

Antofagasta, a seis de febrero de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Que presentan recurso de protección [REDACTED]
[REDACTED], cédula de identidad N° [REDACTED]
[REDACTED], cédula de identidad
N° [REDACTED] y [REDACTED], cédula de
identidad N° [REDACTED], reclusos en el Módulo N° 88
del Centro Penal Penitenciario de Antofagasta, en contra
de **GENDARMERÍA DE CHILE**, la empresa concesionaria **SODEXO**,
y en contra del **CAPITÁN FUENZALIDA**, por los hechos que
estiman vulneratorios de sus garantías fundamentales que
señalan.

Informaron ambas recurridas, solicitando el
rechazo del recurso, por las razones que exponen.

Puesta la causa en estado, se trajeron los
autos para dictar sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que 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 expone 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. Indican que tales hechos además de ser
vulneratorios de sus derechos fundamentales, resultan
contrarios a lo dispuesto en la Ley N° 20.968, que
tipifica los delitos de tortura y malos tratos, además de
la Ley 20.609, Ley Zamudio. A este respecto, refieren
también que mediante fallo dictado por la Iltma. Corte de
Apelaciones de Iquique, que en Rol 859-2016 acogió el
recurso de protección presentado por recurrente en estos
autos por López Barrera, ordenó el tratamiento por



personal de gendarmería femenino y el trato por el nombre social que utiliza, lo que no ha sido cumplido por personal de Gendarmería en este penal.

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 carece 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 homosexual del penal.

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

Solicitan se ordene informar a los recurridos y se practique una investigación de los graves hechos denunciados, además de ordenar, como medida de seguridad, su traslado al Complejo Penitenciario de la ciudad de Arica. Citan en su recurso el artículo 19 N° 1, 2, 3, 4, 7 y 9 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que en el informe evacuado por la recurrida Sociedad Concesionaria Grupo Dos S.A. (SODEXO), señala que los pacientes portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) internos en el Centro Penitenciario de Antofagasta, se encuentran sujetos a un programa de atención de salud, que se lleva en conjunto con el policlínico de la Unidad de Atención y Control de Salud Sexual (UNACESS), ajustándose a la línea de control indicada por dicha Unidad.

Refiere que la denuncia relativa a los medicamentos entregados para tratar el virus, los fármacos que se suministran, de acuerdo a su indicación



técnica, no requieren de ningún tipo de refrigeración para conservar sus características terapéuticas y, por otra parte, la Unidad de Salud cuenta con Refrigerador para aquellos medicamentos que sí requieren su conservación en frío, contando con la correspondiente Resolución y Autorización de funcionamiento de la Seremi de Salud de Antofagasta.

Da cuenta luego del protocolo de manejo para portadores VIH SIDA y el Protocolo de pacientes Crónicos, los cuales se ajustan a lo establecido por la normativa sanitaria.

Respecto al motivo por el cual no se pueden prescribir ni administrar el tratamiento hormonal solicitado por los internos, indica que los tratamientos hormonales femeninos y similares requieren de prescripción, manejo y control por especialista Ginecólogo dados los efectos adversos, interacciones con otros medicamentos prescritos y demás que éstos conllevan; y por tratarse de Unidad Penitenciaria de varones no se cuenta con dicha Especialidad en la Unidad de Salud, lo que implica que no existe forma de hacer control y seguimiento a los resultados negativos para la integridad de la salud de quien los reciba, pudiendo caer en resultados no deseados y/o Iatrogénicos.

Agrega que ese tipo de medicamentos son contraindicados para varones, a no ser que sean administrados y controlados por el Especialista ya mencionado, o su Médico Especialista tratante con fines específicos. Asimismo, indica no haberse recibido de los internos recurrentes ningún soporte Médico que avale dicho tratamiento.

En cuanto a la supuesta prohibición en la ingesta de medicamentos por parte de los internos, indica que ello no es efectiva, y que no existe ninguna restricción en la toma de medicamentos de ninguna clase si son prescritos por un Profesional de la Salud, salvo



que puedan llegar a generar efectos adversos, es decir, sean contraproducente para sus patologías de base y/o tratamientos que esté recibiendo en la Unidad de Salud.

En relación a la mantención de la agrupación de especiales y sus celdas, informa que las frecuencias para efectuar el plan de pintura en los Establecimientos Penitenciarios de Grupo Dos, se encuentra definida en las Bases de Licitación del Contrato de Concesión. Asimismo, en virtud de lo dispuesto en las Bases de Licitación, si en el recinto penitenciario existiera alguna situación anormal en una de sus dependencias, se debe generar una solicitud de atención diaria (SADI), la que es remitida por la Inspección Técnica de Explotación, o si es detectada por la Sociedad Concesionaria, se realiza una orden de trabajo correctiva oportunamente. Para estos efectos, se dispone de una cuadrilla de mantención con trabajadores internos que está permanentemente inspeccionando para detectar situaciones de esta especie.

Hace presente además que los recurrentes ingresaron al penal el día 27 de diciembre de 2016, por lo que malamente podría estar ya incorporado al subprograma de educación, apenas transcurridos tres días después de su ingreso al recinto.

Finalmente, da cuenta de las acciones realizadas respecto de dos de los tres recurrentes, refiriendo finalmente que el recurso es infundado por lo que solicita su rechazo.

TERCERO: Que en el informe evacuado por el Director Regional de Gendarmería, se expone que se practicó una investigación interna tras la denuncia de apremios ilegítimos contra los recurrentes al momento de ingresar al penal, investigación que estuvo a cargo del Capitán Sr. Mario Torres Carrasco quien concluyó y sugirió el archivo de la investigación por no existir antecedentes suficientes para el esclarecimiento de los hechos denunciados. Sin perjuicio de ello, por Resolución



Exenta N° 170 de fecha 23 de enero del presente año se ordenó la instrucción de un sumario administrativo con la finalidad de esclarecer y hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios de Gendarmería que participaron en los procedimientos de seguridad cuestionados. En el mismo sentido, indica que se dispuso la capacitación del personal de Gendarmería de Chile en materia sobre identidad de género y el nuevo delito de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes tipificados en la ley N° 20.968.

Respecto del fallo dictado en recurso de protección por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, que ordenó a personal de Gendarmería de la Unidad Penal de Alto Hospicio, tratar por su nombre social al interno, también recurrente en estos autos, Rodrigo López Barrera (María del Pilar), y que toda medida fuere adoptada por personal femenino, señala que la misma fue apelada ante la Exma. Corte Suprema encontrándose pendiente de resolver el recurso, y es por ello que personal de Gendarmería de Antofagasta no tenía conocimiento de ello. Indica además que la unidad penal es una cárcel de hombres que no cuenta con personal femenino para adoptar ese tipo de medidas.

Señala que en cuanto a lo denunciado en materia de la sobrepoblación con la que conviven en el módulo, y el mal estado de las dependencias, efectivamente el módulo en que se encuentran, apto para mantener a los internos de condiciones sexuales diferentes, tiene una capacidad de 10 internos y a la fecha existe un total de 18 internos recluidos. Señala no existir otro módulo para mantener a los internos, por lo que es imposible poder reubicarlos en otros módulos con el resto de la población penal, ya que se afectaría la seguridad e integridad de estos mismos y de la demás población penal.

Manifiesta que la mantención y cuidado de las dependencias del módulo N° 88 y de acuerdo a lo



establecido en el contrato de concesiones, la unidad penal cuenta con una cuadrilla de internos trabajadores contratados por la empresa SODEXO, los cuales realizan las mantenciones y aseos correspondientes a la unidad penal.

Asimismo, indica no ser efectivo el hecho de que los internos no se les permita recibir encomiendas, y en cuanto a la entrega de medicamentos para el control del VIH y tratamiento hormonal, señala que están recibiendo el tratamiento indicado para el control del VIH, tratamiento que en particular la paciente [REDACTED] recibe desde el Complejo Penitenciario de Alto Hospicio el cual a la fecha se encuentra ininterrumpido.

Hace presente que en cuanto al tratamiento hormonal el C.C.P. de Antofagasta es un complejo Concesionado, en el cual es la sociedad concesionaria quien se encarga de la alimentación y atención de salud de la población penal. Por esta razón y solicitado los antecedentes a la concesionaria, se les indicó que los tratamientos hormonales y similares requieren prescripción, manejo y control de un especialista ginecólogo dado los efectos adversos y las interacciones con otros medicamentos prescritos. La unidad penal en que se encuentran los recurrentes es de varones y dentro del contrato de concesión vigente no se cuenta con médicos o personal de la especialidad de ginecología y obstetricia por lo que no existe la posibilidad de hacer controles y seguimientos a los resultados negativos que puedan causar en la salud de quien lo reciba.

Solicita el rechazo del recurso por haber actuado conforme a derecho.

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.

QUINTO: Que los hechos que se denuncian respecto del recurrido Gendarmería de Chile, dicen relación, en síntesis, con el mal trato, humillación, vejámenes y discriminación sufridos por las tres recurrentes al momento de ingresar al penal con fecha 28 de diciembre del año 2016, lo que a juicio de éstas constituiría un acto vulneratorio a sus derechos fundamentales, toda vez que las revisiones en que estos malos tratos se produjeron fueron realizados por personal de Gendarmería de sexo masculino, sin considerar su identidad de género, derecho que fue reconocido por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique respecto de una de las internas recurrentes [REDACTED], en causa Rol Protección N° 859-2016.

A este respecto, Gendarmería de Chile se limita a señalar que al ingreso de esta reclusa al penal desconocían la existencia del fallo señalado, el que además se encuentra pendiente de apelación ante la Excma. Corte Suprema, sin perjuicio de señalar que carecen de personal femenino en el penal que pueda adoptar los procedimientos respecto de las recurrentes.

SEXTO: Que a lo informado, cabe señalar en primer término que lo dictaminado por la Corte de Apelaciones de Iquique y las medidas ordenadas para reestablecer el imperio del derecho tienen efecto inmediato sin que un recurso presentado en contra del mismo tenga el efecto de suspender la aplicación de tales medidas.

Por otra parte, y 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.

SÉPTIMO: Que al respecto, resulta útil reproducir lo razonado y resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique en los autos Rol 859-2016, que precisamente acogió el recurso de protección presentado por una de las recurrentes en estos autos, en tanto se encontraba recluida en el Centro Penitenciario de Alto Hospicio. En esta sentencia, se señala lo que sigue:

"TERCERO: Tal como lo ha señalado nuestra Excm. Corte Suprema en el reciente fallo Rol N° 92.795-16- amparo- de doña Lorenza Cayuhan, el marco normativo que rige a Gendarmería de Chile se encuentra el artículo Primero de su Ley Orgánica que dispone que "Gendarmería de Chile... tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley". El artículo 15 del mismo texto prescribe que "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". Por su parte, el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios, en su artículo primero señala que "La actividad penitenciaria... tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a



prisión preventiva y condenados...". Agregando el artículo 2 de ese Reglamento que "Sera 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" y el artículo 6 declara que "Ningún interno será sometido a torturas, a tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas del presente Reglamento... La Administración Penitenciaria velara por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal". Lo que es reforzado por el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", disposición que también contiene el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que, tal como lo señala nuestra Corte Suprema en el fallo ya referido, al estar contenidas en un Tratado Internacional suscrito por el Estado de Chile y que se encuentra plenamente vigente, tienen primacía incluso por sobre las normas del derecho interno, según lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental, que señala en su inciso segundo que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos garantizados en la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Nuestra Excelentísima Corte recordó en el fallo ya indicado, que artículo 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios dispone que "El régimen



de los detenidos, sujetos a prisión preventiva y penados se sujetara a lo establecido en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, la ley procesal pertinente, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile y otras leyes y reglamentos relacionados con materias penitenciarias, y las normas del presente reglamento”.

CUARTO: 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 incursos 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".

OCTAVO: Que siendo idénticos los presupuestos de hecho que motivaron la dictación del fallo citado, y no habiéndose controvertido el hecho sustancial correspondiente a que los procedimientos de revisión de la internas son practicados por personal masculino, lo que 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, es que deberá acogerse el recurso a este respecto y adoptarse las medidas que correspondan para subsanar la afectación de las garantías, sin perjuicio de las medidas que se adopten por Gendarmería para el caso de verificarse en el sumario administrativo en curso, la existencia de golpes, vejaciones y malos tratos en el procedimiento de revisión.

NOVENO: Que se denuncia también en el recurso irregularidades por parte de SODEXO en el proceso de refrigeración de medicamentos, hacinamiento por sobrepoblación en el módulo que habitan las recurrentes, la inexistencia de talleres deportivos y recreativos para internos transgénero y la apropiación indebida de especies pertenecientes a la recurrente López Barrera.

Respecto de estos hechos, será rechazado el recurso al no existir antecedentes que den cuenta de la efectividad de los mismos, los que en cualquier caso corresponden a condiciones del recinto penitenciario que no importan necesariamente una afectación de derechos fundamentales, y que, de ser efectivos, deben ser resueltos a través de las vías correspondientes.

Por estas consideraciones, y visto lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y Auto acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, se declara que:

I. SE ACOGE, el recurso de protección deducido por doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] en contra de **Gendarmería de Chile**, y como medidas para reestablecer el imperio del derecho, se decreta:

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.

II. SE RECHAZA el mismo arbitrio en cuanto fue deducido en contra de la empresa concesionaria SODEXO.

Regístrese y comuníquese.

Rol 31-2017 (PROT)



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por los Ministros (as) Virginia Elena Soublotte M., Cristina De Lourdes Araya P. y Fiscal Judicial Rodrigo Alejandro Padilla B. Antofagasta, seis de febrero de dos mil diecisiete.

En Antofagasta, a seis de febrero de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



01124215593858