

IQUIQUE, nueve de diciembre de dos mil dieciséis.

VISTO:

Doña [REDACTED] mujer transgénero cuyo nombre de nacimiento es [REDACTED] C.I [REDACTED], interna condenada, privada de libertad en el complejo penitenciario de Alto Hospicio desde el 24 de junio pasado, época en que fue trasladada a dicho recinto penitenciario desde Santiago, acciona de protección constitucional por haber sido víctima de actos de discriminación y malos tratos por parte de funcionarios de Gendarmería de Chile el pasado 17 de noviembre, al haber sido, en el contexto de un procedimiento de seguridad, obligada a desnudarse frente al resto de la población y revisada por personal masculino de Gendarmería, siendo objeto de burlas al estar en un proceso de cambio hormonal para adecuar su yo externo al interno; además, en el allanamiento a su dormitorio destruyeron su ropa interior. Señala como funcionarios involucrados en la conducta al subteniente Avaro Palominos Lagos y al Cabo Primero Ángel Espinoza Soto. Refiere que a fin de evitar situaciones como la indicada, el 22 de julio pasado envió una carta al Alcaide del Complejo Penitenciario de Alto Hospicio dando a conocer su calidad de mujer transgenero, la que fue recepcionada mediante el oficio 148/2016, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta. Respecto a las garantías constitucionales vulneradas, alega los numerales 1,2 y 3 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, toda vez que el artículo 1 de la Ley Orgánico Constitucional de Gendarmería de Chile, que transcribe, prescribe que la finalidad de dicho organismo es atender, vigilar y contribuir con la reinserción social de las personas privadas de libertad, en su artículo 15, establece la obligación de su personal de tratar dignamente a las personas, obligación reforzada en los artículos 2 y 6 del Reglamento que los rige; además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10.1 obliga a que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; las observaciones generales de la ONU, al referirse a los Alcances de las Obligaciones del Estado, indicó que la no discriminación es una obligación inmediata de alcance general en el pacto, prohibiéndose como motivo de discriminación la orientación sexual e identidad de género, y, dicha identidad de género como motivo absoluto de discriminación, está



contemplado a nivel interno tanto en la Ley Zamudio como en la Ley 20.968 que tipificó los delitos de tortura y malos tratos.

Finaliza solicitando a la Corte declarar que se vulneraron las garantías indicadas en el texto del recurso, se adopten las medidas para restablecer el imperio del Derecho asegurando el respecto por los derechos y garantías constitucionales vulnerados, ordenando poner fin a esta clase de actos, se ordene a Gendarmería adoptar las medidas conducentes a fin de evitar que su personal vulnere los derechos y garantías de la recurrente y, que Gendarmería instruya las investigaciones y/o sumarios respectivos a fin de determinar eventuales responsabilidades en los hechos referidos.

Acompaña a su acción carta de la recurrente a la Defensoría Penitenciaria exponiendo que fue, en agosto y octubre, víctima de revisiones en sus genitales y ano por parte de persona masculino de Gendarmería; copia del escrito de la Defensoría Penal Penitenciaria del 22 de julio de 2016, al Alcaide Penitenciario, informando la identidad de género de doña [REDACTED] y carta firmada por dos internos que dan fe de los hechos reclamados por doña [REDACTED]

La recurrida, al informar, señaló que el recurrente, [REDACTED] inició condena el 12 de marzo de 2004, registrando hasta la fecha 21 faltas al régimen interno por diversas situaciones que lo involucran y desde su ingreso a Alto Hospicio ha generado diversos conflictos en forma artificial; respecto a los hechos que involucran a los funcionarios Palominos Lagos y Espinoza Soto, que se realizó una investigación administrativa que concluyó que nos les afectaba responsabilidad alguna debido a que no se logró acreditar la veracidad de los hechos investigados debido a que el recurrente no declaró, pero sí lo hizo un compañero de módulo quien refirió que nunca ha visto maltrato de los funcionarios hacia [REDACTED], por lo que solicita rechazar la acción de protección.

Acompañó al informe, Minuta Informativa N°1743/16 de 5 de diciembre pasado del Jefe de Tecnovigilancia al sr. Alcaide del Complejo Penitenciario, remitiendo grabación de “interno homosexual”, oficio en el que se indica que se observa al “interno [REDACTED]” con vestimenta femenina desplazándose desde la agrupación de módulos donde habita hacia el hospital penal; Oficio N°14.30.00 0314/2011 de Subdirector Operativo, informando de la última reforma al Reglamento de Recintos Penitenciarios el 16 de



septiembre de 2011, en cuanto al registro corporal de los internos, indicando que de acuerdo al artículo 27 bis, es un procedimiento interno que se lleva a cabo como medida de seguridad con la finalidad de detectar la tenencia de elementos prohibidos por la autoridad y consiste en una revisión visual y táctil exhaustiva de vestimentas y especies que porten los internos, debiendo ser realizada siempre por funcionarios del mismo sexo, quedando prohibida el desprendimiento integral de la vestimenta de los internos, la ejecución de registros inclusivos, la realización de ejercicios físicos y en general, todo aquello que menoscabe la dignidad de las personas y que si se sospecha que algún interno oculta en su cuerpo algún elemento prohibido, debe ser llevado a la unidad médica para el procedimiento respectivo; acta de 2 de diciembre pasado en que consta que [REDACTED] se negó a declarar; Impresión de Control de Conducta de [REDACTED] de 5 de diciembre pasado en que se constan las faltas a que se hace referencia en el informe; Investigación Interna instruida el 28 de noviembre y terminada 2 días después, con un total de 19 fojas en la que consta a fojas 3, declaración del interno, [REDACTED], habitante del módulo 94, relatando que desde hace dos semanas a la fecha de la declaración se había venido realizando un procedimiento en el módulo 94 que no se ajustaba a derecho ya que en una ocasión fue registrada por el teniente Palominos, quien la obligó a desnudarse y la trató como hombre con palabras de grueso calibre y la expuso a la burla de los demás internos, agregando que ha recibido maltrato psicológico por el cabo Espinoza debido a su "condición sexual", finaliza indicando que no va a tolerar que los funcionarios lo obliguen a abrirse el ano y mostrar sus pechos ya que eso es inconstitucional y Gendarmería cuenta con elementos tecnológicos para eso; a fojas 7 declaró el Subteniente Álvaro Palominos Lagos, quien indicó que jamás ha realizado registros corporales a [REDACTED] que la única vez que interactuó con "él" fue cuando participó en el traslado de internos del módulo 93 al 94, procedimiento en el que se revisaron las pertenencias y aleatoriamente a los internos, negándose a ello [REDACTED] quien, según los dichos del declarante, habría manifestado que "yo me paso por donde quiero a los pacos, porque en todas las canas me tienen miedo porque hasta a los comandantes les he pegado y además la Corte Suprema anda a las paradas mías", ordenando el declarante a sus funcionarios que lo dejaran de lado y que siguieran con el



procedimiento con los demás internos, registrándose sólo las pertenencias del “interno” ; a fojas 10 rola declaración del Cabo 1° Ángel Espinoza Soto, quien refiere no tener problemas con López Barrera ni jamás se ha burlado de su “condición sexual” y que cree que el gran problema es que hace bien su trabajo y “él” no quiere adaptarse al régimen interno de la unidad; a fojas 15, declaración del interno Byron Olivares Rodríguez, quien habita el mismo módulo que “el interno Rodrigo López Barrera”, indicando que cuando los funcionarios realizan procedimientos es “apartado del resto y “registrado” por funcionarios fuera de la vista de los demás, finaliza indicando que nunca ha visto que lo traten mal; a fojas 18, Informe del Investigador, en el que concluye que “lo que reclama el interno Rodrigo López Barrera” es totalmente falso, ya que dentro de la unidad “él se identifica con el sexo contrario al que nació, vive su expresión, es llamado por su nombre del sexo femenino, a pesar de que legalmente no se ha cambiado el nombre ni tampoco ha sido sometido a ninguna intervención quirúrgica para cambiar sus órganos masculinos por femeninos, sólo es llamado por su nombre real cuando debe concurrir al exterior del Complejo Penitenciario y es necesario verificar sus datos personales”, por lo que recomienda archivar la investigación.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: El recurso de protección ha sido instituido con el propósito de evitar posibles consecuencias dañosas o lesivas de actos u omisiones arbitrarios o ilegales que causen en los afectados privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías o derechos que se protegen con este instrumento jurisdiccional, con el fin de que se adopten las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección de los perjudicados.

SEGUNDO: Para el análisis del caso es necesario hacer unas precisiones previas debido a que del informe de Gendarmería pareciera equipararse o confundirse la identidad de género con la orientación sexual. En este sentido, el Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y



cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas. El término orientación sexual, según los Principios de Yogyakarta, es independiente del sexo biológico o de la identidad de género y se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con otras personas, siendo un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas; es en este ámbito donde se encuentran las personas heterosexuales, homosexuales y las bisexuales. La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales; entre las variantes de identidad de género se encuentra el transgenerismo, que corresponde a la disconformidad entre el sexo biológico y la identidad de género que tradicionalmente ha sido asignada a éste, así, una mujer transgénero es aquella persona que se identifica con el género femenino, pero tiene genitalidad masculina, situación que corresponde a la vivida por doña María del Pilar.

TERCERO: Tal como lo ha señalado nuestra Excma. 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 “Será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres” 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 velará 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 sujetará 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 sí 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.

QUINTO: Del informe y documentos acompañados por Gendarmería se desprende que la investigación administrativa duró dos días y se limitó a tomar declaración a los funcionarios sindicados como responsables de las inconductas denunciadas –quienes negaron los hechos- y la de un condenado que reside en el mismo módulo que doña María del Pilar, quien también desconoció la denuncia; sin embargo, se desprende de ésta que los funcionarios sí tratan a la recurrente como hombre, desconociendo con ello su identidad de género, pues consta a fojas 7 de la Investigación de Gendarmería, que el subteniente Palominos Lagos, lo trata como hombre “ya que él no está cambiado de nombre oficialmente”, además, confunde su derecho a la expresión de género con su orientación sexual toda vez que refiere “yo le doy el mismo trato que a los demás internos de su calidad homosexual”; además, el informe final de la Oficial Investigadora, al indicar que “dentro de la unidad él es llamado por su nombre del sexo femenino, a pesar de que legalmente no se ha cambiado de nombre ni tampoco ha sido sometido a ninguna intervención quirúrgica para cambiar sus órganos masculinos por femeninos”, se contradice con la declaración ya referida y nuevamente confunde género con sexo al relacionar la identidad de género con la mutilación a la que, según su criterio, debiera ser sometida una mujer transgénero para ser reconocida en la sociedad como mujer.

SEXTO: Pese a no haberse acreditado en el organismo recurrido la efectividad de los hechos denunciados por doña María del Pilar relativos a haber sido desnudada públicamente, haber sufrido la pérdida de su ropa interior femenina y haber sido obligada a mostrar sus senos y a abrir su ano frente al persona de Gendarmería (los últimos dos hechos denunciados a fojas 3 del sumario acompañado por Gendarmería y no investigados), el propio sumario incorporado por éste, permite concluir que sus funcionarios no le han dado el trato que conforme a su identidad de género requiere la recurrente, confundiendo su expresión de género con la existencia o no de genitales masculinos, así como también han confundido el respeto que debe



dársele a su identidad de género con la ausencia del procedimiento de rectificación de partida de nacimiento.

SÉPTIMO: El desconocimiento al derecho que le asiste a María del Pilar –Rodrigo Alejandro- a expresar su identidad de género atenta contra su derecho a la integridad psíquica, toda vez que ella manifiesta haberse sentido humillada, denigrada y maltratada al haber manifestado dicha intención, lo que permite presumir razonablemente que tal situación le provoca dolor. Esta misma situación es, además, vulneratoria de la garantía constitucional del derecho a la igualdad, toda vez que la diferencia de trato discrimina el goce a su derecho a la identidad y expresión de género que sí se reconoce a quienes no se consideran incursos en situación transgénero, razones todas por las que se acogerá la acción como se dirá en lo resolutive.

Y visto, además lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, artículo 1.1, 5.1, 5.2, 5.6, 11, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Auto acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, **SE ACOGE**, el recurso de protección deducido por doña María del Pilar López Barrera en contra de Gendarmería de Chile, y como medidas para reestablecer el imperio del derecho, se decreta:

I.-Que el referido servicio deberá velar porque su personal trate a doña María del Pilar López Barrera 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.

II.- Que 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.

III- El Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Hospicio deberá, además, capacitar a sus funcionarios en materias relacionadas con identidad de género, orientación sexual y expresión de género.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Rol N° 859-2016 Civil (Protección).-





01181515204213

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Iquique integrada por Ministro Presidente Pedro Nemesio Guiza G., Ministra Suplente Juana Rosa Rios M. y Fiscal Judicial Jorge Ernesto Araya L. Iquique, nueve de diciembre de dos mil dieciséis.

En Iquique, a nueve de diciembre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



01181515204213