



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN
EL INGRESO CARCELARIO: EL RESPETO QUE MERECE SU DIGNIDAD**

Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CAMILA ALEJANDRA HENRÍQUEZ MONTENEGRO

Profesor guía: **ÁLVARO CASTRO MORALES**

Santiago, Chile

2020

A la comunidad Trans privada de libertad,

Para que no se les vuelva a despojar

De su identidad y dignidad

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por apoyarme en estos cinco años de carrera, su amor incondicional fue fundamental en este camino. A mi madre y abuela por estar siempre conmigo, por sus consejos y contención que me han brindado desde que tengo conciencia.

A mi Moon que me acompañó en todo momento y me brindó sus ronroneos cuando más lo necesité.

A todos mis amigos por sus constantes muestras de cariño y ánimo en este proceso, sin ellos nada de esto habría sido posible.

TABLA DE CONTENIDO

Agradecimientos.....	4
Resumen.....	8
Introducción.....	10 – 11
1. CAPÍTULO 1. IDENTIDAD DE GÉNERO.....	12 – 14
1.1 Noción de sexo e identidad.....	12 – 13
1.2 Noción de género.....	13
1.3 Identidad de Género.....	13 – 14
2. CAPÍTULO 2. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	16 – 25
2.1 Generalidades.....	16
2.2 Principios de Yogyakarta.....	17 – 18
2.3 Observación General N°20 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales.....	19
2.4 Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.....	20
2.5 Declaraciones de Derechos Humanos, Orientación sexual e identidad de género por la Organización de Estados Americanos.....	20 – 21
2.6 Pronunciamiento de la CIDH.....	21 – 23
2.7 Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo.....	23
2.8 Conclusiones relativas al reconocimiento del derecho a la identidad de género en el ámbito internacional.....	23 – 25
3. CAPÍTULO 3. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL.....	26 – 33
3.1 Generalidades.....	26 – 27
3.2 Identidad de género en la Constitución Chilena.....	27 – 29
3.2.1 Derecho a la dignidad e identidad de género.....	29 – 31
3.3 Control de Convencionalidad.....	31 – 32
3.4 Ley de Identidad de Género.....	33

4. CAPÍTULO 4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS E INGRESO CARCELARIO DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	34 – 43
4.1 Generalidades.....	34 – 35
4.2 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.....	35 – 36
4.3 Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.....	36 – 37
4.4 Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.....	37
4.5 Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	37
4.6 Principios de Yogyakarta.....	38
4.7 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.....	39 – 40
4.8 Pronunciamiento de la CIDH sobre personas privadas de libertad.....	40 – 41
4.9 Conclusiones relativas a los estándares internacionales sobre derechos humanos e ingreso carcelario en penas privativas de libertad.....	41 – 43
5. CAPÍTULO 5. ESTÁNDARES NACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS E INGRESO CARCELARIO DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	44 – 52
5.1 Generalidades.....	44 – 45
5.2 Ingreso carcelario en la Constitución Política de la República.....	45 – 46
5.3 Ingreso carcelario y derechos fundamentales.....	46 – 48
5.4 Ingreso carcelario en la legislación nacional.....	48 – 49
5.5 Reconocimiento de la identidad de género en el ingreso carcelario.....	50 – 52
6. CAPÍTULO 6. COMPARACIÓN ENTRE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y LOS ESTÁNDARES NACIONALES SOBRE INGRESO CARCELARIO DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.....	54 – 59
Conclusiones.....	60 – 62
Bibliografía.....	64 – 73

RESUMEN

Nuestro ordenamiento jurídico, al momento de ingresar a un recinto carcelario para cumplir una pena privativa de libertad, atiende al nombre y sexo registral del interno para realizar su clasificación, y posterior separación dentro de la institución carcelaria. Debido a ello, los reclusos transgénero son designados a una institución penitenciaria que no es acorde al género con el cual se identifican, convirtiéndose en un grupo expuesto constantemente a discriminaciones, maltratos, humillaciones y vulneraciones por parte de otros internos o por funcionarios de Gendarmería.

La legislación penal nacional ha entendido tradicionalmente que el “género” es una consecuencia del “sexo”, por lo que no contempla una salida normativa para aquellas personas que no se identifican como cisgénero. Sin embargo, a pesar de dicha falencia, los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile estipulan que se debe reconocer y respetar el género con el cual se identifica el recluso, ya que el derecho a la identidad, al ser parte integrante de la dignidad de las personas, no es un derecho que pueda verse afectado por la imposición de una pena privativa de libertad.

En este trabajo de investigación se define lo que debe entenderse por identidad de género, exponiendo su consagración en el ámbito internacional a través de los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y su reconocimiento en la normativa chilena.

Asimismo, se identifican los estándares internacionales sobre ingreso carcelario en penas privativas de libertad de personas transgénero, para poder contrastarlo con los estándares nacionales sobre tales materias, y así llegar a la conclusión que Chile, a pesar de tener la obligación de reconocer el género con el cual se identifican los reclusos a raíz de los tratados internacionales ratificados y vigentes, no se ha pronunciado sobre la cuestión de fondo relativa a mujeres transgénero en recintos penitenciarios masculinos y viceversa.

INTRODUCCIÓN

El género, históricamente, se ha entendido en sus dos vertientes -femenino o masculino- como la consecuencia directa del sexo, es decir, como las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer que reflejan sus características fisiológicas, genéticas, hormonales y anatómicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer. No obstante, el género es una cuestión distinta al sexo, por lo que el concepto tradicional¹ se ha dejado atrás para caracterizar la identidad de género como “*la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo... y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales*”².

En la legislación chilena actual, mediante la Ley de Identidad de Género, se reconoce la identidad de las personas transgénero y se les da la posibilidad de iniciar un procedimiento legal para rectificar su partida de nacimiento, y así modificar su nombre y sexo registral. Sin embargo, esta ley no contempla situaciones aparejadas al ingreso carcelario de reclusos transgénero que no han iniciado o están en proceso de cambiar su nombre y sexo legal. Lo anterior implica que, al momento de ingresar a un determinado recinto penitenciario, se clasifica a las personas en base al sexo biológico-registral, es decir, se les divide bajo una concepción tradicional respecto a la cual éste es concordante con el género que se les ha designado al nacer.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una salida normativa para estas personas, quedando a disposición de un sistema penitenciario que sólo considera el sexo biológico como un criterio aplicable para ingresar a un recinto penitenciario³. Esta situación, a su vez, se acentúa por lo estipulado en el artículo 116 del Decreto N°518 que versa sobre la organización interna de los establecimientos penitenciarios, dado que exige solamente *criterios mínimos* dentro de los cuales deben ajustarse tales recintos, dejando a discreción de

¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. “*Proyecto de Recomendación General N°28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*” CEDAW/C/GC/28, 2010.

² Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007.

³ Lo que propicia un ambiente de constante discriminación y violencia hacia los reclusos transgénero, por parte de otros internos o de los mismos funcionarios de Gendarmería.

sus reglamentos internos las materias que no se regulen, como es el caso de la clasificación y separación de los reclusos.

La hipótesis que se sostiene en esta investigación se vincula al reconocimiento de la identidad de género como un criterio determinante en el ingreso de reclusos transgénero a recintos penitenciarios nacionales, en virtud de las obligaciones que emanan de los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y administración de justicia que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes.

En el capítulo 1 se expondrá un marco conceptual sobre las nociones de sexo, identidad, identidad de género, personas transgénero y derecho a la identidad, que permitan entender y diferenciar las características propias de cada uno de ellos a través de la recopilación de información -nacional e internacional- sobre tales materias.

En el capítulo 2 y 3, vinculados al reconocimiento del derecho a la identidad de género, se expondrán los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que lo consagran, y el reconocimiento que nuestra normativa nacional realiza del mismo.

En los capítulos 4 y 5, se expondrán los estándares internacionales y nacionales sobre administración de justicia y derechos humanos relacionados al ingreso carcelario, identificando qué derechos pueden verse afectados producto de una condena privativa de libertad y si el derecho a la identidad es uno de ellos.

En el capítulo 6, se realizará una comparación entre los estándares expuestos en los capítulos 4 y 5, determinando la adecuación de la normativa nacional -relativa a la ejecución de sanciones penales- con los lineamientos internacionales sobre tales materias.

CAPÍTULO 1. IDENTIDAD DE GÉNERO

1.1 Noción de sexo e identidad

El concepto sexo, históricamente se ha entendido como las características fisiológicas que permiten diferenciar biológicamente entre el hombre y la mujer, o como la construcción biológica vinculada a los rasgos genéticos, hormonales, anatómicos y fisiológicos sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer⁴.

La identidad personal comprende un aspecto estático conformado por los datos biológicos e invariables⁵, y un aspecto dinámico, determinado por distintos elementos del entorno que rodea a las personas⁶. Lo mencionado permite establecer que, la identidad personal abarca una noción comprensiva, amplia y compleja de todas las características existenciales propias de una persona, sin exclusión alguna⁷.

El sexo como elemento de la identidad personal puede tener dos aspectos: 1) estático e inmutable, y 2) dinámico y de desarrollo progresivo. El primero aspecto, es aquel que coincide con la visión biológica del sexo, particularmente entendido como sexo cromosómico que identifica a las personas, generalmente, por su morfología externa, sus caracteres anatómicos y fisiológicos con el cual cada persona nace y muere, siendo inmodificable. El sexo dinámico, por otra parte, alude al ámbito psicosocial que se relaciona con la personalidad misma del sujeto, a su actitud, sus hábitos, sus modales, su manera de vivir y sentir⁸.

⁴ Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*, 2012, p. 3.

⁵ Es el resultado de una información genética de base singular y única, permitiendo identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. El daño a la Identidad Personal. *THEMIS, Revista de Derecho*, (36): 248, 1997.

⁶ La identidad dinámica se explica a partir de la libertad, ya que en el ejercicio de despliegue de la libertad ontológica se va constituyendo la personalidad de cada ser humano, y la que permite a cada persona decidir sobre su propia vida. FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. El daño a la Identidad Personal. *THEMIS, Revista de Derecho*, (36): 248-249, 1997.

⁷ *Ibid.*, p. 249.

⁸ FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. Sexualidad y Bioética la Problemática del Transexualismo. *Revista Foro Jurídico* (5): 54, 2006.

Lo usual será que las perspectivas, estática y dinámica del sexo, coincidan en un individuo. Sin embargo, existen excepciones a esta generalidad que son dadas principalmente por la intersexualidad y la transexualidad⁹.

1.2 Noción de género

Dentro de las múltiples definiciones de género, se encuentra aquella que lo vincula como una consecuencia del sexo, es decir, si biológicamente se es hombre se tendrá el género masculino y si se es mujer, se tendrá el género femenino. Sin embargo, se debe tener presente que ambos conceptos son distintos, ya que el género se construye culturalmente y no es el resultado causal del sexo¹⁰.

Los géneros al ser una construcción social que pueden ir variando con el tiempo, admiten que la universalidad no puede ser un elemento que los defina. Las diferencias sexuales que sirven como fundamento para establecer el binarismo de género, no son meros hechos anatómicos, pues la construcción e interpretación de la diferencia anatómica obedece a un proceso histórico y social, puesto que el cuerpo no puede ser nunca «sexuado» ni aprehendido sin cultura¹¹. La investigación, reflexión y debate alrededor del género han llevado a plantear que las mujeres y los hombres no tienen esencias (femeninas o masculinas) que se deriven de la biología¹².

1.3 Identidad de género

A partir de la distinción anterior, debemos encuadrar la identidad de género dentro del aspecto dinámico de la identidad relacionado con la “*vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que*

⁹ FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. Sexualidad y Bioética la Problemática del Transexualismo. *Revista Foro Jurídico* (5): 54, 2006.

¹⁰ BUTLER, Judith. *El género en disputa*. New York, Paidós Studio, 1999. 54 p.

¹¹ MAS, Grau Jordi. *Identidades Gestionadas. Un estudio sobre la patologización y la medicalización de la transexualidad*. Tesis (Máster Oficial en Antropología y Etnografía). Barcelona, Universidad de Barcelona, Facultad de Geografía e Historia, 2010. 9 p.

¹² LAMAS Encabo, Marta. Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 7 (18): 4, 2000.

podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos 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”¹³.

El transgerismo o trans es un término paraguas –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- que es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género (femenina o masculina) que ha sido tradicionalmente asignada a éste¹⁴, vale decir, una persona que es “biológicamente hombre” se identifica como “mujer” o una persona que es “biológicamente mujer” se identifica como “hombre”. En efecto, las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto al que social y culturalmente se ha asignado a su sexo biológico¹⁵.

Actualmente existe una tendencia -social y doctrinal- de marcar la diferenciación entre los conceptos sexo y género que se ha visto reflejada en el lenguaje legislativo. Sin embargo, al haber sido históricamente utilizados ambos conceptos de forma intercambiable a nivel internacional y doméstico¹⁶, en algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría de género, debe interpretarse armónicamente la categoría “sexo” para que comprenda también la categoría “género”, con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integral¹⁷.

¹³ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *“Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”*, 2007, p. 6.

¹⁴ SERRANO, Julia. *Whipping Girl: A Transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity*. 2 nd. Ed. Emeryville, CA, Seal Press, 2007.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 *“Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”*, 2017, p. 18.

¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *“Observación General N°20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”*, 2009, p. 7.

¹⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *“Recomendación general N°28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”*, 2010, p. 2.

CAPÍTULO 2. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

2.1 Generalidades

Muchos de los tratados internacionales al momento de redactarse no contemplaban como categoría protegida el género de las personas¹⁸, dado que se entendía que el sexo¹⁹ y el género eran nociones homólogas y que representaban meramente el aspecto biológico de ellas, por lo que se hacía innecesario incluirla dentro de sus catálogos de derechos humanos. La situación de invisibilidad y desconocimiento de su realidad dejaba a las personas transgénero en un espacio de indefensión y desprotección ante los ojos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)²⁰.

Frente a este escenario, el sistema internacional comenzó a utilizar el derecho a la igualdad y no discriminación para permear la constante situación de vulneración hacia personas que no fueran cisgénero o su orientación sexual no fuera heterosexual. No obstante, a pesar de los grandes avances que significó este criterio hermenéutico, la respuesta internacional fue fragmentada e inconsistente²¹, forzando a tomar medidas que implicaran un reconocimiento pleno de la identidad de género.

A continuación, se expondrán los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos que reconocen la identidad de género y la urgencia de implementar los mecanismos necesarios para protegerla y garantizarla²².

¹⁸ En general no la incluyen los instrumentos internacionales de derechos humanos dictados con anterioridad al año 2007, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros. Lo anterior, no implica que con posterioridad se hayan dictado resoluciones que amplían el sentido y alcance de los derechos establecidos en ellos.

¹⁹ Este concepto sí se incluía como categoría protegida, ya que es un elemento que caracteriza las discriminaciones.

²⁰ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *“Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”*, 2007, pp. 6-7.

²¹ *Ibid.*, p. 6.

²² Cabe mencionar que existen más instrumentos internacionales que admiten la importancia de reconocer y erradicar la violencia contra personas transgénero, sin embargo, dado el limitado alcance de esta memoria de tesis, solo se expondrán los más relevantes.

2.2 Los principios de Yogyakarta

En el año 2007 con la finalidad de imbuir de una mayor claridad y coherencia las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, se adoptan por primera vez una serie de principios jurídicos internacionales sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las violaciones basadas en la orientación sexual e identidad de género²³. Afirmando, a su vez, la obligación primordial que cabe a los Estados de implementar los derechos humanos y de las normas legales internacionales vinculantes que éstos deben cumplir²⁴.

Cada Principio se acompaña de recomendaciones detalladas dirigidas a los Estados, enfatizando que todos los actores tienen responsabilidades en cuanto a promover y proteger los derechos humanos. También incluyen recomendaciones adicionales dirigidas al sistema de derechos humanos de la ONU, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras²⁵.

Comienza el *Principio 1* estableciendo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que su pleno disfrute es independiente de la orientación sexual o identidad de género de la persona²⁶.

El *Principio 2*, por su parte, declara el derecho de todas las personas al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, por lo que tienen derecho a ser tratados como iguales ante la ley y a que se le proteja en base al mismo lineamiento. En ese sentido, la ley deberá prohibir toda distinción,

²³ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007, p. 7.

²⁴ Apuntando a consagrar los principios de la universalidad, complementariedad, interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos en sus constituciones nacionales o en cualquier otra legislación relevante que permitan garantizar su realización práctica y su disfrute universal. Asimismo, busca que se modifique la legislación interna de los Estados, incluido el derecho penal, para poder asegurar su compatibilidad con el disfrute universal de todos los derechos humanos. También obliga a emprender programas de educación y sensibilización para promover y mejorar el disfrute universal de todos los derechos humanos por todas las personas, integrando en sus políticas y toma de decisiones un enfoque pluralista que reconozca y afirme la complementariedad e indivisibilidad de todos los aspectos de la identidad humana, incluidas la orientación sexual y la identidad de género. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007, p. 10.

²⁵ *Ibid.*, p. 7.

²⁶ *Ibid.*, p. 10.

exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales²⁷.

Con relación al reconocimiento de la personalidad jurídica, el *Principio 3* dispone que las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, ya que son esenciales para su personalidad y constituyen uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Asimismo, establece que ninguna persona podrá ser obligada a someterse a procedimientos médicos como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género, tampoco podrán ser invocados el matrimonio o la maternidad o paternidad, con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona y concluye, por último, que ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género²⁸.

El *Principio 5* estipula que toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o daño corporal que sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo o grupo²⁹.

El *Principio 29*, por su parte, dispone a modo de conclusión que no deberá haber impunidad para quienes cometan violaciones a los derechos humanos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género, por lo que se deberán hacer responsables a las personas que vulneren, incluyendo los derechos a los que se hace referencia en estos Principios, sean funcionarios públicos o privados, de manera proporcional a la gravedad de la violación³⁰.

²⁷ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007, pp. 10-11.

²⁸ *Ibid.*, p. 12.

²⁹ *Ibid.*, pp. 13-14.

³⁰ *Ibid.*, p. 34.

2.3 Observación General N°20 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales

Esta Observación aprobada el 2009, declaró que el alcance de las obligaciones del Estado en materia de no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general que emana del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) según lo estipulado en su artículo 2.2, expresando que la discriminación comprende, adicionalmente, la incitación a la discriminación y el acoso³¹. Asimismo, determina los tipos y motivos de discriminación que están prohibidos por el PIDESC, estableciendo que el “sexo” es una causa prohibida de discriminación que ha ido evolucionado considerablemente y que abarca no solo las características fisiológicas, sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género. Respecto a la orientación sexual e identidad de género, estipuló que tales categorías se recogen y, por tanto, se encuentran protegidas en virtud de la consideración final del artículo 2.2 “cualquier otra condición social”³².

En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos que ha calificado la orientación sexual, la identidad y la expresión de género como una de las categorías de discriminación prohibidas consideradas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación y respecto a la necesidad de erradicar las prácticas que discriminen a las personas debido a su orientación sexual y/o identidad de género³³.

³¹ Por discriminación se entiende como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*Observación General N°20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”, 2009, p. 3.

³² *Ibid.*, p. 11.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, 2017, pp. 38-40.

2.4 Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia

Esta Convención se caracteriza por ser un instrumento a nivel regional que amplía tanto el concepto de discriminación como las categorías protegidas, explicitando que la discriminación puede estar basada o motivada por el sexo, orientación sexual, identidad o expresión de género de la persona.

En su *Artículo 1* define bastamente lo que debe entenderse por discriminación y los motivos en los cuales puede estar basada (incluyendo la identidad y expresión de género), condenando toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, en los ámbitos públicos y privados y que tengan como objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de uno o más derechos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los estados Partes. Asimismo, destaca que no se considerarán discriminaciones las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos³⁴.

2.5 Declaraciones de Derechos Humanos, Orientación sexual e identidad de género por la Organización de Estados Americanos

Las continuas declaraciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) en materia de derechos humanos, orientación sexual e identidad de género entre los años 2008 a 2015³⁵, manifiestan la constante preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos cometidas a causa de la orientación sexual e identidad de género de las personas. Debido a lo anterior, la Asamblea General estipula la necesidad de asegurar una protección adecuada hacia las personas pertenecientes a la diversidad sexual, estableciendo que en los casos donde se perpetren tales actos, los Estados con el fin de

³⁴ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*”, 2013.

³⁵ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*”: AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10), 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 2012; AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 2013; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), 2014.

prevenir e investigar los actos de violencia y asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad, deberán sancionar a los responsables³⁶.

En el estudio elaborado por la CIDH solicitado por la Asamblea General de la OEA³⁷ se estipuló que la denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad (los cuales han estado tradicionalmente invisibilizados). Asimismo, reconoce que éstas no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas³⁸.

Posteriormente, mediante el “Informe sobre violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América”, la CIDH observó que las personas de la diversidad sexual están sujetas a diversas formas de violencia y discriminación basadas en la percepción de su orientación sexual, su identidad o expresión de género, enmarcándose como una violación a los derechos y libertades fundamentales que se reconocen los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos³⁹.

2.6 Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su opinión consultiva OC-24/17 sobre “identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, establece que, en virtud de las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre

³⁶ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 2009.

³⁷ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 2011.

³⁸ En este sentido la doctrina ha establecido que en lugar de pensar en la identidad como un hecho ya consumado, al que las nuevas prácticas culturales representan, deberíamos pensar en la identidad como una ‘producción’ que nunca está completa, sino que siempre está en proceso y se constituye dentro de la representación, y no fuera de ella. CASTELLANOS, Gabriela, GRUESO, Delfín y RODRÍGUEZ, Mariángela. *Identidad, cultura y política: perspectivas conceptuales, miradas empíricas*. México, Programa Editorial Universidad del Valle, 2010.

³⁹ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Promoción y Protección de Derechos Humanos*” AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), 2016.

el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas⁴⁰. En consecuencia, cualquier norma, acto, decisión o práctica de derecho interno, que sea realizada por las autoridades estatales o por particulares, no pueden disminuir o restringir, de algún modo, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género, quedando totalmente proscritas por la Convención Americana de Derechos Humanos⁴¹.

Si bien la Convención Americana no se refiere de manera explícita al derecho a la identidad⁴², la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha determinado que incluye, sin embargo, otros derechos que lo componen⁴³ tales como la libertad, el derecho a la dignidad, a la igualdad y no discriminación, el derecho a la protección de la vida privada, a la libertad de expresión, entre otros⁴⁴. En la misma línea, la Corte IDH ha dicho que el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, de manera general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en su entorno social, y que se encuentra íntimamente ligado a la individualización específica y a la vida privada de la persona, que se ven sustentadas por una experiencia histórica y biológica, así como con la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social⁴⁵.

Dado lo anterior, la Corte IDH cree que el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad⁴⁶.

⁴⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, 2017, p. 35.

⁴¹ *Ibid.*, p. 41.

⁴² Dentro del catálogo de derechos que en ella se expresa, no se encuentra el derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente.

⁴³ Comité Jurídico Interamericano. “*Opinión sobre el alcance del derecho a la identidad*” CJI/doc.276/07 rev.1, 2007.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, 2017, pp. 44-46.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 45-46.

⁴⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “*Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*” OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 2015.

En ese sentido, se estipula que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, por lo que su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero⁴⁷.

2.7 Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo

Este consenso se origina para promover políticas y programas que contribuyan a asegurar que las personas ejerzan sus derechos sexuales⁴⁸ sin coerción, sin discriminación, sin violencia, garantizando el derecho a la información y a los medios necesarios para su salud sexual y salud reproductiva. Asimismo, se comprometen a desarrollar políticas y programas tendientes a erradicar la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género en el ejercicio de los derechos sexuales y sus múltiples manifestaciones⁴⁹.

Este instrumento internacional subraya con especial énfasis que la discriminación y la violencia basada en la orientación sexual y la identidad de género sitúa a las personas LGBTI en una posición de vulnerabilidad, impidiendo el acceso a la igualdad y al pleno ejercicio de la ciudadanía⁵⁰.

2.8 Conclusiones relativas al reconocimiento del derecho a la identidad de género en el ámbito internacional

Con relación a los instrumentos internacionales que permiten el reconocimiento de la identidad de género, cabe mencionar que la comunidad internacional hizo presente que el escenario de vulneraciones en el que se situaban las personas transgénero era un fenómeno tanto local como mundial, por lo que se requería la adopción de contramedidas sólidas en

⁴⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. “*Vivir libre e iguales*” HR/PUB/16/3, 2016.

⁴⁸ Los derechos sexuales abarcan el derecho a una sexualidad plena en condiciones seguras, así como el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, con respeto de su orientación sexual e identidad de género. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). “*Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo*”, Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe, 2013.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 22.

los planos nacional e internacional para promover el respeto de la diversidad sexual y de género en el marco del DIDH, conteniendo como uno de ejes fundamentales el reconocimiento jurídico de la identidad de género sin métodos de coacción⁵¹. En ese sentido, se estipuló que la falta de reconocimiento de la identidad de las personas transgénero se vinculaba directamente mantener un entorno que favorece la violencia y la discriminación⁵².

La respuesta desde el DIDH y en particular de la declaración de los Principios de Yogyakarta fue esencial para enfrentar las deficiencias que existían hasta ese momento y contar, por primera vez, con una comprensión sólida del régimen legal internacional en tales materias, por lo que fue crucial recopilar y clarificar las obligaciones de los Estados bajo la legislación internacional vigente en materia de derechos humanos en cuanto a promoverlos y protegerlos para todas las personas, sobre la base de la igualdad y sin discriminación alguna⁵³.

El reconocimiento de la identidad de género se establece en base a la dignidad inherente al ser humano, por lo que el disfrute y goce de los derechos y libertades fundamentales es independiente de la orientación sexual o identidad de género de la persona⁵⁴. En efecto, la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos se rige por los principios de universalidad y no discriminación consagrados en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que todas las personas, incluidas las personas LGTBIQ+, tienen derecho a gozar de la protección y garantía de tales normas. Asimismo, en virtud de la Declaración y el Programa de Acción de Viena se establece que, a pesar de las particularidades nacionales y regionales (como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos), no obstan el deber que tienen los Estados, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales⁵⁵.

⁵¹ Por ejemplo, sin exigir determinadas operaciones o intervenciones quirúrgicas de reasignación de género, eliminar aquellos impedimentos ligados a obstáculos burocráticos, las dificultades para acceder a la atención médica, entre otros.

⁵² Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*” A/HRC/35/36, 2017.

⁵³ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007, p. 7.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁵ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*” A/HRC/19/41, 2011.

Asimismo, en lo que respecta a la evolución del DIDH con relación al reconocimiento de la identidad de género, es relevante destacar las tareas interpretativas realizadas por los distintos órganos internacionales relativas a los criterios hermenéuticos utilizados para extender el contenido del concepto “sexo” y así incluir en él, no sólo el sexo biológico, sino también el sexo social con el cual se identifica la persona⁵⁶. En ese sentido, cabe hacer presente también, la inclusión de la identidad de género como categoría protegida en virtud de la consideración final del artículo 2.2 “cualquier otra condición social”⁵⁷.

En virtud del avance del derecho y la práctica de los derechos humanos en los planos internacional y nacional, es menester mencionar que las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género han sido abordadas por los órganos de supervisión en el marco de los tratados de derechos humanos en su relación con los Estados⁵⁸, aprobando observaciones generales que hacen mención expresa a la orientación sexual y la identidad de género⁵⁹.

⁵⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*Observación General N°20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”, 2009.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, 2017, p. 38-40.

⁵⁸ Incluidos aquellos creados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁵⁹ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*” A/HRC/35/36, 2017.

CAPÍTULO 3. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

3.1 Generalidades

En capítulo anterior se hizo una revisión de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos que reconocen la identidad de género, demostrando la constante preocupación de la comunidad internacional sobre la situación de las personas transgénero en el mundo y recalando la urgencia y necesidad de que los Estados tomen medidas concretas destinadas al respeto y garantía de ésta.

A través de los Informes Independientes sobre orientación sexual e identidad de género se evidencia que las personas transgénero viven constantemente episodios de violencia y discriminación por la falta del reconocimiento legal de su identidad de género, es por ello que la redacción de tales instrumentos internacionales incluye la ampliación del sentido y alcance de los derechos y libertades fundamentales tradicionales comprendidos en sus catálogos de derechos humanos, explicitando el dinamismo que debe hacerse presente al momento de interpretar y determinar su contenido⁶⁰.

En la misma línea, se aparejan obligaciones correlativas que deben cumplir los Estados para garantizar el goce pleno y efectivo de tales derechos y libertades fundamentales, apuntando a consagrar el criterio hermenéutico (de dinamismo y evolución) que se debe utilizar al momento de interpretarlos, así, por ejemplo, se incluye que la identidad como parte de la individualidad de la persona es inherente a su dignidad, y también mediante la creación de una nueva categoría protegida vinculada a la identidad de género en los casos de vulneración al derecho de igualdad y no discriminación⁶¹.

Lo comentado implica que la realización práctica y disfrute universal de los derechos y libertades fundamentales deben ser independientes de la identidad de género de la persona,

⁶⁰ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” A/HRC/19/41, 2011, y Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género” A/HRC/35/36, 2017.

⁶¹ Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*, 2012.

es decir, la identidad de una persona no puede ser un criterio para excluir o impedir el acceso a ellos⁶².

A continuación, se expondrán los instrumentos nacionales que permiten el reconocimiento (explícito e implícito) de la identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico.

3.2 Identidad de género en la Constitución Chilena

El primer capítulo de la Constitución sobre bases de la institucionalidad permite dar un acercamiento a la concepción constitucional de la persona humana y la finalidad del Estado con relación a la valoración que le atribuye, teniendo un rol orientador y consagrando principios rectores para la interpretación de las normas que componen el ordenamiento jurídico⁶³.

Su artículo primero posee un contenido dogmático y valorativo que cumple una doble función, por una parte, es fuente de derechos (protección de la dignidad, afirmación de la autonomía individual) y por otra, constituye una herramienta de interpretación del texto constitucional⁶⁴. Lo anterior, implica que la dignidad humana obliga a considerar a la persona siempre como un fin en sí misma y nunca como un medio, debido a ello es que la Constitución coloca al Estado a su servicio y establece que el bien común está limitado por los derechos que consagra⁶⁵. Cabe mencionar que, para la plena realización de la dignidad humana, son indispensables las ideas de libertad e igualdad, puesto que mediante ellas es posible garantizar el libre desarrollo de la personalidad⁶⁶, que es la piedra angular sobre la cual se construye la identidad de género.

⁶² Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, 2007, p. 10.

⁶³ MEZA Lopehandía, Matías. *Identidad de género en la Constitución chilena*. Informe Asesoría Técnica Parlamentaria, Santiago, Chile, 2014. p. 2.

⁶⁴ PALAVECINO Cáceres, Adriana. El Derecho a la Identidad de las Personas Transgéneras. En: *Justicia, Género y Sexualidad. Primer encuentro académico – Santiago de Chile 2009*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2012. pp. 90-112.

⁶⁵ MEZA Lopehandía, Matías. *Identidad de género en la Constitución chilena*. Informe Asesoría Técnica Parlamentaria, Santiago, Chile, 2014. p. 2.

⁶⁶ COFRE Lagos, Juan Omar. Los Términos "Dignidad" y "Persona". Su Uso Moral y Jurídico. Enfoque Filosófico. *Rev. derecho (Valdivia)*, 17: 9-40, 2004.

Por otra parte, a partir del artículo 5 de la Carta Fundamental se ha construido la teoría del bloque de constitucionalidad o bloque de derechos constitucionales⁶⁷. Conforme a ésta, el catálogo de derecho y garantías constitucionales del artículo 19 constitucional se ve ampliado (agregando nuevas limitaciones en el ejercicio de la soberanía) y enriquecido (desde que se incorpora su interpretación y aplicación) a través de los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, considerándose el inciso segundo del comentado artículo como una cláusula de apertura al DIDH⁶⁸.

La Corte Suprema, frente al rango jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos, ha reconocido su carácter constitucional, y en algunos casos, supraconstitucional⁶⁹. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha tenido jurisprudencia contradictoria con relación al rango que deben tener en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que ha llegado a afirmar que dichos tratados tienen sólo el rango de ley⁷⁰, sin embargo, la tendencia en los últimos años ha sido la de incorporar estas normas a través del control de convencionalidad y aplicarlos como límite a las actuaciones de los privados y organismos públicos de la misma forma que lo ha hecho con los derechos y libertades consagrados en la CPR⁷¹.

El capítulo III de nuestra Carta Fundamental que contiene el catálogo de derechos y libertades fundamentales no contempla explícitamente el derecho a la identidad de género⁷², sin embargo, no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial,

⁶⁷ Esta doctrina tiene su origen en el constitucionalismo francés y su principal expositor en Chile es Humberto Nogueira. NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile. *Revista Ius et Praxis*, 6 (22): 229-279, 2002.

⁶⁸ MEZA Lopehandía, Matías. *Identidad de género en la Constitución chilena*. Informe Asesoría Técnica Parlamentaria, Santiago, Chile, 2014. p. 5.

⁶⁹ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. *Revista Chilena de Derecho*, 39(1): pp. 149-187, 2012.

⁷⁰ NASH Rojas, Claudio. Estudio introductorio: la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. En: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2012. p. 16.

⁷¹ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. *Revista Chilena de Derecho*, 39(1): pp. 149 -187, 2012.

⁷² El reconocimiento de la identidad de género se establece en virtud de la Ley N° 21.120, es decir, su reconocimiento no es constitucional.

humano o fundamental⁷³, ya que pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional⁷⁴. En efecto, los criterios hermenéuticos contenidos en la Convención de Viena y la Convención Americana de Derechos humanos, sumado a las resoluciones de la Asamblea General y las opiniones consultivas de la Corte IDH, permiten consagrar y reconocer el derecho a la identidad como un derecho implícito⁷⁵ dentro de nuestro ordenamiento jurídico y Constitución, por lo que merece el mismo respeto y garantía como cualquier otro que esté contenido expresamente en ella⁷⁶.

En virtud de lo expuesto con anterioridad, se desprende que la dignidad es el principal derecho que permite el reconocimiento y consagración de la identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁷.

3.2.1 Derecho a la dignidad e identidad de género

La identidad de género es una parte fundamental de la dignidad humana según lo dispuesto en el *Principio 3* y *9* de los Principios de Yogyakarta y lo estipulado por la Corte IDH en su opinión consultiva OC-24/17 sobre “identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”. En ese sentido, no se puede desconocer ni tampoco excluir la identidad de género de la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable que posee la dignidad, ya que constituye una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana que debe ser asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el

⁷³ En este sentido la Sentencia de fecha 30 de octubre de 1995, Tribunal Constitucional de la república de Chile (TC), Rol Número 226-1995, ratificó que los seres humanos son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.

⁷⁴ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et praxis*, 9 (1): 403-466, 2003.

⁷⁵ La noción de derecho implícito forma parte y se configura a través del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales. NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, (5): 98, 2010.

⁷⁶ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, (5): 138-139, 2010.

⁷⁷ La consagración y reconocimiento de la identidad de género puede desprenderse, también, del derecho a la vida (art. 19 N°1 CPR), del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 19 N°2 CPR), derecho a la integridad física y psíquica (art. 19 N°1 CPR), derecho a la salud, derecho a la vida privada y honra (art. 19 N°4 CPR). Sin embargo, dada la finalidad de esta memoria de tesis no me remitiré a ellos en particular.

ordenamiento jurídico, no se puede exceptuar la identidad personal, recaiga o no en su género⁷⁸.

La dignidad entendida como la capacidad de autodeterminarse y de realizar el libre desarrollo de la personalidad humana se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida, exigiendo el respeto de ella por los demás⁷⁹. Lo mencionado permite la delimitación de la potestad constituyente y la potestad estatal, debido al respeto y protección emanado del deber jurídico fundamental del Estado que constituye una premisa para todas las cuestiones dogmáticas particulares, como asimismo una norma estructural para éste y la sociedad⁸⁰.

Con relación a lo anterior es que los ámbitos de la dignidad humana que deben asumirse aplicando la pauta normativa del artículo 1 inciso primero de nuestra Carta Fundamental, son las dimensiones ontológicas dadas por la racionalidad y libertad del ser humano (autodeterminación consciente y responsable de su propia vida), como asimismo la de carácter ético o deontológico constituidas por la autonomía y fin en sí mismo⁸¹.

En efecto, la dignidad tiene una doble dimensión, que se expresa como autonomía de la persona y su autodeterminación, y como necesidad de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado⁸², por lo que la autodeterminación entendida como la capacidad que tiene una persona para decidir por sí misma algo se enlaza directamente con el elemento dinámico de la identidad compuesta por las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ideología, la concepción del mundo, entre otros elementos que dependerán de los factores sociales, políticos, culturales, ideológicos y económicos de su entorno, lo que permite a los demás identificarlo como un sujeto (distinto a ellos) dentro de una determinada comunidad⁸³.

Lo expuesto con anterioridad permite la configuración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (derecho a la identidad personal o personalidad)⁸⁴, entendido como el

⁷⁸ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. Ed. Civitas. Madrid, 1986. p. 25.

⁷⁹ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque de derechos y control de convencionalidad. p. 2.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁸¹ *Ibid.*, p. 5.

⁸² *Ibid.*, p. 7.

⁸³ FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. El daño a la Identidad Personal. *THEMIS, Revista de Derecho*, (36): 248, 1997.

⁸⁴ La identidad personal incluye la determinación del género con el cuál se identifica la persona al ser un elemento dinámico que se construye a partir de las creencias, cultura, rasgos personales, entre otros.

derecho personalísimo de cada persona a ser uno mismo, en su carácter único e irrepetible frente al mundo social⁸⁵, constituye una condición para la realización de la dignidad humana, razón por la cual ha sido reconocido en el derecho comparado⁸⁶ y por el propio Tribunal Constitucional, que ha señalado que sólo se puede aspirar a ser reconocido como persona en sociedad sobre la base de su identidad personal, lo cual es indispensable para su dignidad⁸⁷.

La concepción que integra la identidad de género como parte del derecho implícito al libre desarrollo de la personalidad es aquel referido a la auto percepción que el sujeto tiene respecto de su pertenencia al género, la que eventualmente puede o no corresponder a su sexo biológico⁸⁸, es decir, el género vendría a ser una construcción social que realiza una persona sobre la percepción que tiene sobre sí misma y no como una consecuencia directa de su sexo biológico o cromosómico determinado al nacer. Debido a lo anterior, es que parte de la libertad individual, que emana de la dignidad humana constitucionalmente reconocida y amparada en nuestra Carta Fundamental y en los tratados internacionales de derechos humanos, consiste en determinar libremente, no sólo la propia orientación sexual, sino también la identidad de género de cada persona⁸⁹.

3.3 Control de convencionalidad

El ejercicio del control de convencionalidad es una de las tantas manifestaciones que surgen de la interacción entre el derecho interno y el DIDH. La Corte IDH se pronunció por primera vez sobre su concepto en el caso *Almonacid Arellano*⁹⁰, estipulando que dicho control, en su dimensión internacional, es el que realiza la Corte IDH y que permite la

⁸⁵ PALAVECINO Cáceres, Adriana. El Derecho a la Identidad de las Personas Transgéneras. En: *Justicia, Género y Sexualidad. Primer encuentro académico – Santiago de Chile 2009*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2012. pp. 90-112.

⁸⁶ Para una descripción del tratamiento del tema a nivel constitucional en más de quince países, incluyendo Chile, ver: VILLALOBOS Badilla, Kevin. El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Tesis (memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2012.

⁸⁷ Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009, Tribunal Constitucional de la república de Chile (TC), Rol Número 1340-09.

⁸⁸ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007.

⁸⁹ MEZA Lopehandía, Matías. *Identidad de género en la Constitución chilena*. Informe Asesoría Técnica Parlamentaria, Santiago, Chile, 2014. p. 9.

⁹⁰ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

expulsión de normas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), a partir de los casos sometidos a su conocimiento⁹¹.

En relación con su dimensión interna, la Corte IDH ha dicho que el Estado al ratificar un tratado internacional de derechos humanos, como el Pacto de San José, obliga a todos sus jueces a velar por el respeto y cumplimiento de tales tratados para que no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que aquellas disposiciones destinadas a contravenir lo establecido en ellos desde un inicio carecen de efectos jurídicos⁹². En el ejercicio del control de convencionalidad, los tribunales y todos los funcionarios del Estado están obligados a interpretar las normas internas del ordenamiento jurídico en cuestión, de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que les den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno⁹³.

Una vez que nuestro país ratifica algún tratado internacional, pasan a formar parte de su ordenamiento jurídico como ley vigente en virtud del procedimiento que establece el artículo 54 de la Constitución, y al incorporarse a éste, Chile se compromete a respetar y garantizar los derechos consagrados en el tratado, asimismo, se compromete a cumplir las obligaciones contraídas en conformidad al principio *pacta sunt servanda*. En efecto, siguiendo lo estipulado en el artículo 5 inciso de la Constitución, y al concordarlo con lo estipulado en el artículo 6 del mismo cuerpo normativo⁹⁴, se establece un límite para la actuación de los órganos del Estado derivado de la necesidad de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados tanto en tratados internacionales como en la propia Carta Fundamental⁹⁵.

⁹¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

⁹² Ibid., considerando 124.

⁹³ NASH Rojas, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX: 492, 2013.

⁹⁴ Que conlleva a que los órganos del Estado actúen respetando y garantizando los derechos fundamentales establecidos en la Carta Fundamental o en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (art. 1 y 5 inciso segundo CPR).

⁹⁵ PEÑA Torres, Marisol. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno. *Revista de Estudios Constitucionales*, 6 (1): 208, 2008.

3.4 Ley de Identidad de Género

La Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género⁹⁶ se enfoca en establecer una regulación adecuada para rectificar la partida de nacimiento, es decir, acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y nombre de una persona en el Registro Civil e Identificación, en conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos, respetando y protegiendo el principio de autopercepción de la identidad para todas las personas⁹⁷.

Este cuerpo normativo entiende que el derecho a la identidad de género es la facultad de toda persona para solicitar la rectificación de su sexo y nombre registral cuando éstos no coincidan con el género con el cual se identifican, prohibiendo exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, para dar curso, rechazar o acoger tales rectificaciones⁹⁸.

Esta ley, a su vez, posee gran importancia a nivel nacional, ya que se encuadra dentro de lo exigido por la Corte IDH en su opinión consultiva OC-24/17 sobre “identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”⁹⁹, por lo que debe considerarse como un logro esencial para el reconocimiento y protección de la identidad de género. No obstante, habrá que esperar su eventual ejecución, para poder determinar si logra o no los objetivos planteados en su génesis.

⁹⁶ Ley N°21.120. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de diciembre de 2018.

⁹⁷ La Ley en su artículo 1 inciso segundo dispone que se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.

⁹⁸ Artículo 1 y 2 de la Ley N°20.120.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, 2017.

CAPÍTULO 4. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS E INGRESO CARCELARIO DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

4.1 Generalidades

La significativa vulnerabilidad de la diversidad sexual en los sistemas penales estatales requiere de nuevas políticas que atiendan las necesidades de este grupo de personas, y la creación e implementación de estrategias que aseguren un acceso efectivo a la justicia sin discriminaciones basadas en su identidad de género. Los instrumentos de los derechos humanos obligan a los Estados a asegurar la máxima protección posible de dichos grupos y facilitar su reintegración social de manera eficaz¹⁰⁰.

La condición de las personas transgénero privadas de libertad se caracteriza por ser un foco de amenazas, malos tratos y torturas dentro del sistema de justicia penal. En efecto, estos reclusos sufren porcentajes más elevados de violencia sexual, física y psicológica por motivos de su identidad de género que la población penitenciaria general, prevaleciendo aun cuando están bajo custodia, ya sea por parte de la policía o de otras autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, del personal penitenciario o de otros reclusos. La desprotección constante y generalizada sumada a prácticas discriminatorias son solo algunas de las manifestaciones que deben vivir a constantemente dentro de las cárceles¹⁰¹.

No obstante, lo mencionado posee una problemática adicional centrada en el reconocimiento de la identidad del recluso que ingresa a un recinto penitenciario a cumplir una pena privativa de libertad, ya que muchas veces la clasificación realizada para designarlos a un penal de “hombres” o “mujeres” es en base al nombre y sexo registral, sin considerar el género con el cual ellos se identifican, desatendiendo las necesidades específicas de dichas personas¹⁰².

A continuación, se expondrán los principales instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos e ingreso carcelario en penas privativas de libertad, destacando los

¹⁰⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*, 2009, p. 106.

¹⁰¹ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* A/HRC/31/57, 2016, p. 11.

¹⁰² *Ibid.*, p. 11.

lineamientos que debe tener toda legislación penal sobre administración de justicia y la situación particular de personas transgénero dentro de las cárceles.

4.2 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos

Durante el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente realizado en el año 1955 en Ginebra, se aprobaron las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela) que han ido evolucionado y adaptándose a los cambios sociales y culturales sobre la materia, ampliando el sentido y alcance que se les dio en un primer momento. La Resolución de la Asamblea General en el año 2015 declaró la constante preocupación de las Naciones Unidas sobre la importancia de la prevención del delito, humanizar la justicia penal, la protección de los derechos humanos y su vital relevancia en la administración diaria de la justicia penal, introduciendo varios cambios en la redacción de tales reglas¹⁰³, dentro de ellas destacan¹⁰⁴:

- La *Regla 1* estipula que todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos, prohibiendo la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Dispone, adicionalmente, que se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos¹⁰⁵.

- La *Regla 2*, por su parte, declara la imparcialidad de la aplicación de dichas reglas. Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación en la regla anterior, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario, por lo que se deberán adoptar medidas de protección y promoción¹⁰⁶.

¹⁰³ Asamblea General de Naciones Unidas. “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)” A/RES/70/175, 2015.

¹⁰⁴ Las reglas que se expondrán a continuación difieren de las publicadas en el año 1955, puesto que contienen las modificaciones realizadas por la Asamblea General que apuntan a una mejor administración de justicia acorde al contexto social, cultural, económico y político actual. Asimismo, solo se enunciarán aquellas que permiten, explícita o implícitamente, velar por el reconocimiento de la identidad de las personas transgénero.

¹⁰⁵ Asamblea General de Naciones Unidas. “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)” A/RES/70/175, 2015, p. 8.

¹⁰⁶ Ibid., pp. 8-9.

- La *Regla 6* establece que en todo sitio donde haya reclusos habrá un sistema normalizado de gestión de sus expedientes. Lo anterior se complementa con la *Regla 7* que exige la consignación de determinada información al momento del ingreso de cada recluso, dentro de las cuales se encuentran la información precisa que permita determinar la identidad personal del recluso, respetando el género con el que el propio recluso se identifique¹⁰⁷.
- La *Regla 11* sobre separación por categorías, indica que los reclusos pertenecientes a categorías distintas¹⁰⁸ deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento¹⁰⁹.

4.3 Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos

Estos principios fueron adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111 de 14 de diciembre de 1990. El primero de ellos apunta al trato que deben recibir los reclusos en los recintos penitenciarios, el cual debe ser acorde al respeto que merece su dignidad y valor inherente de seres humanos¹¹⁰.

El segundo principio expresa la prohibición de discriminación, estipulando que todos los principios contenidos en este documento deberán ser aplicados en forma imparcial¹¹¹.

El cuarto principio, por otra parte, estipula la obligación que posee el personal encargado de las cárceles de cumplir con lo estipulado en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, y con los demás objetivos sociales del Estado, promoviendo el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad. En la misma línea, se pronuncia el quinto

¹⁰⁷ Asamblea General de Naciones Unidas. “*Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*” A/RES/70/175, 2015, p. 8.

¹⁰⁸ Lo que implica, entre otras cosas, que los hombres serán reclusos, en la medida de lo posible, en establecimientos distintos a los de las mujeres y, en los establecimientos mixtos, el pabellón destinado a las mujeres estará completamente separado del de los hombres.

¹⁰⁹ Asamblea General de Naciones Unidas. “*Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*” A/RES/70/175, 2015, p. 11.

¹¹⁰ Asamblea General de Naciones Unidas. “*Principios básicos para el Tratamiento de los Reclusos*” 45/111, 1990.

¹¹¹ *Ibid.*, segundo principio.

principio que versa sobre la prohibición de limitar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que no sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDESC, el PIDCP y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas¹¹².

4.4 Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión

Dentro de ellos cabe mencionar el *Principio 1* que declara que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, y el *Principio 5* sobre la aplicación imparcial que dispone que no podrán hacerse distinciones arbitrarias. Asimismo, la cláusula general dispone que ninguna de las disposiciones del presente Conjunto de Principios se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue ninguno de los derechos definidos en el PIDCP¹¹³.

4.5 Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

La Asamblea General en su resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984 dispuso, de manera general, que todo Estado Parte deberá tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que sean eficaces para impedir los actos de tortura en todo el territorio que esté bajo su jurisdicción¹¹⁴. Asimismo, establece que no podrán invocarse circunstancias excepcionales para justificar la tortura, por lo que tales conductas quedan expresamente prohibidas¹¹⁵.

¹¹² Asamblea General de Naciones Unidas. “*Principios básicos para el Tratamiento de los Reclusos*” 45/111, 1990.

¹¹³ Asamblea General de Naciones Unidas. “*Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*” 43/173, 1988.

¹¹⁴ En el apartado final de este capítulo se expondrán los pronunciamientos sobre los actos que se configurarían como tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes relativos al desconocimiento de la identidad de género en el ingreso penitenciario.

¹¹⁵ Asamblea General de Naciones Unidas. “*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*” 39/46, 1984.

4.6 Principios de Yogyakarta

El *Principio 9* establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente con el respeto debido a su dignidad e identidad de género. Asimismo, dispone que los Estados deberán asegurar que la detención evite una mayor marginación y evitar el cualquier tipo de violencia hacia las personas transgénero. Este principio dispone, a su vez, que se les permita a los reclusos ingresar a un recinto penitenciario acorde al género con el cual se identifican, recalcando que los Estados deberán establecer medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que resulten vulnerables a la violencia o los abusos por causa de su identidad de género, y que deberán asegurar que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos¹¹⁶.

Por otra parte, el *Principio 10* dispone que todas las personas tienen el derecho a no ser sometidas a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluso por razones relacionadas con la identidad de género, por lo que los Estados deberán adoptar todas las medidas que sean necesarias a fin de impedir tales actos, brindándoles protección contra ellos. Igualmente, dicho principio obliga a los Estados a resarcir y reparar el daño producido por tales prácticas, así como apoyo médico y psicológico cuando resulte apropiado¹¹⁷.

En ambos principios se obliga a los Estados a emprender programas de capacitación y sensibilización dirigidos a todos los funcionarios involucrados en los establecimientos de detención, sobre las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación¹¹⁸.

¹¹⁶ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007, p. 17.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹¹⁸ *Ibid.*, pp. 17-18.

4.7 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad y con el objetivo de aportar al proceso de preparación de una Declaración Interamericana sobre los derechos, deberes y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión por el Consejo Permanente, adopta principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad¹¹⁹.

El *Principio I* comienza declarando que toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la OEA será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹²⁰.

El *Principio II* dispone que toda persona privada de libertad tendrá derecho a la igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad (en el mismo sentido se pronuncia el *Principio VIII*). Asimismo, prohíbe cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad¹²¹.

Este principio declara, a su vez, que no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de minorías, puesto que tales medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos. En su inciso final recalca que las medidas y sanciones que se impongan a las personas privadas de libertad se aplicarán con imparcialidad, basándose en criterios objetivos¹²².

¹¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas*” OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, 2008.

¹²⁰ Ibid., Principio I.

¹²¹ Ibid., Principio II.

¹²² Ibid., Principio II.

El *Principio IX* sobre el registro al momento del ingreso en el recinto penitenciario estipula que los datos de los reclusos deberán ser consignados en un registro oficial que contendrá información sobre la identidad personal de éstos mencionando¹²³, en otros, su nombre y sexo¹²⁴.

4.8 Pronunciamiento de la Corte IDH sobre personas privadas de libertad

El artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y que el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal, por lo que este último es responsable de los establecimientos de detención y es garante de tales derechos de los detenidos¹²⁵.

Respecto a las condiciones carcelarias “generales” relativas a la compatibilidad que deben tener con la dignidad humana, ha dicho la Corte IDH que el Estado en su función de garante debe diseñar y aplicar políticas penitenciarias de prevención de situaciones críticas que pondría en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia, por lo que el Estado debe incorporar en el diseño, estructura, construcción, mejoras, manutención y operación de los centros de detención, todos los mecanismos materiales que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzcan situaciones de emergencia¹²⁶.

Con relación a la separación de personas privadas de libertad, la Corte IDH concuerda con el criterio desarrollado en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, que se ve reflejado en su artículo 5.4 de la CADH¹²⁷. En la misma línea, frente a la identificación y

¹²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas*” OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, 2008.

¹²⁴ Es interesante que la disposición mencionada no esclarezca qué tipo de sexo es el que deberá registrarse, pudiendo interpretarse, en virtud de las normativas anteriores, como el sexo social con el cuál la persona se siente identificada. Esto, a su vez, es concordante con el *Principio XXV* que expresa que deberán interpretarse extensivamente las normas de derechos humanos, de tal forma que se aplique en toda circunstancia las cláusulas más favorables a las personas privadas de libertad.

¹²⁵ Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995.

¹²⁶ Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.

¹²⁷ Cabe mencionar que, posteriormente, la *Regla 7* de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos fue modificada y ampliada para reconocer el género con el cual se identifica cada recluso a la hora de hacer ingreso a un recinto penitenciario. Asamblea General de Naciones Unidas. “*Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*” A/RES/70/175, 2015.

registro de personas privadas de libertad, se remite a lo estipulado en la *Regla 6* de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos¹²⁸.

4.9 Conclusiones relativas a los estándares internacionales sobre derechos humanos e ingreso carcelario en penas privativas de libertad

Con relación a los instrumentos internacionales citados anteriormente, se logra establecer que existe una preocupación constante y generalizada sobre la situación de las personas condenadas al momento de ingresar a un recinto penitenciario, por lo que todos estos instrumentos disponen el respeto a su dignidad y valores intrínsecos en cuanto seres humanos, exigiendo que el trato que se les debe dar sea acorde a ellos. Adicionalmente, prohíben que otros derechos fundamentales, a excepción de aquellos que cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, se vean afectados por la imposición de una pena privativa de libertad¹²⁹. En ese sentido, la identidad de género, al ser parte integral e inalienable de la dignidad humana, no es un derecho que pueda verse vulnerado por éstas¹³⁰.

En la misma línea declaran la imparcialidad y el principio de no discriminación que debe estar presente en la administración penitenciaria y en particular al momento del ingreso penitenciario, puesto que no podrán utilizarse parámetros arbitrarios que impliquen una vulneración adicional a los derechos y libertades fundamentales de los reclusos en prisión¹³¹. Debido a ello, se deben garantizar que las medidas de protección utilizadas en los penales

¹²⁸ Corte IDH. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002.

¹²⁹ En ese sentido lo disponen la *Regla 1* de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; el primer y quinto principio de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; el *Principio 1* de los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; el prólogo de la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; *Principio 9* de los Principios de Yogyakarta; el *Principio I* y *VIII* de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y; el artículo 5.2 de la CADH.

¹³⁰ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007, p. 17.

¹³¹ En ese sentido lo disponen la *Regla 2* de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; el segundo principio de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; el *Principio 5* de los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y; el *Principio II* de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

no impliquen la imposición de condiciones más restrictivas para las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales que para el resto de los detenidos¹³².

Respecto al sistema de expedientes que debe realizar la autoridad encargada de la administración penitenciaria, se estipula que dentro de ellos deberá contenerse la información precisa que permita determinar la identidad personal del recluso, respetando el género con el cual éste se identifique. Dado esto, la separación por categorías se realizaría considerando el sexo social de la persona en cuestión, implicando el reconocimiento de su identidad de género¹³³. En efecto, los Estados deben tener en consideración la elección y la identidad de género de las personas antes de su internamiento en los recintos penitenciarios, facilitándoles oportunidades para recurrir a tales decisiones en caso de que vulnere el reconocimiento y respeto a su identidad¹³⁴.

No obstante, la realidad penitenciaria es otra y así ha quedado demostrado toda vez que se les asigna automáticamente un lugar en las prisiones o pabellones de hombres o mujeres considerando solo su sexo registral¹³⁵, ya que las asignaciones no son acordes al género con el cual se identifican, es decir, las mujeres transgénero son asignadas a un recinto penitenciario masculino y viceversa¹³⁶. Esta situación pondría en riesgo la integridad y bienestar de las y los reclusos transgénero, ya que sufren porcentajes más elevados de violencia sexual, física y psicológica por motivos de su identidad de género que la población penitenciaria general, situación que prevalece aun estando bajo custodia, ya sea por parte de la policía o de otras autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, del personal penitenciario o de otros reclusos. Asimismo, se ha hecho presente que el miedo a las represalias y la falta de confianza en los mecanismos de justicia suelen impedir que los reclusos transgénero denuncien los abusos de que son objeto, a pesar de que las autoridades tienen la obligación de adoptar medidas razonables para prevenir y combatir la violencia contra éstos¹³⁷.

¹³² Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” A/HRC/31/57, 2016, p. 22.

¹³³ En ese sentido lo disponen las Reglas 6, 7 y 11 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; y el Principio 9 de los Principios de Yogyakarta.

¹³⁴ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” A/HRC/31/57, 2016, p. 22.

¹³⁵ Ibid., p. 11.

¹³⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). “Manual sobre Reclusos con necesidades especiales”, 2009, p. 109.

¹³⁷ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” A/HRC/31/57, 2016, p. 11.

En ese sentido, el informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes estipula que históricamente no se han tenido adecuadamente en cuenta los efectos de la discriminación basada en las estructuras de poder patriarcales y heteronormativas relativas a los estereotipos de género socializados, por lo que se hace urgente y necesario aplicar esta Convención¹³⁸ incorporando la perspectiva de género para que se reconozcan, se aborden y se subsanen por completo las violaciones arraigadas en normas sociales discriminatorias sobre el género y la sexualidad¹³⁹. Debido a ello, estipuló que los elementos del propósito y la intención de la definición de tortura se reúnen siempre que un acto está motivado por el género o se ha cometido contra determinadas personas debido a su sexo, su identidad de género, su orientación sexual real o aparente, o su incumplimiento de las normas sociales relativas al género y la sexualidad¹⁴⁰.

En el margen de la posición especial de garante que tiene el Estado frente a las personas privadas de libertad, se desprende que asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas; en particular, de los derechos a la vida y a la integridad personal, conllevando la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito y que no conduzca a la violación de otros derechos básicos,¹⁴¹ como lo es el derecho a la identidad toda vez que no se le reconoce el género con el cuál se identifica el recluso.

El mantenimiento de registros en centros de privación de libertad y protocolos adecuados de ingreso como lo es considerar la identidad de género, no se consideran sólo como buenas prácticas penitenciarias, sino que constituyen medios eficaces de protección de sus derechos fundamentales. Por lo que el DIDH las considera medidas esenciales que deben ser ejecutadas por los Estados con la debida seriedad y diligencia. Estos procedimientos deben observarse, con las particularidades propias de cada caso, en todos los centros en los que el Estado mantenga personas bajo su custodia¹⁴².

¹³⁸ Referida a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

¹³⁹ En la misma línea: Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Promoción y Protección de Derechos Humanos*” AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), 2016.

¹⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*” A/HRC/31/57, 2016, pp. 3-4.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “*Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*” OEA/Ser.L/V/II, 2011, p. 57.

CAPÍTULO 5. ESTÁNDARES NACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS E INGRESO CARCELARIO DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

5.1 Generalidades

En el capítulo anterior se revisaron los principales instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos e ingreso carcelario en penas privativas de libertad, destacando los lineamientos que debe tener toda legislación penal sobre administración de justicia y el trato que deben recibir las personas transgénero en virtud de su situación particular. En ellos se recalca constantemente que la dignidad de las personas es un límite a las potestades del Estado, incluido aquellas destinadas a su actividad punitiva¹⁴³, razón por la cual, la identidad de género, al ser parte integral e inalienable de la dignidad, no es un derecho que pueda verse afectado por la imposición de una pena privativa de libertad¹⁴⁴.

En ese sentido, se reconoce expresamente¹⁴⁵ que al momento del ingreso penitenciario se deberá tomar en cuenta la información precisa de cada recluso que permita determinar su identidad personal, respetando el género con el cual se identifique, implicando que la identidad de género es un dato personal esencial para realizar la clasificación y posterior separación en categorías¹⁴⁶. Lo anterior, debe complementarse, a su vez, con lo expuesto en el capítulo 3 sobre la fuerza obligatoria que tienen los tratados internacionales de derechos humanos que se encuentren ratificados y vigentes en nuestro país, ya que permitiría hacer exigible lo estipulado en ellos, ampliando y enriqueciendo el catálogo de derecho y garantías constitucionales del artículo 19 de nuestra Constitución¹⁴⁷.

En Chile no existe una cifra exacta de las personas transgénero que están cumpliendo una pena privativa de libertad, sin embargo, mediante un estudio realizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (INDH), se logró evidenciar las constantes

¹⁴³ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” A/HRC/31/57, 2016.

¹⁴⁴ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, 2007, p. 17.

¹⁴⁵ Así lo manifiesta las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” mediante su Regla 7 y el principio 9 de los Principios de Yogyakarta.

¹⁴⁶ Asamblea General de Naciones Unidas. “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)” A/RES/70/175, 2015.

¹⁴⁷ PEÑA Torres, Marisol. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el tribunal constitucional chileno. *Revista de Estudios Constitucionales*, 6 (1): 208, 2008.

discriminaciones que sufren por parte de la autoridad y las detenciones de mujeres transgénero en recintos penitenciarios masculinos y viceversa, desconociendo su identidad¹⁴⁸. Asimismo, mediante un informe sobre la situación de mujeres y niñas transgénero e intersex en Chile, se evidenció que en los recintos penitenciarios masculinos (en los cuales se encuentran mujeres transgénero), estaba prohibido por reglamento interno de la de la institución el uso de maquillaje y vestimentas femeninas; también se demostró que las internas transgénero solo tenían acceso a hormonas feminizantes¹⁴⁹ siempre que existiera un médico especialista que lo autorizara; además, se informó que hasta la fecha, solo hay 18 dependencias que incluyen a personas transgénero en conjunto con la población homosexual¹⁵⁰, existiendo un problema de precariedad en las políticas de segregación con un enfoque de género en la etapa de ejecución de la pena¹⁵¹.

En cuanto a la normativa que regula la ejecución de sanciones penales, nuestro sistema procesal penal carece de un cuerpo orgánico y unitario que sistematice tales materias, por lo que el tratamiento que se les da es insuficiente. En efecto, lo que tenemos es una legislación fragmentaria, dispersa y no exenta de contradicciones, regulada esencialmente en reglamentos por expresa disposición de la ley¹⁵².

A continuación, se expondrán los estándares nacionales sobre derechos humanos e ingreso carcelario en penas privativas de libertad que dan cuenta de la normativa sobre ejecución de sanciones penales y en particular respecto a la situación de las personas transgénero.

5.2 Ingreso carcelario en la Constitución Política de la República

Nuestra Carta Fundamental no se pronuncia expresamente sobre la ejecución de sanciones penales, por lo que tampoco se refiere al ingreso carcelario de los reclusos. No

¹⁴⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. Diagnóstico de los estándares internacionales de derechos humanos*. Santiago de Chile, 2013, pp. 176-185.

¹⁴⁹ Para el tratamiento por el cual se busca el cambio de sexo.

¹⁵⁰ Organización Trans Diversidades (OTD). *Informe para el Comité para la Eliminación contra la Discriminación contra la Mujer en su sesión 69*. Santiago de Chile, 2018, pp. 8-12.

¹⁵¹ SCHRAMM López, Steffi. Identidad de Género y Ejecución de Pena: Derechos Vulnerados de Personas Trans Privadas de Libertad. *Revista de la Justicia Penal*, (12): 202, 2018.

¹⁵² HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago de Chile, Jurídica de las Américas, 2009, p. 589.

obstante, establece directrices respecto a la dimensión procedimental que adquieren los derechos y libertades fundamentales en el proceso judicial, de modo que este último sería ilegítimo e inconstitucional si no los respetase en su desarrollo o los vulnerase en sus conclusiones¹⁵³.

En virtud de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se establece que la dignidad de las personas es un derecho inalienable, que no puede verse restringido, suspendido o vulnerado por una condena que implique la privación de libertad, puesto que es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menoscabo del ser humano como persona digna. Debido a lo anterior, el artículo 1 CPR constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad¹⁵⁴.

Respecto a los principios y garantías del sistema procesal penal chileno, debemos mencionar que uno de los objetivos centrales de la reforma procesal penal es la adecuación de dicho sistema a las exigencias de un Estado democrático. En particular, su preocupación fundamental se expresó en concordar la normativa penal y procesal penal a las garantías individuales reconocidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile¹⁵⁵.

5.3 Ingreso carcelario y derechos fundamentales

El Reglamento Penitenciario de 1998 (RP) constituye un importante esfuerzo por adaptar la legislación interna a las obligaciones emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, señalando en su artículo 4 que *“la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes...”*. Son de gran relevancia, en este sentido, normas como las del artículo

¹⁵³ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, 11(1): 222, 2005.

¹⁵⁴ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos. *Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte*, 13(1): 69, 2006.

¹⁵⁵ HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago de Chile, Jurídica de las Américas, 2009, p. 33.

10.1 del PIDCP, el artículo 5° de la CADH, las *Regla 1* de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, entre otras, que establecen que toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano¹⁵⁶.

En la misma línea, el artículo 2 RP señala expresamente que será un principio rector de la actividad penitenciaria *“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”*. Lo anterior se complementa con lo establecido en el artículo 5 RP que plantea que las normas establecidas en dicho cuerpo normativo deberán ser *“aplicadas imparcialmente, no pudiendo existir diferencias de trato fundadas en el nacimiento, raza, opinión política, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias”*, agregando en su segundo inciso que *“la Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno”*.

Con relación a lo expuesto, se pronuncian el artículo 6 RP que prohíbe las torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, garantizando el desarrollo integral de la personalidad de los reclusos, por lo que 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.

El artículo 10 RP, a su vez, dispone que los establecimientos penitenciarios se organizarán conforme a principios afines a una ordenación de la convivencia adecuada a cada tipo de establecimiento, basada en el respeto de los derechos humanos y en condiciones que se asemejen en lo posible a las de la vida libre. Adicionalmente, con el artículo 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, se ordena que *“el personal de gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana”*, por lo que *“cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes”*.

¹⁵⁶ HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago de Chile, Jurídica de las Américas, 2009, pp. 586-587.

La protección jurídica de los derechos contemplados en el catálogo del artículo 19 de nuestra Constitución, pueden garantizarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 RP que establece que los internos podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes, a través de los recursos legales. También podrán presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento de acuerdo con lo señalado en el artículo 58 RP¹⁵⁷.

5.4 Ingreso carcelario en la legislación nacional

Las sentencias condenatorias penales solo pueden ejecutarse cuando, valga la redundancia, se encuentren ejecutoriadas, coincidiendo plenamente con la norma establecida en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil¹⁵⁸.

Conforme al artículo 467 del Código Procesal Penal, la ejecución de las sentencias penales debe efectuarse de acuerdo con las normas del párrafo 2º del Título VIII del Libro IV del CPP, complementándolas con las establecidas en el Código Penal (artículos 79 y siguientes) y demás leyes especiales, regulando aspectos generales sobre el cumplimiento de las penas o medidas de seguridad impuestas en una sentencia condenatoria, según su clase o naturaleza¹⁵⁹.

La ley ha delegado a la potestad reglamentaria la regulación del cumplimiento de las penas privativas de libertad, de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio (art. 80 inciso 2º CP)¹⁶⁰, por lo que el ingreso y posterior clasificación y separación de los reclusos en el ingreso carcelario, también ha sido entregado a dicha potestad.

Respecto al ingreso penitenciario, el artículo 3 letra b del DL 2.859 establece que corresponde a Gendarmería cumplir con las resoluciones emanadas de autoridad competente, relativas al ingreso y a la libertad de las personas sometidas a su guarda, sin que le

¹⁵⁷ HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago de Chile, Jurídica de las Américas, 2009, p. 591.

¹⁵⁸ Ibid., p. 594.

¹⁵⁹ Ibid., p. 586.

¹⁶⁰ Ibid., p. 587.

corresponda calificar el fundamento, justicia o legalidad de tales requerimientos. Será una obligación y atribución del Director Nacional de dicha institución determinar los establecimientos en que los condenados cumplirán sus penas, disponiendo de los traslados de los reclusos de acuerdo con la reglamentación vigente (artículo 6 numeral 12 del DL N°2.859). Asimismo, deberá disponer y señalar el establecimiento donde los detenidos e imputados deben permanecer privados de libertad, recabando la autorización del juez competente cuando deban salir del territorio jurisdiccional del tribunal de la causa (artículo 6 numeral 13 del DL N°2.859).

Con relación a lo anterior, el artículo 26 RP establece que la Administración Penitenciaria abrirá al momento de ingresar un recluso a un recinto penitenciario, una ficha única individual cuyo objetivo será la identificación y registro del interno, así como la aplicación diferenciada del tratamiento penitenciario. Los datos que en ella se anotarán están vinculados a la individualización del recluso, aspectos procesales, información relativa a su salud, educación, trabajo, conducta y respecto a sus antecedentes psicológicos y sociales, y todo otro dato relevante sobre su vida penitenciaria.

En virtud del artículo 14 RP con relación a los artículos 18 y 19 del mismo cuerpo normativo, se puede establecer que existe un lineamiento general dirigido a la separación por categorías de los reclusos. En ese sentido, deberá existir, dentro de las posibilidades financieras del establecimiento, una separación entre aquellas personas que estén en situación de detención, privación preventiva de libertad y condenados (artículo 14 RP). Este lineamiento se dirige también hacia los menores de edad entre 16 y 18 años, respecto de los cuales se dispone su permanencia totalmente separados de los internos adultos (artículo 18 RP). Respecto a la separación por sexo o género¹⁶¹ de los reclusos, del artículo 19 RP se puede concluir que lo ideal en tales materias es que existan recintos penales destinados a la atención de mujeres y hombres apartadamente, y para aquellos casos en que lo anterior no pueda cumplirse, las internas deberán permanecer en dependencias separadas del resto de la población penal, sin perjuicio de que se incorporen a actividades conjuntas con la población penal masculina.

¹⁶¹ Se utilizan ambos conceptos como homólogos que apuntan al sexo biológico registral de los reclusos.

5.5 Reconocimiento de la identidad de género en el ingreso carcelario chileno

En el año 2013, Gendarmería publica el “Manual de derechos humanos de la función penitenciaria”, conteniendo algunos preceptos dirigidos hacia la población penal transgénero. En dicho manual se estipuló que el trabajo de sus funcionarios debe orientarse a tratar a los reclusos transgénero en virtud de su nombre y sexo social, al margen de lo indicado en su cédula de identidad, la cual sólo se debe considerar para los efectos administrativos y legales. A su vez, dispone que las jefaturas de Establecimiento deben considerar la concesión de permisos para que las/os reos puedan vestirse acorde al género con el cual se identifican¹⁶².

El 9 de diciembre de 2016 la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Iquique¹⁶³, obligó a Gendarmería a respetar la identidad de género de María del Pilar López Barrera tras interponer una acción de protección constitucional por haber sido víctima de actos de discriminación y malos tratos por parte de funcionarios de Gendarmería. Lo anterior, se enmarcaba en un escenario dentro del cual los funcionarios de dicha institución se referían constantemente a ella por su nombre de nacimiento (masculino)¹⁶⁴ y confundían su identidad de género con la orientación sexual al referirse a ella como “interno homosexual” que usa “vestimenta femenina”¹⁶⁵.

La Corte de Apelaciones de Iquique frente a tales maltratos, dictaminó que las prácticas realizadas por Gendarmería, atentaban contra su derecho a la integridad psíquica (por desconocer el derecho a expresar su identidad de género), y a la igualdad y no discriminación (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), por lo que dicha Corte ordenó a la institución que se le respetara su nombre y sexo social, además le exigió que fuera el personal femenino de enfermería el responsable de implementar las revisiones corporales de las reclusas transgénero, y que el

¹⁶² Unidad de Protección y Promoción de los Derechos de Gendarmería de Chile. “*Manual de Derechos Humanos de la función penitenciaria*”. Santiago, 2013.

¹⁶³ Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, Corte de Apelaciones de Iquique de la república de Chile, Rol Número 859-2016.

¹⁶⁴ Pese que el 22 de julio del 2016 había informado por escrito a dicho complejo que era una persona transgénero, para que se respetara el género con el cual se identifica.

¹⁶⁵ Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, Corte de Apelaciones de Iquique de la república de Chile, Rol Número 859-2016. Considerando Primero.

Centro de Cumplimiento Penitenciario de Alto Hospicio, capacite a sus funcionarios en identidad de género y orientación sexual¹⁶⁶.

En enero del 2017, la Corte de Apelaciones de Antofagasta¹⁶⁷, condenó a Gendarmería prácticas que vulneraban la identidad de género de las reclusas María del Pilar López Barrera, Susana Orellana Orellana y Camila Palma Villareal del Centro Penal Penitenciario de Antofagasta, exigiendo que los funcionarios de dicho recinto traten a las recurrentes por su nombre social y adoptando las medidas necesarias acerca del trato que debe dárseles en consideración a su identidad y expresión de género. Además, exigió 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, y que el Centro Penal Penitenciario de Antofagasta deberá, a su vez, a capacitar a sus funcionarios en materias relacionadas con identidad de género, orientación sexual y expresión de género¹⁶⁸.

Cabe mencionar, que la Corte de Apelaciones de Antofagasta reproduce lo razonado y resuelto por la Corte de Apelaciones de Iquique¹⁶⁹, por lo que recalcó la necesidad de aplicar el principio de igualdad y no discriminación en las prácticas realizadas por los funcionarios de Gendarmería, y que el Estado tiene un especial deber de protección frente a la protección y resguardo de los internos frente a situaciones que impliquen una vulneración a los derechos fundamentales que no se ven afectados producto de la imposición de una pena privativa de libertad. Asimismo, hace referencia expresa a la normativa de Gendarmería que exige por parte de sus funcionarios el trato digno propio de la condición humana hacia las internas, que fue incumplido al no haberse adoptado una medida eficaz y oportuna para subsanar la afectación de sus derechos fundamentales, es decir, por no haber tratado a las reclusas de conformidad al género con el que se identifican¹⁷⁰.

La Corte Suprema, frente al recurso de apelación interpuesto por Gendarmería en contra de lo fallado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, confirmó la sentencia

¹⁶⁶ Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, Corte de Apelaciones de Iquique de la república de Chile, Rol Número 859-2016. Considerando octavo y parte resolutive.

¹⁶⁷ Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta de la república de Chile, Rol Número 31-2017.

¹⁶⁸ Ibid., parte resolutive.

¹⁶⁹ Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, Corte de Apelaciones de Iquique de la república de Chile, Rol Número 859-2016.

¹⁷⁰ Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta de la república de Chile, Rol Número 31-2017. Considerando Cuarto.

dictada por dicha Ilustrísima Corte¹⁷¹, obligando a sus funcionarios a tratar a las recurrentes por su nombre social, adoptando las medidas necesarias en consideración a su identidad y expresión de género en el régimen interno cotidiano, y sólo en instancias oficiales se podrán referir a ellas por su nombre y sexo legal¹⁷².

En la misma línea, el 31 de julio de 2017, la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de La Serena¹⁷³ decidió condenar nuevamente a Gendarmería por las acciones ejecutadas por su personal que constituían perturbaciones ilegítimas al ejercicio del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual consagrados en el artículo 19 N°7 CPR, puesto que afectaban más allá de lo permitido por las regulaciones legales y reglamentarias en tales materias¹⁷⁴.

De igual forma, esta Ilustrísima Corte reproduce los argumentos utilizados por los fallos realizados por la Corte de Apelaciones de Iquique y de Antofagasta, respecto a los registros corporales y el reconocimiento de la identidad de género de las reclusas al momento de realizar tales procedimientos. En efecto, estipuló que en virtud de los informes de salud acompañados en los autos de la causa que declaraban la transexualidad de la recurrente, ésta deberá ser tratada en las gestiones internas por su identidad de género. Asimismo, cabe mencionar que en su fallo señaló la definición de identidad de género en virtud de lo estipulado por el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud, estipulando que el género de la reclusa no puede ser una condicionante o limitante en el trato que debe dársele¹⁷⁵.

¹⁷¹ También confirmó que las revisiones corporales de las reclusas transgénero deberán ser realizadas por personal femenino de enfermería, considerando su identidad de género como criterio en tales procedimientos.

¹⁷² Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, Corte Suprema de la república de Chile, Rol Número 6937-2017.

¹⁷³ Sentencia de fecha 31 de julio de 2017, Corte de Apelaciones de La Serena de la república de Chile, Rol Número 122-2017.

¹⁷⁴ Ibid., Considerando Sexto.

¹⁷⁵ Ibid., Considerando Noveno, párrafo cuarto y quinto.

CAPÍTULO 6. COMPARACIÓN ENTRE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y LOS ESTÁNDARES NACIONALES SOBRE INGRESO CARCELARIO DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

El “Manual de derechos humanos de la función penitenciaria” exigía que los funcionarios de Gendarmería trataran a los reclusos transgénero en virtud de su nombre y sexo social¹⁷⁶, sin embargo, tal iniciativa fue inocua, ya que tales lineamientos no se plasmaban en la realidad, lo que llevó a que los y las internos/as transgénero debieran interponer recursos de amparo y protección para frenar las vulneraciones y malos tratos que sufrían por no ser cisgénero. En ese sentido, a pesar de contener orientaciones básicas que apuntaban al respeto de su dignidad¹⁷⁷, y que se adecuaban a lo exigido por los Principios de Yogyakarta¹⁷⁸, no fueron suficientes para cambiar aquellas prácticas tan arraigadas.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique¹⁷⁹ es uno de los más relevantes en materia de reconocimiento de la identidad de género dentro de recintos penitenciarios, puesto que cita al Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW), estipulando que los conceptos “sexo” y “género” no son homólogos, y que tampoco existe una relación causal dada por el aspecto biológico¹⁸⁰. Asimismo, dispone que el término orientación sexual, según los Principios de Yogyakarta, es independiente del sexo biológico o de la identidad de género, prosiguiendo a describir lo que se debe entender por dicha identidad en virtud de lo estipulado en el estudio elaborado por la CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11)¹⁸¹.

¹⁷⁶ Unidad de Protección y Promoción de los Derechos de Gendarmería de Chile. “*Manual de Derechos Humanos de la función penitenciaria*”. Santiago, 2013.

¹⁷⁷ La identidad de género es un elemento inherente a la dignidad, por lo que su desconocimiento implica una vulneración directa a dicha cualidad intrínseca de las personas.

¹⁷⁸ El *Principio 1* dispone que los Estados “emprenderán programas de educación y sensibilización para promover y mejorar el disfrute universal de todos los derechos humanos por todas las personas, con independencia de la orientación sexual o la identidad de género”. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007.

¹⁷⁹ Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, Corte de Apelaciones de Iquique de la república de Chile, Rol Número 859-2016.

¹⁸⁰ Estipula 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 construidos socialmente de la mujer y el hombre, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

¹⁸¹ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), 2014.

En el fallo comentado, se estableció que se afectaba la integridad psíquica de la reclusa, toda vez que se desconocía el derecho a expresar su identidad de género y su derecho a la igualdad y no discriminación, ya que existía un trato diferenciado y arbitrario en el goce a su derecho a la identidad y expresión de género, trato que no se realizaba a los reclusos cisgénero. Lo dictaminado por la Ilustrísima Corte, se adecua dentro de lo estipulado en el *Principio 1* de los Principios de Yogyakarta¹⁸² y a la opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre “identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”¹⁸³, reconociendo que la identidad de género es parte integrante de la dignidad de las personas, por lo que cualquier vulneración hacia los derechos que no se encuentran afectados temporalmente por la imposición de una pena, son inalienables y, por tanto, no pueden despojarse de la esencia humana.

Respecto a la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, cabe mencionar que lo fallado por dicha Corte se enmarcaría en lo establecido en el *Principio 2* de los “Principios de Yogyakarta”¹⁸⁴, a la “Observación General N°20 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales”¹⁸⁵, la “Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”¹⁸⁶, y el “Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo”¹⁸⁷, que establecen que no podrán adoptarse medidas arbitrarias que pudieran basarse o motivarse, en la identidad de género de las personas.

En la misma línea, la “Observación General N°20 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales”¹⁸⁸ y el Comité de Derechos Humanos¹⁸⁹, han estipulado que la

¹⁸² Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007.

¹⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, 2017.

¹⁸⁴ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007.

¹⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*Observación General N°20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”, 2009.

¹⁸⁶ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*”, 2013.

¹⁸⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). “*Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo. Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe*”, 2013

¹⁸⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*Observación General N°20 La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”, 2009.

¹⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 “*Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*”, 2017.

identidad de género es una categoría de discriminación prohibida incluida en el artículo 2.2 del PIDESC y en el artículo 2.1 del PIDCP, pactos internacionales que se encuentran ratificados y vigentes en Chile¹⁹⁰, por lo que tal categoría quedaría incluida en el artículo 19 N°2 de nuestra Carta Fundamental, que manifiesta el principio de igualdad y no discriminación.

No obstante a lo anterior, nuestro país en el proceso del Examen Periódico Universal de la ONU en el año 2009, se obligó a aplicar los Principios de Yogyakarta e incluir la identidad de género en leyes de antidiscriminación¹⁹¹ (situación que se ve reflejada en la Ley Zamudio¹⁹²), sin embargo, es bastante cuestionable que sólo se comprometa respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, y no sobre los estándares en materia de ejecución de penas (*Principio 9*) que prescriben incluir dentro de la información personal del recluso el género con el cual se identifica, para que éste sea reconocido al momento de ingresar a un recinto penitenciario.

Respecto a la exigencia relativa a los procedimientos de revisión corporal que deberán realizar personal femenino de enfermería, es consecuente con lo que establece la *Regla 1* de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos¹⁹³; el *Principio 9 y 10* de los Principios de Yogyakarta¹⁹⁴; los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad el *Principio I y XXI* de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas¹⁹⁵; y la *Regla 9* de las Reglas de Bangkok¹⁹⁶.

En relación con las capacitaciones de los funcionarios de Gendarmería en materia de identidad de género y orientación sexual, son concordantes con lo establecido por la

¹⁹⁰ El PIDESC se ratifica en Chile a través del Decreto N°326 (Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 de mayo de 1989). El PIDCP se ratifica a través del Decreto N°778 (Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de abril de 1989).

¹⁹¹ SCHRAMM López, Steffi. Identidad de Género y Ejecución de Pena: Derechos Vulnerados de Personas Trans Privadas de Libertad. *Revista de la Justicia Penal*, (12): 200-201, 2018.

¹⁹² Se deben considerar, adicionalmente, todos los problemas aparejados en la aplicación de la Ley N°20.609, por lo que la integración de la identidad de género como categoría protegida no es eficaz en la práctica.

¹⁹³ Asamblea General de Naciones Unidas. “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)” A/RES/70/175, 2015.

¹⁹⁴ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, 2007.

¹⁹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas” OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, 2008.

¹⁹⁶ Asamblea General de Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) A/RES/65/229, 2011.

Asociación para la Prevención de la Tortura¹⁹⁷ y en los Principios de Yogyakarta¹⁹⁸, puesto que en ambos se establece la necesidad de implementar la sensibilización del personal para generar conciencia y respeto hacia las personas transgénero. Debido a lo anterior, es posible establecer que la medida decretada se ajusta a los estándares internacionales mínimos en la materia, y resulta ser eficiente a efectos de concientizar a quienes conforman el sistema carcelario¹⁹⁹.

Respecto al problema de precariedad en políticas de segregación con un enfoque de género en los recintos penitenciarios chilenos, se hace presente que los criterios formales que utiliza Gendarmería para la clasificación y posterior separación de los reclusos, 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 progresividad²⁰⁰, por lo que la identidad de género no es considerada un elemento significativo al momento de la clasificación, lo que puede deberse al concepto tradicional que se tiene de género²⁰¹. Así, la realidad de las y los reclusas/os transgénero es completamente desconocida en el contexto carcelario, a pesar de que los distintos instrumentos internacionales que hemos revisado han establecido que la identidad de género, al ser parte integral e inalienable de la dignidad, es un derecho que no puede verse afectado por la imposición de una pena privativa de libertad, y la necesidad de incluirla expresamente en las legislaciones nacionales sobre ejecución de sanciones penales, para poder asegurar el goce pleno y efectivo de todos sus derechos fundamentales²⁰², aun cuando estén privados de libertad²⁰³. En ese sentido, cabe mencionar que nuestro marco legal y reglamentario sobre ejecución de sanciones penales, al mencionar los conceptos “sexo”, “femenino” o “masculino” no establece expresamente que éstos deban entenderse ligados únicamente al aspecto cromosómico²⁰⁴, sin embargo, en virtud del

¹⁹⁷ Asociación para la Prevención de la Tortura. *Personas LGTBI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*, 2013.

¹⁹⁸ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007.

¹⁹⁹ SCHRAMM López, Steffi. Identidad de Género y Ejecución de Pena: Derechos Vulnerados de Personas Trans Privadas de Libertad. *Revista de la Justicia Penal*, (12): 220, 2018.

²⁰⁰ ESPINOZA, Olga. *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*. Madrid, Programa Euro Social, 2014. 232-234 pp.

²⁰¹ El cual se entiende como la consecuencia directa del sexo biológico.

²⁰² Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007.

²⁰³ Haciendo referencia que la condición de interno no puede significar una vulneración adicional a los derechos que no se ven comprometidos con la imputación de una pena privativa de libertad.

²⁰⁴ Para esta afirmación se revisó legislación sobre ejecución de la pena, tales como, Código Penal, Código Procesal Penal, Código Orgánico de Tribunales, Decreto Ley N° 2.859, Ley N°18.216, Ley N°19.856, Ley

contexto dentro del cual emplea tales vocablos, se desprende que lo hace aludiendo a la concepción tradicional de éstos²⁰⁵. Respecto al concepto género entendido como identidad, sólo el Código Penal en los artículos 12 numeral 21 y en el 150 A, lo menciona como una característica que penaliza o agrava una conducta si ésta es realizada o motivada por ella²⁰⁶.

En virtud de lo prescrito en los artículos 2, 5, 6 y 10 del RP, se evidencia que no existe una concordancia entre las normas contenidas en el reglamento y las prácticas penitenciarias, puesto que existe una constante vulneración a la dignidad de las personas producto de las condiciones de vida en las cárceles chilenas, por lo que los reclusos deben soportar durante todo el cumplimiento de su condena vulneraciones a sus derechos humanos²⁰⁷ provenientes de sus pares o de gendarmería. Dicha situación no sólo responde a la falta de consideración de este tema en la agenda pública, sino que también a la fuerte presión punitiva que los problemas de inseguridad ciudadana producen en el sistema de justicia criminal y, dentro de éste, en la institución penitenciaria²⁰⁸.

En la misma línea, a pesar de contar con procedimientos para restablecer el imperio del derecho en virtud del artículo 9 RP, el procedimiento administrativo para resolver cuestiones aparejadas a la vulneración de derechos humanos es insuficiente, impidiendo una garantía real y efectiva para el interno. Lo anterior, se complejiza todavía más al ser la propia autoridad penitenciario la que resuelva sobre reclamaciones dirigidas en contra de ella misma, por la falta de cumplimiento de sus obligaciones o por abusos cometidos por su personal. Tal situación, deja a los reclusos en una situación de indefensión y miedo al tener que enfrentarse ante la propia autoridad que controla prácticamente todos los aspectos de su vida, circunstancia que los puede inhibir de presentar sus quejas ante el temor a represalias o abusos. Respecto al ámbito jurisdiccional, sólo existen las acciones constitucionales de amparo y protección para reclamar la vulneración de los derechos que no han sido afectados por la pena. Sin embargo, recientes investigaciones han mostrado el escaso impacto que ellas han tenido en la protección jurídica de las personas que cumplen condenas en los centros

Nº20.084, Decreto Ley Nº409, Decreto Ley Nº321, Decreto Supremo Nº518, Decreto Supremo 3.140, Decreto Supremo Nº64, Decreto Supremo Nº 2.442 y Decreto Nº 542.

²⁰⁵ En el cual “género” se entiende como consecuencia del sexo biológico que está plasmado en la cedula de identidad del recluso, sin atender a sus circunstancias particulares como lo es ser transgénero e identificarse con el género opuesto al estipulado en tal documento legal.

²⁰⁶ Utiliza el concepto identidad de género en tales artículos.

²⁰⁷ Compatibles con su condición de personas privadas de libertad.

²⁰⁸ HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago de Chile, Jurídica de las Américas, 2009, p. 587.

penitenciarios del país²⁰⁹. Lo anterior, queda evidenciado por las continuas acciones y recursos que presentó María del Pilar López Barrera en contra los funcionarios de Gendarmería, puesto que seguía siendo víctima de los maltratos, humillaciones y discriminaciones por ser transgénero, a pesar de que las sentencias condenaban las prácticas realizadas por el personal de la institución.

Con relación al cambio de nombre de las personas transgénero en situación de privación de libertad, la Corte Suprema²¹⁰ resolvió que no tiene competencia para reconocer la identidad de género de éstas a través de la rectificación de su partida de nacimiento. Lo pronunciado por dicha Corte evidenció el fundamento para entender que el trato, dentro del régimen carcelario, atenderá a su identidad de género solo en las actividades cotidianas y no oficiales, por lo que, 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. Esto daría cuenta de un reconocimiento condicionado a las diversas situaciones y actividades penitenciarias, resultando ser un mecanismo poco eficaz para la protección total de la identidad de género de ésta²¹¹.

La línea seguida por el fallo de la Corte Suprema, que reconoce la identidad de género de manera parcial y sólo frente al ámbito interno del recinto penitenciario, permite concluir la existencia de un conflicto todavía mayor, puesto que no solo se vulnerarían nuevamente sus derechos fundamentales²¹², sino también, permitiría justificar el desconocimiento de la identidad de género al momento de ingresar a un recinto penitenciario, por lo que se mantendría aquella clasificación basada en el nombre y sexo registral. En ese sentido, la cuestión de fondo analizada en las sentencias anteriores, relativa a mujeres transgénero en recintos penitenciarios masculinos, sería una problemática que no lograría resolverse con los pronunciamientos de los tribunales de justicia chilenos, puesto que lo fallado no se adecuaría a lo señalado en los estándares internacionales de derechos humanos, que exigen reconocer el género con el cual se identifica la o el interna/o.

²⁰⁹ HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago de Chile, Jurídica de las Américas, 2009, p. 5921-592.

²¹⁰ Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, Corte Suprema de la República de Chile, Rol Número 6837-2017. Considerando cuarto.

²¹¹ SCHRAMM López, Steffi. Identidad de Género y Ejecución de Pena: Derechos Vulnerados de Personas Trans Privadas de Libertad. *Revista de la Justicia Penal*, (12): 217, 2018.

²¹² Como lo es su derecho a la identidad que permitiría adecuar su yo interno a su yo externo.

CONCLUSIONES

El reconocimiento en el plano internacional de la identidad de género implicó entender que ésta era inalienable de la dignidad humana, por lo que el disfrute de los derechos y libertades fundamentales era independiente de la misma²¹³. Asimismo, significó entender que la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, por lo que su reconocimiento por parte del Estado era de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero²¹⁴.

La legislación nacional no contempla formalmente en nuestra Carta Fundamental un derecho a la identidad²¹⁵, sin embargo, no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal, ya que pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional²¹⁶. En efecto, a través de criterios hermenéuticos se puede consagrar y reconocer el derecho a la identidad como un derecho implícito²¹⁷ dentro de la Constitución, por lo que merece el mismo respeto y garantía como cualquier otro que esté contenido expresamente en ella²¹⁸. En virtud de lo anterior, se desprende que la dignidad es el principal derecho que permite el reconocimiento y consagración de la identidad de género en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no se puede desconocer ni tampoco excluir la identidad de género de la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable que posee la dignidad²¹⁹.

Lo comentado, se ve sustentado, a su vez, en los estándares internacionales sobre ingreso carcelario de personas transgénero que establecen el respeto a la dignidad y valores intrínsecos en cuanto seres humanos, exigiendo que el trato que se les debe dar sea acorde a

²¹³ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, 2007, p. 7.

²¹⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. “Vivir libre e iguales” HR/PUB/16/3, 2016.

²¹⁵ Nuestra legislación contempla un derecho a la identidad de rango legal, el cual se entiende limitadamente como la facultad de toda persona para solicitar la rectificación de su sexo y nombre registral cuando éstos no coincidan con el género con el cual se identifican.

²¹⁶ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et praxis*, 9 (1): 403-466, 2003.

²¹⁷ La noción de derecho implícito forma parte y se configura a través del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales. NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, (5): 98, 2010.

²¹⁸ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, (5): 138-139, 2010.

²¹⁹ GONZÁLEZ Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. Ed. Civitas. Madrid, 1986. p. 25.

ellos, por lo que el derecho a la identidad al ser parte integral de la dignidad es un derecho que no puede afectarse, limitarse o restringirse temporalmente por la imposición de una condena privativa de libertad²²⁰, siendo un límite a la potestad punitiva del Estado²²¹. En efecto, éstos deben tener en consideración la elección y la identidad de género de las personas antes de su internamiento en los recintos penitenciarios, facilitándoles oportunidades para recurrir a tales decisiones en caso de que vulnere el reconocimiento y respeto a su identidad²²².

Nuestro Reglamento Penitenciario, constituye un importante esfuerzo por adaptar la legislación interna a las obligaciones emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile²²³. No obstante, el mundo carcelario es un escenario de indiferencia y dispersión normativa, el cual se ve agravado al carecer de un cuerpo orgánico y unitario que sistematice las materias relativas a la ejecución de sanciones penales²²⁴, por lo que se hace muy dificultoso proteger de la forma debida a los grupos en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las personas transgénero. Todo esto se ve potenciado con la falta de protocolos y políticas especializadas dentro del régimen penitenciario que digan relación con el tratamiento de dichas personas²²⁵.

La situación de la población transgénero en las cárceles implica un desconocimiento de su identidad de género, por lo que se hace imperativo entender y visibilizar que ella es parte esencial de la dignidad, es decir, que es un aspecto integral en el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad²²⁶.

En virtud de lo anterior, se evidencia la clara falta de pronunciamientos respecto a la segmentación y clasificación de las personas transgénero privadas de libertad por parte de la

²²⁰ En ese sentido lo disponen la *Regla 1* de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; el primer y quinto principio de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; el *Principio 1* de los Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; el prólogo de la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; *Principio 9* de los Principios de Yogyakarta; el *Principio I* y *VIII* de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y; el artículo 5.2 de la CADH

²²¹ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007, p. 22.

²²² *Ibid.*, p. 22.

²²³ HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago de Chile, Jurídica de las Américas, 2009, pp. 586-587.

²²⁴ *Ibid.*, p. 589.

²²⁵ SCHRAMM López, Steffi. Identidad de Género y Ejecución de Pena: Derechos Vulnerados de Personas Trans Privadas de Libertad. *Revista de la Justicia Penal*, (12): 225-226, 2018.

²²⁶ FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires, Astrea, 1982. 113 p.

Administración Penitenciaria, por lo que en la práctica se ha optado por el aislamiento y así evitar que sean atacados por la población penal general. Sin embargo, esta medida no resuelve el problema, puesto que no los resguarda de ser víctimas de los maltratos de los funcionarios de Gendarmería, siendo ineficaz y generando un espacio de indefensión todavía mayor²²⁷.

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema dispone que las personas transgénero en contextos oficiales se deberá atender a su identidad legal y sexo registral, y solo en las gestiones internas se reconocerá su identidad de género, es decir, se reconocerá su nombre y sexo social²²⁸, dando cuenta de la indiferencia que se tiene respecto a la cuestión de fondo relativa a mujeres transgénero en recintos penitenciarios masculinos.

Mantener ese lineamiento, en el cual el reconocimiento de la identidad de género es parcial y sólo frente al ámbito interno del recinto penitenciario, implicaría una clara vulneración a la dignidad de las y los reclusas/os transgénero, toda vez que se le afectaría un derecho que no se debería perder o limitar por la imposición de una pena privativa de libertad²²⁹. Debido a ello, es que es necesario establecer y garantizar medidas de protección adecuadas a la situación de personas transgénero privadas de libertad, que no impliquen la imposición de condiciones más restrictivas en comparación al resto de la población penal²³⁰, y que, en definitiva, se les reconozca el género con el cual se identifican para ingresar a un recinto penitenciario acorde a éste en virtud de lo que disponen los estándares internacionales sobre derechos humanos y administración de justicia.

²²⁷ SCHRAMM López, Steffi. Identidad de Género y Ejecución de Pena: Derechos Vulnerados de Personas Trans Privadas de Libertad. *Revista de la Justicia Penal*, (12): 225-226, 2018.

²²⁸ SCHRAMM López, Steffi. Identidad de Género y Ejecución de Pena: Derechos Vulnerados de Personas Trans Privadas de Libertad. *Revista de la Justicia Penal*, (12): 217, 2018.

²²⁹ Tal prohibición se encuentra tanto en los artículos 2 y 4 RP, como en los estándares internacionales sobre ejecución de sanciones penales.

²³⁰ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” A/HRC/31/57, 2016, p. 22.

BIBLIOGRAFÍA

BUTLER, Judith. *El género en disputa*. New York, Paidós Studio, 1999.

CASTELLANOS, Gabriela, GRUESO, Delfín y RODRÍGUEZ, Mariángela. *Identidad, cultura y política: perspectivas conceptuales, miradas empíricas*. México, Programa Editorial Universidad del Valle, 2010. Disponible en: http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LXI/iden_cul_pol.pdf

COFRE Lagos, Juan Omar. Los Términos "Dignidad" y "Persona". Su Uso Moral y Jurídico. Enfoque Filosófico. *Rev. derecho (Valdivia)*, 17: 9-40, 2004. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000200001

ESPINOZA, Olga. *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*. Madrid, Programa Euro Social, 2014. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/94ea454848933ba928bc545a14f3c0bb.pdf>

FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. Sexualidad y Bioética la Problemática del Transexualismo. *Revista Foro Jurídico* (5): 53-67, 2006. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18405>

FERNÁNDEZ Sessarego, Carlos. El daño a la Identidad Personal. *THEMIS, Revista de Derecho*, (36): 244-272, 1997. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743/12311>

GONZÁLEZ Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*. Ed. Civitas. Madrid, 1986.

HORVITZ Lennon, María Inés y LÓPEZ Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Santiago de Chile, Jurídica de las Américas, 2009.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. Diagnóstico de los estándares internacionales de derechos humanos*. Santiago de Chile, 2013. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4>

LAMAS Encabo, Marta. Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 7 (18): 1-24, 2000. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/351/35101807.pdf>

MAS, Grau Jordi. *Identidades Gestionadas. Un estudio sobre la patologización y la medicalización de la transexualidad*. Tesis (Máster Oficial en Antropología y Etnografía). Barcelona, Universidad de Barcelona, Facultad de Geografía e Historia, 2010. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/17986/1/Tesina%20Jordi%20Mas.pdf>

MEZA Lopehandía, Matías. *Identidad de género en la Constitución chilena*. Informe Asesoría Técnica Parlamentaria, Santiago, Chile, 2014.

NASH Rojas, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX: 489-509, 2013. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>

NASH Rojas, Claudio. Estudio introductorio: la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. En: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2012. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142503/Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-en-Chile.pdf?sequence=1>

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, 11(1): 221-241, 2005. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100008

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, (5): 70-149, 2010.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque de derechos y control de convencionalidad. Disponible en: <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. *Revista Chilena de Derecho*, 39(1): pp. 149-197, 2012. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000100007

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos. *Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte*, 13(1): 67-101, 2006. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/3710/371041318004.pdf>

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile. *Revista Ius et Praxis*, 6 (22): 229-279, 2002. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19760210.pdf>

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia. *Ius et praxis*, 9 (1): 403-466, 2003. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso

Organización Trans Diversidades (OTD). *Informe para el Comité para la Eliminación contra la Discriminación contra la Mujer en su sesión 69*. Santiago de Chile, 2018. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/CHL/INT_CEDAW_NGO_CHL_30046_S.pdf

PALAVECINO Cáceres, Adriana. El Derecho a la Identidad de las Personas Transgéneras. En: *Justicia, Género y Sexualidad. Primer encuentro académico – Santiago de Chile 2009*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos – Universidad de Chile, 2012.

PEÑA Torres, Marisol. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno. *Revista de Estudios Constitucionales*, 6 (1): 205-222, 2008. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060109.pdf>

SCHRAMM López, Steffi. Identidad de Género y Ejecución de Pena: Derechos Vulnerados de Personas Trans Privadas de Libertad. *Revista de la Justicia Penal*, (12): 195-228, 2018. Disponible en:

http://www.librotecnia.cl/ckfinder/userfiles/files/RJPdep_Identidad-de-genero-y-ejecucion-de-pena_SSchramm.pdf

SERRANO, Julia. *Whipping Girl: A Transsexual Woman on Sexism and the Scapegoating of Femininity*. 2 nd. Ed. Emeryville, CA, Seal Press, 2007.

Unidad de Protección y Promoción de los Derechos de Gendarmería de Chile. “*Manual de Derechos Humanos de la función penitenciaria*”. Santiago, 2013. Disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ddhh/Archivos_Adicionales/MANUAL_DDHH_GENCHI_FINAL.pdf

VILLALOBOS Badilla, Kevin. El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Tesis (memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2012. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>.

Legislación nacional

Decreto N°518. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 21 de agosto de 1998.

Ley N°21.120. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de diciembre de 2018.

Ley Orgánica N°2.859 de Gendarmería de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de septiembre de 1979.

Jurisprudencia nacional

Sentencia de fecha 30 de octubre de 1995, Tribunal Constitucional de la república de Chile (TC), Rol Número 226-1995.

Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009, Tribunal Constitucional de la república de Chile (TC), Rol Número 1340-09.

Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, Corte de Apelaciones de Iquique de la república de Chile, Rol Número 859-2016.

Sentencia de fecha 6 de febrero de 2017, Corte de Apelaciones de Antofagasta de la república de Chile, Rol Número 31-2017.

Sentencia de fecha 13 de marzo de 2017, Corte Suprema de la república de Chile, Rol Número 99.813-2016.

Sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, Corte Suprema de la república de Chile, Rol Número 6937-2017.

Sentencia de fecha 31 de julio de 2017, Corte de Apelaciones de La Serena de la república de Chile, Rol Número 122-2017.

Normativa Internacional

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*”, 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*”, 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp

Asamblea General de Naciones Unidas. “*Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*” 43/173, 1988. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>

Asamblea General de Naciones Unidas. “*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*” 39/46, 1984. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf

Asamblea General de Naciones Unidas. “*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*” 34/180, 1979. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Asamblea General de Naciones Unidas. “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” 2200 A (XXI), 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Asamblea de Naciones Unidas. “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” 2200 A (XXI), 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Asamblea General de Naciones Unidas. “*Principios básicos para el Tratamiento de los Reclusos*” 45/111, 1990. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.aspx>

Asamblea General de Naciones Unidas. *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)* A/RES/65/229, 2011. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

Asamblea General de Naciones Unidas. “*Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*” A/RES/70/175, 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10266.pdf?view=1>

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), 2008. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 2009. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2600 (XL-O/10), 2010. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 2011. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 2012. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*” AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), 2014. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/AG-RES2863-XLIV-O-14esp.pdf>

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. “*Promoción y Protección de Derechos Humanos*” AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), 2016. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/ag-res_2887_xlvi-o-16.pdf

Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*, 2012. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). “*Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo. Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe*”, 2013. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/21835-consenso-montevideo-poblacion-desarrollo>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “*Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*” OEA/Ser.L/V/II, 2011, p. 57. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las personas Privadas de Libertad en las Américas*” OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, 2008. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “*Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*” OAS/Ser.L/V/II.rev.2, 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10247.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*Observación General N°20 La no discriminación y los derecho económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”, 2009. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8792.pdf>

Comité Jurídico Interamericano. “*Opinión sobre el alcance del derecho a la identidad*” CJI/doc.276/07 rev.1, 2007. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. “*Recomendación general N°28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*”, 2010. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8338.pdf>

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*” A/HRC/19/41, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_spanish.pdf

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. “*Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*” A/HRC/35/36, 2017. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/095/58/PDF/G1709558.pdf?OpenElement>

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *“Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”* A/HRC/31/57, 2016. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *“Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”*, 2007. Disponible en: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 *“Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”*, 2017. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *“Manual sobre Reclusos con necesidades especiales”*, 2009. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *“Vivir libre e iguales”* HR/PUB/16/3, 2016. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual_SP.pdf

Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01.pdf

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf

Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 27 de abril de 2012. Disponible en:
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf