitenciario de La Serena, discriminación y violación a la identidad de género por su condición sexual; que no se ha cumplido a cabalidad la resolución de la Corte Suprema en causa rol 99.813-2016, en razón que el día 25 de abril del 2017 fue notificada la recurrida que padecía hepatitis C reactiva, y que la Directora del Hospital Penal se negó a entregarle tratamiento para dicha enfermedad. Que en dicho Hospital Penitenciario es tratada como hombre tanto por funcionarias del hospital penal y funcionarios de Gendarmería de Chile. Recurre porque hay “negligencia médica por parte del agente del Estado chileno” y que existe una persecución en su contra en virtud de que ha sido amenazado en varias ocasiones de traslados arbitrarios por parte de Gendarmería de Chile. Que se le impusieron tres sanciones disciplinarias sin ser notificadas dichas resoluciones [...]”³⁴

La Corte de Apelaciones de La Serena, en sus argumentos, reproduce lo señalado en las causas Rol 99813-2016 y Rol 6937-2018³⁵ en relación a los registros corporales y el reconocimiento de la identidad de género de la persona trans privada de libertad, al momento de realizar tales procedimientos. Pero además de esos argumentos, la Corte considera que la transexualidad de la recurrente, así reconocida, es mérito suficiente para que el trato que se le dé sea acorde a dicha identidad:

³⁴ Sentencia de fecha 23 de junio de 2017, Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 826-2017, Considerando Sexto.

³⁵ Corresponde a la primera sentencia que se analiza.

“Que asimismo, siendo diagnosticada su transexualidad como dan cuenta los Informes de Salud acompañados a estos autos, la recurrente debe ser tratada en las gestiones internas por su identidad de género como ha indicado la Corte Suprema según se ha transcrito en el motivo octavo de este fallo.”³⁶

Además, la Corte de Apelaciones de La Serena, señala una definición de identidad de género, con el claro afán de reconocerla como una realidad y un derecho de cada cual, y que no puede ser una condicionante o limitante en el momento de trato que se debe dar:

“Que se define en la doctrina y en el Derecho Internacional la identidad de género como “La experiencia profunda del género, vivida interna e individualmente por cada persona y que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer, incluido el sentido personal de la expresión corporal y otras expresiones del género”. (Relator Especial sobre el Derecho a la Salud, en su informe al Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 2010)”³⁷

Todo lo anterior son argumentos que esgrime la Corte para no rechazar el Recurso en las alegaciones que dicen relación con el trato diferenciado que sufre la recurrente por el solo hecho de ser trans:

Que en su Informe, Gendarmería de Chile no se ha hecho cargo del reclamo en cuanto al trato interno que se le da a la recurrente [...] como hombre, estando reconocida su transexualidad y su identidad de género femenina, más aún ha declarado que en las revisiones de rigor, lo hace personal masculino. Por tanto no hay antecedentes para desechar, en esta parte, el recurso intentado en la resolutive.³⁸

Respecto a las alegaciones de la recurrente, en cuanto a la negación de tratamiento médico para patologías que padece y el cambio de sexo

³⁶ Sentencia de fecha 23 de junio de 2017, Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 826-2017, Considerando Noveno, párrafo cuarto.

³⁷ Sentencia de fecha 23 de junio de 2017, Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 826-2017, Considerando Noveno, párrafo quinto.

³⁸ Sentencia de fecha 23 de junio de 2017, Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 826-2017, Considerando Décimo.

a través de los mecanismos de salud para tal finalidad, la Corte toma antecedentes que aportan los recurridos a efectos de considerar que dicha negación no se debe a una conducta omisiva de los mismos:

*De acuerdo a los antecedentes que obran en autos esta Corte ha tomado conocimiento de las negativas reiteradas de la recurrente [...], para asistir a dichos controles en nivel secundario de atención de salud, esto en el Hospital de La Serena, lo que claramente va en desmedro de su salud. Que lo dicho en su Informe por Gendarmería de Chile es coincidente en lo informado por la Directora del Hospital Penitenciario. Que por tanto, no parece ser responsabilidad del Hospital Penitenciario, que la recurrente se niegue a asistir a los controles que le permitirán en el futuro el cambio de sexo, como está dispuesto, y recibir el tratamiento contra las patologías que padece.*³⁹

Sin embargo, La Corte de Apelaciones de La Serena expresa con claridad que la salud de las personas privadas de libertad es una responsabilidad del Estado que a través de la Administración Penitenciaria se encuentra en posición de garante frente al privado de libertad. Esto, que puede resultar lógico desde la perspectiva de protección y garantía de derechos humanos sin limitación de personas ni contextos, en la realidad penitenciaria chilena, viene a marcar un precedente:

*“Que tratándose de una persona privada de libertad, con independencia de su condición sexual u otra, el primer garante de su salud en el Estado a través de Gendarmería de Chile, organismo que debe hacer todos los esfuerzos, haciendo uso de toda la normativa vigente, para que los padecimientos de salud sean tratados como corresponde.”*⁴⁰

De esta manera, se acoge el Recurso solo en cuanto a las alegaciones que dicen relación con un trato acorde a la identidad de género de

³⁹ Sentencia de fecha 23 de junio de 2017, Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 826-2017, Considerando Duodécimo, párrafo tercero.

⁴⁰ Sentencia de fecha 23 de junio de 2017, Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 826-2017, Considerando Décimo Tercero, párrafo segundo.

la recurrente y la entrega de asistencia de salud que le corresponda, por parte de Gendarmería de Chile y los funcionarios a cargo de la misma.

“[...]debe darse a la recurrente [...] el trato que corresponde a su identidad de género, estando reconocida su transexualidad y en tanto Gendarmería de Chile deberá realizar las acciones necesarias para proporcionar la atención de salud que requiere la recurrente, realizando las gestiones pertinentes para ello.”⁴¹

4. Análisis de hallazgos jurisprudenciales

Atendida la naturaleza cautelar del recurso de protección, la Corte de Apelaciones respectiva puede adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, asegurando así la debida protección de quien sufrió privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 20° de nuestra Constitución Política de la República.⁴²

En esta parte del trabajo se utilizará la metodología de analizar cuáles son las medidas adoptadas por las Cortes, en los fallos analizados en el punto 3, que son coincidentes entre sí y/o se pronuncia en términos similares, considerando que lo anterior correspondería a la tendencia jurisprudencial de nuestros tribunales superiores respecto a sus pronunciamientos en la materia que se expone. En segundo lugar, se buscará concluir si dichas medidas se ajustan o tienen relación, con la normativa nacional, con los estándares internacionales en derechos humanos respecto de la temática y si la medida en los términos que

⁴¹ *Op. cit.*

⁴² En este mismo sentido, se pronuncia la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 31-2017, Considerando Cuarto: “*Que de conformidad a lo establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política de la República el recurso de protección de garantías constitucionales constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio*”.

se declara corresponde a un mecanismo efectivo para la tutela de los derechos de las personas trans privadas de libertad.

- I. EL REFERIDO SERVICIO DEBERÁ VELAR PORQUE SU PERSONAL TRATE A LAS RECURRENTES POR SU NOMBRE SOCIAL, ADOPTANDO LAS MEDIDAS NECESARIAS ACERCA DEL TRATO QUE DEBE DÁRSELE A LA RECURRENTE EN CONSIDERACIÓN A SU IDENTIDAD Y EXPRESIÓN DE GÉNERO⁴³

El artículo 2° inciso segundo de la ley N° 20.609,⁴⁴ considera que corresponde a una discriminación arbitraria las que se funden en motivos tales como, la identidad de género, entre otros. En ese mismo sentido, como una demostración expresa de protección jurídica a la identidad de género, el artículo 17 de esta misma ley, modifica el Código Penal, en su artículo 12, respecto de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, agregando el numeral 21^a, en el sentido que sigue:

*“Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”.*⁴⁵

Así, la medida analizada no desconoce y se condice —entonces— con la protección que tiene la identidad de género en la normativa nacional. Al respecto, la medida se fundamenta en considerar que el desconocimiento de la identidad de género que expresan las personas

⁴³ Sentencia de fecha 06 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 31-2017, parte resolutive, declaración I, párrafo segundo, medida a).

⁴⁴ Establece medidas contra la discriminación.

⁴⁵ Artículo 12 numeral 21^a del Código Penal.

trans privadas de libertad, corresponde a una discriminación y trato desigual.⁴⁶

Cabe destacar que, existen victorias similares en ámbitos distintos al carcelario. Una de ellas se logró en el sistema educativo nacional que, en virtud de circular de la Superintendencia de Educación, se exige que se reconozca a niños, niñas y adolescentes, por su nombre social.⁴⁷ Otra victoria corresponde a la rectificación de una partida de nacimiento de un menor de edad, solicitado por la vía judicial, por la disconformidad entre el sexo asignado al nacimiento y su identidad de género.⁴⁸

Sin embargo, lo anterior debe ser ponderado en su justa medida, pues se debe tener en consideración lo dicho, también, por la Corte Suprema en el Recurso de Apelación que tenía como objetivo impugnar esta medida objeto de análisis.⁴⁹ En esa ocasión, resolvió que este reconocimiento a la identidad de género y trato acorde a la misma, debe darse solo en las instancias informales y cotidianas que se den en el sistema penitenciario. Cuando se trate de contextos oficiales o formales, se debe atender a la identidad legal y sexo registral de la persona trans,⁵⁰ lo que implica que hay un reconocimiento a

⁴⁶ *Ibíd.*, cit. (n. 22).

⁴⁷ El 27 de abril de 2017 la Superintendencia de Educación emitió la Circular 0768 que regula los derechos de niñas, niños y estudiantes trans en el ámbito de educación. Su contenido, que resulta aplicable a todos los establecimientos educacionales sin excepción, establece dentro de las medidas básicas de apoyo el uso del nombre social en todos los espacios educativos y, en la medida de lo posible, los documentos oficiales, sin que ello constituya infracción a las disposiciones vigentes.

⁴⁸ Sentencia de fecha 22 de agosto de 2016, del Séptimo Juzgado Civil de Santiago, Rol V-53-2016. El juez que dictó la resolución fue objeto de querrela criminal por prevaricación judicial por parte de la ONG Comunidad y Justicia; acción que fue desestimada por considerarse que los hechos no eran constitutivos de delito. (Véase causa RIT 6315-2017, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago).

⁴⁹ Sentencia de 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Corte Suprema, Rol 6739-2017.

⁵⁰ *Ibíd.*, párrafo final, medida letra a): “*Gendarmería de Chile deberá velar porque su personal trate a las recurrentes por su nombre social, adoptando las medidas necesarias acerca del trato que debe dársele a las recurrentes en consideración a su identidad y expresión de género en el régimen interno cotidiano, en tanto a efectos del trato en instancias oficiales este se hará acorde con la identidad legal de éstas.*”.

la identidad de género de la persona trans privada de libertad, pero condicionado a las diversas situaciones y actividades que se den en el régimen penitenciario. Por lo tanto, y en virtud de lo planteado, la medida resultaría ser un mecanismo poco eficaz para la protección total de la identidad de género.

- II. CUALQUIER REVISIÓN CORPORAL DE QUE SEAN OBJETO LAS RECURRENTESE REALIZARÁ CON ESTRICTO APEGO A LO ESTABLECIDO EN LA RESOLUCIÓN N° 9679, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2014, DEBIENDO EL PERSONAL DE GENDARMERÍA A CARGO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD LIMITARSE A UNA INSPECCIÓN TÁCTIL SUPERFICIAL Y, SI LO ESTIMAN PERTINENTE, ANTE SOSPECHAS FUNDADAS, DEBERÁ LA INTERNA SER TRASLADADA A LA ENFERMERÍA PARA QUE SE LE REALICE LA REVISIÓN CORPORAL MÁS INTENSA⁵¹

Los procedimientos de revisión corporal y requisas personales se enmarcan dentro del deber de Gendarmería de Chile de garantizar el buen orden y la seguridad dentro de los recintos penitenciarios. Sin embargo, en ningún caso tales procedimientos pueden vulnerar derechos fundamentales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en esto:

*“[...]estos procedimientos deben practicarse de acuerdo con protocolos y procedimientos claramente establecidos en la ley y de forma tal que se respeten los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. De lo contrario puede convertirse en un mecanismo utilizado para castigar y agredir arbitrariamente a los reclusos.”*⁵²

⁵¹ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 3967-2017, parte resolutive, declaración letra b).

⁵² CIDH. (2011) *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, Capítulo IV: Derecho a la integridad personal, p. 160.

Asimismo, los Principios y Buenas Prácticas establecen ciertos parámetros que se deben considerar para realizar las inspecciones y revisiones en el régimen carcelario:

Principio XXI: Los registros corporales, la inspección de instalaciones y las medidas de organización de los lugares de privación de libertad, cuando sean procedentes de conformidad con la ley, deberán obedecer a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. [...] Las inspecciones o registros practicados al interior de las unidades e instalaciones de los lugares de privación de libertad, deberán realizarse por autoridad competente, conforme a un debido procedimiento y con respeto a los derechos de las personas privadas de libertad.

Ahora, las revisiones corporales suelen ser recurrentes en el actuar de funcionarios de Gendarmería por el quehacer de la propia función penitenciaria. En este sentido, el estricto apego a la normativa interna que se exige en esta medida, apunta a la especial atención y consideración que se debe tener con grupos que son considerados en situación de vulnerabilidad dentro del régimen carcelario. En ese sentido, las revisiones corporales pueden generar mayor afectación en las personas trans privadas de libertad. A este respecto, la Asociación para la Prevención de la Tortura, afirma lo dicho:

*“Las requisas a personas trans son un tema particularmente sensible para las personas LGBTI especialmente, [...] si la persona es travesti, o ha sido/está siendo sometida a tratamiento por reasignación de género. Las requisas pueden magnificar el riesgo de humillación, abuso y discriminación ya que ‘pueden implicar la desnudez y el contacto físico’”*⁵³

Que se exija que estas revisiones corporales sean realizadas por personal femenino, es consecuente con los estándares internacionales

⁵³ Asociación para la Prevención de la Tortura, (2013). *Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*, p. 9.

en la materia, los que recomiendan que el personal a cargo del procedimiento sea del mismo género que la persona trans.⁵⁴

III. EL CENTRO PENAL PENITENCIARIO DE ANTOFAGASTA DEBERÁ, ADEMÁS, CAPACITAR A SUS FUNCIONARIOS EN MATERIAS RELACIONADAS CON IDENTIDAD DE GÉNERO, ORIENTACIÓN SEXUAL Y EXPRESIÓN DE GÉNERO⁵⁵

La Asociación para la Prevención de la Tortura ha dicho que, además de tener una política específica para el tratamiento del grupo de la Diversidad Sexual privada de libertad, se debe “sensibilizar a todo el personal y ofrecer garantías adicionales”.⁵⁶ Asimismo, la APT puntualiza en lo relevante de:

*“Analizar el programa de capacitación existente, incluida la educación continua, para entender si tales programas incluyen la sensibilización del personal de la prisión sobre la cuestión de no discriminación, y particularmente con respecto a los detenidos y las detenidas LGBTI y sus necesidades específicas”.*⁵⁷

En el mismo sentido, Los Principios de Yogyakarta como *Soft Law* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recomienda a los Estados a:

“Tomar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra naturaleza para prevenir y proporcionar protección ante la tortura y el trato o castigo cruel, inhumano o degradante, perpetrado por razones relacionadas con la orientación sexual o la identidad de género de la víctima, así como la incitación de tales actos. [...] Llevar a cabo programas de capacitación y generación de consciencia

⁵⁴ Ver, por ejemplo, ‘Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas’, Principio XXI; o las ‘Reglas de la ONU para el tratamiento de las reclusas y las medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes’ (las ‘Reglas de Bangkok’), Regla 19.

⁵⁵ *Ibíd.* cit. (n. 43) medida b).

⁵⁶ *Ibíd.* cit. (n. 53).

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 11.

*para oficiales de policía, personal de prisiones y todos los demás oficiales del sector público y privado que se encuentren en posición de perpetrar o prevenir tales actos”.*⁵⁸

La medida decretada por la Corte se ajusta a los estándares internacionales mínimos en la materia y resulta ser eficiente a efectos de concientizar a quienes conforman el sistema carcelario, evitando así, un aumento en la vulneración de derechos de las personas trans.

220

IV. GENDARMERÍA DE CHILE DEBERÁ REALIZAR LAS ACCIONES NECESARIAS PARA PROPORCIONAR LA ATENCIÓN DE SALUD QUE REQUIERE LA RECURRENTE, REALIZANDO LAS GESTIONES PERTINENTES PARA ELLO⁵⁹

Esta medida surge por entender que el Estado se encuentra en una posición de garante respecto del privado de libertad. En ese sentido, lo que ocurre dentro de la prisión es de responsabilidad del Estado —a través de la Administración Penitenciaria— no debiendo dejando espacios para la realización de hechos u omisiones que pudieran causar daño a la persona que está a su cargo. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conociendo de la situación carcelaria de Brasil, resolvió:

“En estos casos, el Estado tiene [...] una función de garante con respecto a quienes han quedado bajo su cuidado. Es preciso considerar que estas personas se hallan sujetas en forma completa a la autoridad inmediata del Estado y a la conducta activa u omisiva de sus agentes, no tienen capacidad real de proveer su propia seguridad y defensa, y por ello suelen confrontar contingencias abrumadoras. La preservación de sus derechos compete integralmente al Estado garante. La peculiar posición de desvalimiento en que se hallan internos impone deberes

⁵⁸ Principio 10 A y C, de Yogyakarta, *El derecho de toda persona a no ser sometida a tortura y trato o castigo cruel, inhumano o degradante*.

⁵⁹ *Ibíd.* cit (n. 41).

*especiales de cuya puntual observancia dependen no solo el bienestar de aquéllos, sino también y, sobre todo, como hemos visto, su vida misma”.*⁶⁰

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de entender que la persona privada de libertad es un sujeto de derechos como cualquier otra persona que se encuentra fuera del espacio carcelario. Los principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, afirma aquel planteamiento, declarando que “todos los reclusos serán tratados con el respeto que merece su dignidad y valor inherentes de seres humanos”.⁶¹ En ese sentido, existe consenso en el ámbito internacional, de que el privado de libertad solo ve limitado su derecho de trasladarse de un lugar a otro, como consecuencia necesaria de la pena privativa de libertad, sin embargo, mantiene vigente el goce y ejercicio de sus demás derechos:

*“Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales, consagradas en la Declaración Universal de los Derechos, en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas”.*⁶²

La normativa nacional recoge lo anterior y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, dispone que “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 condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”.⁶³ Esta declaración, de que la relación que rige entre ambos es de derecho público, implica reconocer la posición de garante a la que se alude. Por lo anterior, es del todo coherente, la exigencia que se le realiza al Estado —a través de

⁶⁰ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 7 de julio de 2004, *Medidas Provisionales respecto de la República Federativa del Brasil*. Caso de la Cárcel de Urso Bravo.

⁶¹ Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Principio 1°.

⁶² Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, Principio 5°.

⁶³ Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518, artículo 2°.

Gendarmería de Chile y sus funcionarios– de garantizar el derecho a la salud de cualquier persona privada de libertad, como así también sus demás derechos.

5. Conclusiones

5.1. GENERALES

5.1.1. OBSERVANCIA A ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE PENA

Los estándares internacionales que se desprenden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha hecho cargo de la situación que viven las personas que se encuentran privadas de libertad, en el sentido de entender que esta sanción penal del régimen penitenciario para su cumplimiento, en ningún caso, es una justificación que permita limitar o vulnerar derechos humanos. Así, su respeto y ejercicio debe ser garantizado en el espacio carcelario. Lo anterior, puede desprenderse y fundamentarse, en lo establecido en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos:

*“Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*⁶⁴

Así, existen diversos instrumentos internacionales que se preocupan del encarcelamiento en relación a las personas que lo sufren. De esta manera, encontramos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles

⁶⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1°.

y Políticos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Si bien, algunos de los instrumentos señalados son considerados *Soft Law*, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile, por lo que debe aplicarse lo establecido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República, en el siguiente sentido:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*⁶⁵

Por lo tanto, las normas de la CADH Y PIDCP tienen jerarquía constitucional y por gozar de ese carácter, imponen el deber de respeto y promoción de lo allí señalado, además de la observancia por parte de nuestros tribunales en la resolución de cuestiones que se susciten en el ámbito penitenciario.

5.1.2. LA EJECUCIÓN DE PENA REGULADA POR NORMATIVA REGLAMENTARIA

En Chile, la etapa de ejecución de pena está, mayormente, regulada por reglamento y no por lo ley, por lo que gran parte de lo que dice relación con el cumplimiento de la pena privativa de libertad, queda entregada a la Administración Penitenciaria. Si consideramos lo

⁶⁵ Constitución Política de la República, artículo 5°, inciso segundo.

establecido en nuestro CPR, con relación a que las privaciones a los derechos fundamentales deben hacerse por ley, esta situación infringiría, por lo tanto, el principio de legalidad.

Asimismo, la dispersión normativa que sufre la etapa de ejecución de pena implica contar con una regulación antojadiza, que es propicia para la vulneración y limitación de derechos que afecten más allá de lo permitido por el constituyente. Ejemplo de lo anterior, es lo que sucede con la potestad sancionadora de la Administración Penitenciaria.

5.1.3. CARENANCIA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: NO EXISTE TRIBUNAL DE EJECUCIÓN DE PENA

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10, señala que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.⁶⁶ En nuestro país, no contamos con un tribunal de ejecución de pena que conozca los conflictos que se den en esa etapa, por lo que, estas materias están a cargo de diversos órganos administrativos y judiciales.

Lo anterior, conlleva a una conclusión similar a la expresada precedentemente, en cuanto a que la carencia de tutela judicial efectiva y especializada, genera arbitrariedad en las resoluciones y mayor desprotección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Demostración de esto, es que en el análisis de jurisprudencia que se realiza en este artículo, consta que una de las recurrentes, alegó el desconocimiento de su identidad de género, cuando su transexualidad ya había sido reconocida anteriormente por un tribunal y a través de

⁶⁶ En el mismo sentido, se pronuncian los artículos 14.1 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También, el principio cuarto del “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”.

la misma vía judicial. Por lo tanto, la falta de un tribunal de ejecución de pena genera un escenario marcado por el incumplimiento de resoluciones judiciales, primando la jerarquía y poder de la Administración Penitenciaria en su relación con el privado de libertad.

5.2. ESPECÍFICAS

5.2.1. DESCONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE LA PERSONA TRANS PRIVADA DE LIBERTAD

La mayor vulneración de derechos que se alega por parte de las personas trans privadas de libertad, corresponde al desconocimiento a su identidad de género por recibir un trato acorde a su identidad legal y sexo registral. Esto, implica un “mal trato, humillación, vejámenes y discriminación [...] un acto vulneratorio de sus derechos fundamentales”.⁶⁷

Al respecto, resulta imperativo comprender que la identidad de género es parte de nuestro derecho al desarrollo de la personalidad, inherente a la dignidad humana. En ese sentido, se entiende por personalidad el “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”.⁶⁸

5.2.2. CARENCIA DE POLÍTICA ESPECÍFICA PARA PERSONAS TRANS PRIVADAS DE LIBERTAD

En general, el mundo carcelario es una realidad de la cual no nos hemos hecho cargo. En este escenario de indiferencia y dispersión normativa, proteger de la forma debida a los grupos considerados en situación de vulnerabilidad y que se encuentran privados de libertad, como lo es la comunidad LGBT es una tarea difícil. Así, actualmente,

⁶⁷ Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 31-2017, Considerando Quinto.

⁶⁸ FERNÁNDEZ, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal* (Buenos Aires, 1982), p. 113.

no existen protocolos ni políticas especializadas dentro del régimen penitenciario que digan relación con el tratamiento de las personas trans.

5.2.3. FALTA DE PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA SEGMENTACIÓN DE PERSONAS TRANS

En el mismo sentido que la conclusión precedente, se concluye que no existe una decisión –por parte de la Administración Penitenciaria– respecto a la segmentación y clasificación de las personas trans privadas de libertad. Así, en la práctica, el aislamiento es una opción que se considera para separar a la población trans de la población común. Sin embargo, el aislamiento no resuelve el problema, sino que, en las condiciones en que se da en Chile, suele agravar la vulneración de derechos humanos. Resulta pertinente preguntarse, entonces, ¿Debe haber un segmento en el establecimiento penal que sea de Diversidad Sexual y que incluya a las personas trans? ¿Deben las personas trans tener una segmentación especial y separada de toda la otra población penal?

Este problema de segmentación y clasificación podría comenzar a encontrar una solución con la incorporación de género en los protocolos de ingreso al régimen penitenciario. Lo anterior implicaría un reconocimiento expreso de la identidad de género de cada cual.

5.2.4. CAMBIO DE NOMBRE EN EL SISTEMA CARCELARIO PARA LAS PERSONAS TRANS

La Corte Suprema resolvió que no tiene competencia para reconocer la identidad de género de una persona trans privada de libertad a través del cambio de nombre de la inscripción de nacimiento.⁶⁹ Este

⁶⁹ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, 3ª Sala de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 6837-2017, Considerando Cuarto: “*Que, restringida así la controversia, se debe señalar que en cuanto a lo ordenado en la letra a) del fallo recurrido es necesario precisar que este procedimiento no constituye la vía idónea para disponer el cambio del nombre propio contenido en la inscripción de nacimiento de las*

argumento resultó ser fundamento para entender que el trato, dentro del régimen carcelario, atenderá a su identidad de género solo en las actividades cotidianas y no oficiales. En todas las demás ocasiones, el trato debe ser acorde a lo señalado en la inscripción de nacimiento de la persona que alega su transexualidad. Lo anterior nos permite concluir que existe un problema respecto al mecanismo que tiene la persona trans privada de libertad para solicitar el cambio de nombre e identidad legal registrada. Tener esto resuelto implicaría eliminar la conducta vulneratoria de derechos por desconocimiento a la identidad de género, pues habría una identidad legal coincidente con la identidad de género.

227

6. Bibliografía

- ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA; REFORMA PENAL INTERNACIONAL. (2013). *Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo* (trad. Proyecto de Cooperación en Seguridad con Panamá, SECOPA, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe en Panamá (UNODC ROPAN).
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU (2011). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.
- CIDH (2015). *Violencia contra personas LGTBI*.
- COYLE, A. (2002). *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios.
- CIDH, OEA (2015). *Violencia contra personas LGBTI*.
- CIDH (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*.
- ESPIÑOZA, O. et al., (2014). *Estudio jurídico. Chile. Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*. Madrid: Programa EUROsocial,
- FERNÁNDEZ, C. (1982). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires.

recurrentes y siendo éste el antecedente oficial que se debe tener en consideración por Gendarmería efectos de registro interno, estadística, información proporcionada a otras instancias externas al servicio, motivo por el cual necesariamente en instancias oficiales las recurrentes deberán ser identificadas con su identidad legal vigente, en tanto en el régimen interno cotidiano se les deberá tratar conforme al nombre que usen conforme su identidad de género.”

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile*.

GENCHI. Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (sin fecha). *Manual de Derechos Humanos de la Función Penitenciaria*.

ONU (2010). Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*.

ONU (2013). Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial para la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

OTD (2018). *Informe para el Comité para la Eliminación contra la Discriminación contra la Mujer en su sesión 69*. Chile.

MOVILH (2018). XVI. *Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual y de Género*.

