



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

IDENTIDAD Y EXPRESIÓN DE GÉNERO DE LAS PERSONAS TRANS EN LAS
UNIDADES PENALES CHILENAS

Ensayo sobre misgendering y su relación con la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y
degradantes

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

DANIEL ESTEBAN ESPINOZA ESPINOZA

PROFESOR GUÍA: ÁLVARO CASTRO MORALES

Santiago de Chile

2019

A mi madre, Margarita Espinoza Velásquez

Tabla de contenido.

Resumen	7
1. Introducción	9
2. Las personas transgénero.	13
3. Un concepto ampliado de <i>misgendering</i>.	21
4. Instrumentos internacionales de derechos humanos.	25
5. Tortura, tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.	33
a. Tortura.....	35
b. Tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.	38
6. <i>Misgendering</i> a la luz de los actos prohibidos.	43
a. <i>Misgendering</i> y tortura.	43
i. <i>Métodos tendientes a anular la personalidad.</i>	44
ii. <i>Intencionalidad</i>	45
iii. <i>Finalidad.</i>	45
b. <i>Misgendering</i> y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.	46
7. A modo de conclusión.	51
Referencias.....	53

Resumen: El presente ensayo construye un concepto de *misgendering* que permite problematizar la relación entre el sistema penitenciario y las personas transgénero privadas de libertad. Desde una perspectiva de identidad de género, se identifican situaciones de violencia que subyacen en esa relación, y se analizan bajo el prisma de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Finalmente, se concluye que estamos frente a una grave vulneración de derechos humanos que podría constituir trato degradante.

Palabras claves: Transgénero, identidad de género, privados de libertad, *misgendering*, tortura, malos tratos, derechos humanos.

Abstract: This essay builds a concept of *misgendering*, allowing to problematize the relationship between the penitentiary system and the transgender people who are deprived of their liberty. From an identity of gender perspective, situations of violence are identified underlying that relationship, and they are analyze under de prism of torture and others cruel, inhuman and degrading treatments. Finally, it is concluded that we are in front of a serious infringement of human rights that could constitute degrading treatment.

Key words: Transgender, identity of gender, deprived of liberty, *misgendering*, torture, bad treatments, human rights.

1. Introducción.

La odiosamente llamada “ideología de género” está en boga. En Chile, recientemente se promulgó la Ley de Identidad de Género (La Tercera, 2018), que permite el cambio de sexo registral de las personas trans, sin necesidad de informes médicos ni intervenciones quirúrgicas, vale decir, desde una perspectiva no patologizante. Asimismo, en febrero recién pasado, la película chilena “Una mujer fantástica”, que narra la historia del duelo de una mujer trans luego de la muerte de su pareja, protagonizada por la actriz Daniela Vega (mujer transgénero), ganó el óscar a mejor película extranjera. En otro ítem, y desde la vereda del frente, el año 2017, la señora Marcela Aranda gestionó que un bus –autodenominado “de la libertad”- recorriera las calles de Santiago con mensajes transfóbicos (T13, 2017), y hay una sintonía reaccionaria en políticos conversadores de diferentes países en torno a “combatir” esta mal llamada ideología de género; en Chile, J.A. Kast (La Tercera, 2017); en Brasil, J. Bolsonaro (El Diario, 2019); o en España, el partido político Vox (El Español, 2018).

Las personas transexuales o transgénero se han vuelto visibles para el mundo, así como sus problemas particulares, y ha quedado en evidencia la deuda de los Estados respecto a su deber de garantizar el goce de los derechos humanos y fundamentales de esta población. En Chile, la ley de identidad de género ha sido un paso importante en este sentido, aunque no es suficiente. Las personas trans viven situaciones habituales de violencia motivadas por su identidad de género (CIDH, 2015). Tres datos: 369 personas trans fueron asesinadas el año 2018, 325 el año 2017, 295 el año 2016. Hay que tener presente que esta cifra, ascendiente, sólo permite recoger datos de personas que hayan sido identificadas como trans por la policía, así que es probable que sea mayor.

La violencia contra las personas trans se da en diferentes niveles y en diferentes entornos, de parte de la sociedad civil y de agentes del Estado. Sin embargo, nos preocupa en este trabajo el goce de los derechos humanos de los transgénero en las cárceles, dado que la privación de libertad afecta esencialmente la autonomía de los sujetos; esto es, la privación de libertad no sólo restringe la libertad de desplazamiento del interno y su capacidad de elegir dónde estar, sino que este queda sometido a la custodia y vigilancia del Estado, a través de Gendarmería de Chile, en una relación asimilable a la teoría de sujeción especial (Kendall, 2010, pp. 36 y ss.), y cuyo objetivo no solamente es la contención y el encierro, sino el disciplinamiento.

Bajo este paradigma, una persona trans, que ya en el medio libre sufre constantemente agresiones, físicas o verbales, por su identidad de género, queda sujeto a situaciones de violencia derivadas de la ignorancia y/o la transfobia, dentro de un espacio del que no puede huir, y cuyas agresiones muchas veces son ejecutadas por sus propios custodios (Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, 2016).

Además, vale la pena recordar en este punto los diversos estudios que se han preocupado de las condiciones carcelarias en Chile, entre ellos están los informes del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) o los Informes Anuales de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, estudios que han denunciado las malas condiciones de habitabilidad de las cárceles y los malos tratos de los funcionarios.

El año 2017, el INDH, realizó una investigación para analizar el cumplimiento de las recomendaciones hechas al Estado de Chile en el marco del primer estudio sobre las condiciones carcelarias en Chile (INDH, 2013). Algunas conclusiones de este estudio son las siguientes (INDH, 2018).

Habiéndose visitado 43 unidades penales, en 22 de ellas los reclusos no tienen acceso a agua potable las 24 horas, es común que los presos orinen o defequen en tarros o botellas plásticas y en 24 recintos no hay camas suficientes para toda la población penal. Hay carencia en la dotación general de médicos y de especialistas y las dolencias de los enfermos no son tomadas con la debida seriedad. A su vez, existe una limitada y casi nula atención de salud mental para los privados de libertad. Aún se mantienen los malos tratos y el uso de violencia por parte de algunos funcionarios y prácticas de amedrentamiento.

Retomo la idea: una persona trans que ha vivido toda su vida bajo agresiones de la sociedad civil (OTD Chile, 2017), ingresa a un sistema penitenciario (cerrado) con condiciones de vida precarias y cuyos funcionarios –en algunos casos- maltratan y violentan a la población penal. Ciertamente hay un problema de derechos humanos que debe ser observado con atención, porque pueden darse –y se dan (INDH, 2013, p. 178)- vulneraciones en torno a esta población. En los estudios de las condiciones carcelarias en Chile recién citados la población LGBTI es considerada una población particularmente vulnerable (INDH, 2013, p. 161) y, desde luego, la población penal es una población vulnerable también (Bulnes, *et al.*, 2017, p. 6). Gran parte

del interés de este trabajo es reflexionar sobre un grupo considerado particularmente vulnerable dentro de un grupo que ya es considerado como tal.

El objeto de reflexión y análisis de este trabajo es la relación del Estado (a través de GENCHI) con la población trans reclusa, y un tipo de violencia en específico que puede generarse de esta relación en particular. Si bien ilustraremos *grosso modo* las distintas formas de violencia que vive la población trans, no se profundizará en ellos, porque hay bastante literatura al respecto, y es literatura que pone el énfasis en acciones que son constitutivas de delito (CIDH, 2015), homicidio, violación, agresiones físicas; que son estudios que básicamente pueden hacerse respecto de cualquier persona. Pero hay formas de violencia dirigidas a un grupo en específico y cuyas formas son violentas sólo desde su particular perspectiva.

En orden a circunscribir el problema, podemos decir –rápidamente en esta introducción- que lo que constituye a una persona trans como tal es la incongruencia entre sexo e identidad de género. Esta incongruencia es asumida por la persona trans y prima la identidad de género, quien se reconoce de acuerdo a ella y espera ser reconocido o reconocida socialmente de acuerdo a esa identidad. Dado esto, cuando esta incongruencia es negada de forma explícita o implícita, a nivel institucional o particular, respecto de otra persona (una persona trans), primando el sexo como antecedente necesario -y obligatorio- del género, esta acción atenta contra el derecho a la identidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la autodeterminación (CIDH, 2017, pp. 44-45) y, en último término, el derecho a la integridad síquica (OTD Chile, 2017) de la persona trans. A esta acción la llamamos *misgendering*. El *misgendering* es el trato que da un tercero a una persona trans ignorando su identidad de género, con el ánimo de humillarlo. El *misgendering* es esta forma de violencia particular.

Dicho lo anterior, si ahora partimos de la base que la población penal es separada, entre otros criterios, por género (artículo 19 del DTO 518 de 1998), al primer contacto de una persona trans con el sistema penitenciario, aquella será discriminada; si no ha cambiado su sexo registral, será recluida con personas del otro género, así como también será registrada por funcionarios del otro género. Y, más simple aún, será tratada por los funcionarios por su nombre registral, no por su nombre social; en el trato cotidiano y obligatorio dentro de la unidad penal, será tratado o tratada como una persona con otro género, será tratada como una persona que no es, o sea, como otra persona.

Este es nuestro problema –que desarrollaré con detalle más adelante-, y lo que me interesa respecto de él es su relación con los malos tratos, con los actos prohibidos en los instrumentos internacionales; básicamente, establecer si tratar a una persona trans por su nombre registral o recluirlo con personas de distinto género puede ser considerado tortura, trato cruel, inhumano o degradante. En otras palabras, si la negación institucional del género de una persona dentro de las unidades penales puede ser considerada una violación a la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y/o degradantes.

Lo que me propongo, en suma, es construir un concepto de *misgendering* que pueda dar cuenta de la relación Estado/persona trans, que visibilice la violencia contenida en esa relación y que, una vez visible, podamos mirarla, en particular, desde el prisma de los actos prohibidos y, en general, desde una visión amplia de derechos humanos.

Este trabajo se desglosa en siete apartados y esta introducción es el primero de ellos; el segundo conceptualiza a la población trans, hace distinciones necesarias y hace una exposición sucinta de los tipos de violencia contra la población LGBTI, en especial, las personas trans. El tercer apartado propone un concepto ampliado de *misgendering* que nos permitirá problematizar la relación del sistema penitenciario con la población trans. En el cuarto, se analizan las normas de derecho internacional de los derechos humanos relativas a la identidad de género, las regulaciones relativas a las personas privadas de libertad (en lo que nos interesa) y a la población LGBTI y trans, en particular. En el quinto apartado, se estudian los actos prohibidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a saber, la tortura, los tratos o penas crueles, inhumanos y/o degradantes. El sexto apartado hace una síntesis de los elementos aportados en las otras secciones y analiza el concepto de *misgendering* a la luz de los actos prohibidos, permitiéndonos responder a la interrogante aquí planteada. Incluyo un séptimo apartado, a modo de conclusión.

2. Las personas transgénero.

Las personas transgénero o transexuales son aquellas cuya autopercepción innata de género no se corresponde con la identidad sexo/género socialmente aceptado. En palabras de la APA Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Concerns Office (2011, p. 1): “Transgénero es un término global que define a personas cuya identidad de género, expresión de género o conducta no se ajusta a aquella generalmente asociada con el sexo que se les asignó al nacer.”

En nuestra cultura el género se ha construido de forma binaria, hombre/mujer, masculino/femenino, fundado en la diferenciación biológica de los genitales (o, biológicamente hablando, de los cromosomas). Los hombres (XY) tienen pene y las mujeres (XX) tienen vagina. Además, todo género tiene asociada una expresión que le corresponde: hombre/lo masculino, mujer/lo femenino. Los transgénero no cumplen esa norma, ya que sexo y género no se corresponden, encontrando en ellos la relación inversa: pene/mujer, vagina/hombre. A las primeras las llamamos mujeres transexuales o transexuales femeninos, a los segundos, hombres transexuales o transexuales masculinos (APA Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Concerns Office, 2011, p. 1).

Hay tres cosas que mencionar, sólo para despejar algunas dudas, antes de seguir:

1. Existen personas intersexuales, cuyo cuerpo tiene rasgos masculinos y femeninos. La problemática de género en esas personas no será tratada en este ensayo.
2. Hay autores que distinguen entre transgénero y transexual, y las bases de la distinción varían de uno a otro, ya sea porque el enfoque está en la intervención quirúrgica u hormonal, o en la disconformidad con el cuerpo, o en la capacidad de transitar de una identidad de género a otra sin elegir o sentir uno permanentemente, o incluso en la identificación con ninguno de los dos géneros culturalmente aceptados. Para efectos de este estudio, ambas acepciones son sinónimos, tratan de personas que se identifican exclusivamente como hombre o mujer, e incluyen a personas que ya han transitado biológicamente al sexo correspondiente a su identidad de género (reasignación de sexo), a quienes están en proceso y a quienes no han intervenido su cuerpo quirúrgica ni hormonalmente, ya sea porque no han tenido oportunidad de iniciar el proceso o se encuentran conformes con su cuerpo. También usamos, simplemente, el término trans.

3. Las ciencias sociales han sido prolíferas en estudios de género y han cuestionado su necesidad binaria. Las personas transexuales no cuestionan el género en este sentido, muchos de ellos ni siquiera cuestionan la relación sexo/género, sino que simplemente sostienen que nacieron en el cuerpo equivocado, que la naturaleza puede equivocarse.

Continuemos.

Las personas transexuales han sido englobadas dentro del conjunto de las disidencias sexuales llamadas LGBTI (o LGBT, LGBTIQ, LGBTIQ+). Esta asociación incluye a las orientaciones sexuales o a las identidades de género que están fuera de la heteronormatividad (o heteronorma).

La sigla LGBTI se desglosa de la siguiente manera: Lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales, y para entender esas categorías es necesario hacer distinciones:

- a. Sexo biológico: Hace referencia a aspectos físicos objetivamente mensurables (cromosomas, pene, vagina, hormonas, etc.)
- b. Género: Se refiere al conjunto de prácticas, creencias, representaciones y prescripciones sociales que surgen entre los integrantes de un grupo humano en función de una simbolización de la diferencia anatómica entre hombres y mujeres (Lamas, 2000, p.4). De esta clasificación, se atribuyen características exclusivas a uno y otro sexo, a saber, lo masculino y lo femenino.
- c. Identidad de género: “Es 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 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”. (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 6).
- d. Expresión de género: Se vincula con cómo mostramos nuestro género al mundo, a través de nuestro nombre, cómo nos vestimos, nos comportamos, interactuamos, entre otros.

- e. Orientación sexual: Es la atracción física, emocional, erótica, afectiva y espiritual que sentimos hacia otra persona.

Como vemos, mientras las lesbianas, gays y bisexuales tienen orientaciones sexuales que no se corresponden con la norma (heterosexualidad), las personas transexuales e intersexuales tienen identidades de género que no se corresponden con su sexo biológico (y la atribución cultural sexo/género), hay una disociación conciencia/cuerpo que puede o no ser corregida a través de tratamientos médicos, hormonales y/o quirúrgicos. Thomas Hammamberg ha dicho lo siguiente respecto a la identidad de género (2009, p. 4):

La noción de identidad de género ofrece la oportunidad de entender que el sexo asignado al nacer puede no corresponderse con la identidad de género innata que los/as niños/as desarrollan cuando crecen. Hacen referencia a la experiencia de género interna e individual de cada persona, sentida a un nivel profundo, que puede o no corresponderse con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido personal del cuerpo y de otras expresiones de género como la forma de vestir, el habla y los gestos. La mayoría de las personas definidas legalmente como hombre o mujer tienen la correspondiente identidad de género masculina o femenina. Sin embargo, las personas transgénero no desarrollan esta identidad de género correspondiente y pueden desear cambiar su estatus jurídico y social y su condición física – o partes de éstos- para que coincida con su identidad de género. Modificaciones de la apariencia o funciones del cuerpo a través de la vestimenta, métodos, médicos, quirúrgicos u otros, suelen formar parte de la experiencia personal del género de las personas transgénero.

Estas distinciones son necesarias, dado que suelen confundirse las orientaciones sexuales con las identidades de género diversas, cuya relación puede darse, pero no de manera necesaria. Esta confusión no sólo existe en el ideario común de la sociedad, sino que en la misma lógica de los Estados, quienes confunden orientación sexual e identidad de género, ya sea en su legislación o en sus registros públicos (CIDH, 2015, p. 81). El mismo Estado chileno, actuando como GENCHI, no distingue en la ficha única de los internos estos dos conceptos y engloba ambos en el de orientación sexual. Sin embargo, fuera del ámbito penitenciario se ha comenzado un cambio, desde políticas de inclusión en el ámbito educacional, reforzadas con

guías contra la discriminación (Ministerio de Educación, *et. al.*, 2018) y que sugiere a los colegios adaptar sus proyectos educativos para que sean respetuosos con las diversas orientaciones sexuales e identidades de género y promover ambientes escolares inclusivos respecto a esta población, hasta la recientemente promulgada Ley de Identidad de Género.

Empero, esta población vive bajo constante hostigamiento. La violencia es generalizada a nivel regional contra las personas LGBTI (CIDH, 2015, p. 81). En el Registro de Violencia contra personas LGBT en América de la CIDH, se destaca que en un período de quince meses, desde Enero de 2013 hasta Marzo de 2014, ocurrieron 770 actos de violencia contra estas personas, en 25 Estados miembros de la OEA, incluyendo Chile. La CIDH (2015, p. 85) agrega:

En el Registro de Violencia referido anteriormente existen numerosos ejemplos de homicidios particularmente crueles, incluyendo casos de personas lapidadas, decapitadas, quemadas y empaladas. Muchas víctimas son repetidamente apuñaladas o golpeadas hasta la muerte con martillos y objetos contundentes. Otras reciben puñetazos o patadas hasta su muerte, les arrojan ácido o son asfixiadas. Algunas de las víctimas en el Registro fueron reiteradamente atropelladas por carros, mutiladas o incineradas. En muchos casos, las víctimas fueron asesinadas luego de ser sometidas a horribles actos de tortura, tratos inhumanos o degradantes, y múltiples formas de extrema humillación, degradación y violación.

El año 2016, 237 personas transexuales fueron asesinadas en el mundo, 191 de ellas fueron asesinadas en América Latina (Transgender Europe, 2016). En Chile asesinaron a una de ellas, Litzzy Odalis, de 3 puñaladas. El año anterior, 2015, Teresa Ruiz, de 26 años, activista transgénero, también fue asesinada en nuestro país.

Estos son los números de los casos que revisten suma gravedad. Sin embargo, la población LGBTI vive en contextos sociales de violencia cotidiana, ataques no letales, como empujones, palizas, lanzamiento de botellas y piedras, u otros objetos contundentes (CIDH, 2015, p. 82).

De acuerdo a la Encuesta T (OTD Chile, 2017), en nuestro país, la violencia cotidiana se vive en los distintos espacios de socialización, familia, colegio, trabajo. Dentro de la familia la violencia más recurrente es el cuestionamiento a la identidad, seguida por ignorar y agredir verbalmente. En el colegio, en la enseñanza básica, la discriminación se da mayoritariamente

en los niveles de 5° a 8° básico; en la educación media la discriminación es mayor y se da en todos sus grados. La violencia parte desde el cuestionamiento a la identidad hasta la agresión verbal, siendo los compañeros los que más agreden verbalmente, y los profesores y directivos quienes más ignoran. Por cierto, un 56% de las personas encuestadas en la Encuesta T declara haber intentado suicidarse, siendo los primeros intentos entre los 11 y 15 años.

Como vemos, la violencia es transversal en los distintos grupos de socialización, y sus grados son diversos, por ejemplo, estas cifras del año 2016: 332 casos (denunciados) de homofobia o transfobia ocurrieron en Chile ese año, cuatro asesinatos, cuarenta agresiones físicas o verbales perpetradas por desconocidos, tres atropellos policiales, 32 abusos laborales y 13 educacionales, 37 campañas homofóbicas y transfóbicas, 79 exclusiones institucionales, 19 negaciones de productos o servicios, 56 agresiones comunitarias (familia, amigos, vecinos), 48 discursos de odio y 1 hecho de discriminación en los medios (MOVILH, 2016). La agrupación MOVILH señalaba el año 2010 que el 62% de las personas LGBTI asesinadas eran transexuales (MOVILH, 2010).

Constanza Valdés Contreras, asesora jurídica de OTD Chile, ante la Comisión de DDHH de la Cámara, explicó que tanto la falta de reconocimiento legal de la identidad de género, la discriminación en los colegios, en las propias familias y en la sociedad en general, marginalizan a este grupo, presentándoles dificultades para recibir educación o para integrarse a algún empleo formal, por lo que muchos transexuales han tenido que dedicarse al comercio sexual, donde muchas mujeres transexuales han sufrido distintos tipos de agresiones e incluso han sido asesinadas (Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios, 2018, p. 4).

Asimismo, la CIDH ha denunciado la violencia ejercida por parte de los agentes de seguridad del Estado (2015, p. 99):

Según información recibida por la Comisión, la violencia ocurre en todas las etapas de custodia policial, incluyendo la aprehensión, el transporte en vehículos policiales y, sobre todo, en las instalaciones de las estaciones de policía y centros de detención. Entre las formas de abuso más comúnmente denunciadas se encuentran las extorsiones y demanda de favores sexuales; uso excesivo de la fuerza; palizas; uso de armas de fuego para herir o incapacitar a las víctimas; casos en los que las mujeres trans se ven obligadas a desnudarse completamente en público; así como constante hostilidad y actos de humillación como quitarles forzosamente sus pelucas; uso malintencionado o

deliberado de un género distinto al cual se identifican para referirse a ellas – *misgendering*- y abusos verbales reiterados.

La Corte, a su vez, ha recibido información de violencia, tortura y tratos inhumanos y degradantes a personas LGBTI en los centros de detención., constituyendo esta población el último escalafón de la jerarquía informal en los centros de detención (CIDH, 2015, p. 106). Es una población vulnerable que enfrenta un riesgo mayor, principalmente, de violencia sexual: violación, acoso, abuso físico o intimidación para proveer servicios sexuales, en muchos casos facilitada o promovida por los mismos guardias carcelarios (CIDH, 2015, p. 108). Al respecto, el Relator Especial sobre Tortura ha señalado:

Ellos/as (*la población LGBTI*) con frecuencia son considerados como una sub-categoría de personas reclusas y detenidas en peores condiciones que el resto de la población de la prisión. El Relator Especial ha recibido información según la cual miembros de minorías sexuales en detención habían sido sujetos a violencia considerable, especialmente abusos sexuales y violación, por parte de compañeros reclusos y, en ocasiones, por guardias de prisiones. Se afirma también que el personal penitenciario ha fallado en tomar medidas razonables para disminuir el riesgo de violencia por parte de compañeros y compañeras reclusos/as o que incluso han alentado la violencia sexual, señalando miembros de minorías sexuales a los compañeros reclusos expresamente para ese propósito. Se cree que los y las agentes penitenciarios/as se valen de amenazas de transferencias a las áreas de detención principales, donde los miembros de minorías sexuales correrían un alto riesgo de ataque sexual por otros individuos reclusos. En particular, se afirma que las personas transexuales y transgénero, especialmente los reclusos transexuales hombre-a-mujer, se encuentran en mayor riesgo de abuso físico sexual por parte de los guardias de prisiones y los compañeros reclusos si son ubicados entre la población general en prisiones para hombres (citado por Penal Reform International, 2013, p. 3).

En Chile, si bien hay manifestaciones de discriminación, las pocas investigaciones que se han hecho no dan cuenta del nivel de violencia descrito arriba, no obstante se muestran casos de agresiones físicas perpetradas por funcionarios (INDH, 2013, p. 183). En los estudios chilenos

la población LGBTI es reconocida como un grupo vulnerable en las unidades penales, y particularmente, los transexuales. El Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013, p. 180) lo expresa de la siguiente manera:

En los grupos de la diversidad sexual son los/as internas transgénero quienes experimentan varias manifestaciones de discriminación. Al ser físicamente hombres, son ubicados en cárceles de hombres, a pesar de sentirse mujeres, vestirse como mujeres y tener nombres de mujer. Esta forma de vida es absolutamente vulnerada y discriminada al interior de los centros penitenciarios, ya que se les trata como hombres, se les dificulta el acceso a sus ropas, maquillaje, medicina de hormonas y se les nombra como hombres.

Asimismo, se manifiestan situaciones de discriminación relativas a la ubicación en sectores aislados, justificadas en razones de seguridad, dificultando la integración. A su vez, en el acceso a los servicios, como escuela, talleres de capacitación, talleres laborales, entre otros, también se identifican problemas de acceso, ya que los internos muchas veces no quieren compartir ese espacio con personas LGBTI (INDH, 2013, p. 184).

3. Un concepto ampliado de *misgendering*.

La referencia errónea de la identidad de género de manera deliberada –*misgendering*– ocurre cuando una persona se refiere a otra utilizando términos (generalmente pronombres, sustantivos y adjetivos) que expresan un género con el que no se identifican, con el fin de humillarla y denigrarla. Esto ocurre por ejemplo, cuando se hace referencia a las mujeres trans como hombres o según su nombre masculino registrado, y cuando se hace referencia a hombres trans como mujeres o según su nombre femenino registrado (CIDH, 2015, p. 100).

Desde el punto de vista de la persona transgénero, el *misgendering* es la experiencia en que la propia identidad no es reconocida por otros (McLemore, 2014, p. 1).

Esta forma de violencia psicológica es habitual, sistemática, y es la forma más común de la violencia cotidiana contra las personas transexuales. No tiene sanción y es perpetrada por algunos funcionarios en las unidades penales (INDH, 2013, pp. 178, 180, 181, 182, e Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, 2016).

McLemore explica el fuerte impacto psicológico del *misgendering* en las personas que lo sufren. El autor parte de la base de que las personas buscamos correspondencia y reconocimiento en los demás, en el caso particular, que reconozcan nuestra identidad como nosotros nos vemos. Se trata de ser entendidos por otros y tener una retroalimentación consistente con nuestra propia mirada de nosotros mismos (*self-view*). Esta consistencia hace que el entorno pueda ser comprendido y controlable, satisfaciendo una necesidad psicológica de coherencia, proveyendo de auto conocimiento y posibilitando las interacciones sociales auténticas. Cuando no existe esta correspondencia se manifiesta de forma negativa en el sujeto, por ejemplo, a través de depresión, ansiedad o baja autoestima, y socavando las relaciones sociales (McLemore, 2014, p. 2).

Pero ¿qué pasa, por ejemplo, cuando a las personas trans no se les permite vivir su identidad de género a través de la expresión de género? La pregunta es pertinente en tanto la cárcel es una institución total, que regula la vida de los reclusos, dejando pocos márgenes de libertad individual, y el *misgendering* podría perpetrarse por otras vías de hecho, además de la negación/atribución verbal de la identidad de género.

Para que haya esa correspondencia de la propia identidad con el reconocimiento de los demás, debe antecederla una manifestación personal de quien quiere que su identidad sea reconocida

socialmente. Debe, en esta hipótesis, ser posible la expresión de género. En este sentido, cualquier acción positiva de parte de un tercero tendiente a impedir esa expresión de género puede trastocar los mecanismos de correspondencia y reconocimiento. Pensemos en las mujeres transexuales y, desde luego, pensemos en las mujeres en general; en el maquillaje y la ropa, elementos identitarios femeninos. La ropa y el maquillaje constituyen parte de lo que se entiende por femineidad, y la femineidad para muchas es un atributo esencial de la identidad de género, las define como mujeres, es parte de su dignidad. En las mujeres transexuales ocurre algo similar, acentuado por el hecho de que son aquellos –la ropa y el maquillaje– los elementos que revelan hacia el mundo su identidad de género; son esenciales para el reconocimiento. Negar el libre acceso a ellos es una vía de hecho de *misgendering*, que puede resumirse de la siguiente forma: “tú eres hombre, no usas maquillaje ni ropa de mujer.” Y así, la mujer transexual debe presentarse ante el mundo como hombre.

Estas acciones niegan –de hecho– la identidad de género de las personas transgénero y le atribuyen –de hecho– el género que no les corresponde. A su vez, la asignación a las unidades penales por sexo, y los registros corporales ejecutados por personas de distinto género, son manifestaciones del mismo fenómeno.

Propongo, en consecuencia, un concepto ampliado de *misgendering*, integrado por acciones positivas y directas, y por acciones indirectas que, por la vía de imposibilitar la expresión de género, generan el efecto propio de los actos de *misgendering*.

Atendiendo a la cita que hicimos del INDH, a las mujeres transexuales se les trata como hombres, se les dificulta el acceso a sus ropas, maquillaje, medicina de hormonas y se les nombra como hombres.

Estos datos son importantes, porque a partir de ellos podemos sustentar la hipótesis de que en las unidades penales se producen acciones de *misgendering*, tanto en su sentido natural, vale decir, acciones positivas y directas, de parte de funcionarios o demás internos, como en el sentido ampliado, donde la institucionalidad también contiene este tipo de violencia.

Este concepto ampliado nos permite problematizar las condiciones carcelarias en que viven las personas transexuales desde una perspectiva alternativa, desde la perspectiva de su identidad. Es este tipo de violencia, que consideramos sistemática, regular y grave, la que tenemos que contrastar con los instrumentos internacionales de derechos humanos, en orden a determinar las obligaciones de los Estados respecto al trato de los privados de libertad transgénero y, en

particular, determinar si el *misgendering*, este tipo particular de violencia, constituye tortura o trato cruel, inhumano o degradante.

4. Instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los últimos cincuenta años han sido fundamentales para la comprensión de la identidad y el respeto de las libertades de los diferentes grupos que componen esta población, con hitos tales como la eliminación de la homosexualidad del catálogo de trastornos mentales del DSM en su segunda versión en 1973, o las leyes que permiten el matrimonio homosexual en diversos países del mundo, la mayoría de ellos europeos, sin embargo en Sudamérica encontramos a Argentina (2010), Brasil (2013), Colombia (2016) y Uruguay (2013).

No obstante, el devenir histórico de la población transgénero ha sido un poco más difícil. El DSM IV (APA, 1994) y la CIE-10 (OMS, 1990) tratan a la transexualidad como trastorno mental, lo que redundaba en una estigmatización de esta población (STP, 2012, p. 4), considerando su identidad de género como una enfermedad y sometidos a un diagnóstico psiquiátrico previo antes de poder someterse a una cirugía de reasignación de sexo. Sobre este particular, no fue sino hasta Junio de 2018 que la OMS publicó su nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11), y eliminó de su lista a la transexualidad como trastorno mental (OMS, 2018). No obstante, la define como “incongruencia de género”. Esta nueva clasificación comenzará a regir el año 2022.

La academia, desde la sociología y la psicología, se ha preocupado de la realidad transgénero desde diversos enfoques, ya sea desde el cuestionamiento a la patologización (Missé y Coll-Planas, 2012; Nosedá, 2012) o desde el derecho a la identidad (Sally Hines y Tam sanger, 2010; Chárriez, 2013). Nada de esto hubiese sido posible sin los movimientos LGBTI, y es a partir de ellos que los teóricos han contribuido a formalizar las demandas con autoridad académico-burocrática. Todo esto ha logrado un efecto en la institucionalidad de los diversos Estados, lo que también ha permeado el derecho internacional, a saber, los principales mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas que afirman la obligación de los Estados de garantizar la protección a las personas frente a la discriminación por orientación sexual o identidad de género (Yogyakarta, 2007, p. 6). Así es que, luego de tratamientos fragmentados e inconsistentes, un grupo de especialistas en derechos humanos, reunidos en Yogyakarta el año 2006, en el marco de un proyecto de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, elaboraron los principios de Yogyakarta que, frente a la violación de derechos humanos por orientación sexual o identidad de género,

sistematizan el catálogo de derechos humanos desde la perspectiva de las necesidades particulares de la población LGBTI, entre otros, el derecho a la personalidad jurídica, a la salud, al trabajo, a la vivienda, a la igualdad y no discriminación, a la educación, a protección contra abusos médicos, el derecho a formar una familia. Destacan en este sentido, por la tesis aquí propuesta, el derecho que tiene toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente y el de toda persona de no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Estos derechos, huelga decir, no nacen con los Principios de Yogyakarta, sino que son obligaciones contenidas en instrumentos internacionales previos, más generales, relativos al trato que deben recibir las personas privadas de libertad.

Sin embargo, la interpretación de los derechos humanos en clave LGBTI, no sólo se circunscribe a los principios de Yogyakarta, sino que en nuestro sistema regional también encontramos pronunciamientos sustantivos.

Respecto al derecho a la identidad de género, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva solicitada por la República de Costa Rica, ha señalado que el derecho a la identidad de género es un derecho humano (CIDH, 2017, p. 46). A juicio de la Corte esta identidad es una expresión del derecho a la vida privada, cuyo reconocimiento es condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad (CIDH, 2017, p. 44) y, aquel, reconocido en el artículo 11 de la Convención se encuentra, en opinión de la CIDH, íntimamente ligado al concepto de libertad y autodeterminación.

La Corte define el concepto de identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos, según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso” (CIDH, 2017, p. 45). Asimismo, reconoce que “el derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez” (CIDH, 2017, p. 45). La Corte señala que el derecho a la identidad está fuertemente relacionado con la dignidad, la vida privada y la autonomía.

En torno a la identidad de género, la Corte señala que aquella se constituye como derecho humano de carácter autónomo, cuyo contenido integra normas de derecho internacional y rasgos culturales particulares de los ordenamientos internos de los Estados (CIDH, 2017, p. 45). Entiende, a su vez, la identidad de género como una construcción identitaria, libre y autónoma (CIDH, 2017, p. 47):

De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad.

En lo relativo a la expresión de género, la Corte indica que esta manifestación se encuentra protegida por el artículo 13 de la CADH, que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Asimismo señala que interferir arbitrariamente en la expresión de género podría constituir una vulneración al derecho del artículo 13 (CIDH, 2017, p. 47).

En conclusión, la Corte entiende que (2017, p. 48):

La identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a

la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación.

Es necesario ahora integrar estas observaciones en el contexto de la privación de libertad.

La regulación internacional relativa al trato que deben recibir los privados de libertad, es amplia. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXV; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10; y la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 5. Todos ellos disponen que las personas privadas de libertad deben recibir un **trato humano**, lo que se materializa, entre otras cosas, a través de la separación de los internos por grados de peligrosidad y la prohibición de la tortura, penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

A su vez, hay instrumentos internacionales cuyo objetivo único es establecer las obligaciones de los Estados tendientes a asegurar y promover los derechos humanos de las personas privadas de libertad. A saber, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, y Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas privadas de Libertad en las Américas. Todos estos regulan principios como el de legalidad, publicidad, debido proceso, proporcionalidad de la sanción, *non bis in ídem* e idoneidad de la sanción.

Hay instrumentos que se han adoptado para grupos vulnerables dentro de las cárceles, como las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres delincuentes, o las normas sobre el tratamiento especial de niños, niñas y adolescentes del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumentos fundamentales en tanto las personas cuyos derechos asegura y promueve tienen necesidades especiales.

Como vimos en la introducción, la población LGBTI es un grupo vulnerable dentro de las unidades penales. Esta es una vulnerabilidad de causas múltiples, desde normativas legales y reglamentarias que no dan cuenta de sus características particulares, invisibilizándolos en los hechos; funcionarios que no han sido capacitados para atender a este tipo de población en particular y que, en varios casos, ejercen violencia sobre ellos; hasta incompreensión, rechazo o violencia de parte de los demás internos.

Los Principios de Yogyakarta contienen las reglas internacionales para el tratamiento de los reclusos LGBTI.

Entendiendo que los derechos humanos son universales y le asisten a toda persona sin distinción por el sólo hecho de ser humano, los principios de Yogyakarta orientan la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género. Los principios aplicables a las personas LGBTI privadas de libertad se encuentran en el Principio 9 y el Principio 10 letra C. Particularmente importante, no obstante, para nuestra perspectiva, es el Principio 3, que se refiere al derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica.

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género. (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 12).

Este principio destaca que la identidad de género constituye un aspecto fundamental de la autodeterminación, la dignidad y la libertad, por lo que, desde una perspectiva de derechos humanos, su importancia es vital y deben los Estados dirigir sus esfuerzos a asegurar que todas las personas –en particular los transgénero- puedan desarrollar libremente esta identidad. No cabe duda que esta obligación por parte de los Estados se extiende a sus centros de detención, en especial, en lo relativo a la capacitación de sus funcionarios.

El artículo 10, en tanto, reproduce el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente, en el mismo sentido de los instrumentos internacionales mencionados más arriba. Asimismo, recomienda a los Estados (Principios de Yogyakarta, 2007, p.17):

- A. Asegurarán que la detención evite una mayor marginación de las personas en base a su orientación sexual o identidad de género o las exponga al riesgo de sufrir violencia, malos tratos o abusos físicos, mentales o sexuales.
- B. Proveerán a las personas detenidas de un acceso adecuado a atención médica y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que respecta a salud reproductiva, acceso a información sobre el VIH/SIDA y la terapia correspondiente, y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de géneros si ellas lo desearan.
- C. Garantizarán que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género.
- D. Establecerán medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que resulten vulnerables a la violencia o los abusos por causa de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género y asegurarán que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos de las que experimenta la población general de la prisión, en la medida en que esto pueda llevarse razonablemente a la práctica.
- E. Asegurarán que las visitas conyugales, donde estén permitidas, sean otorgadas en igualdad de condiciones para todas las personas presas y detenidas, con independencia del sexo de su pareja.
- F. Estipularán el monitoreo independiente de los establecimientos de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de la orientación sexual y la identidad de género.
- G. Empezarán programas de capacitación y sensibilización dirigidos al personal penitenciario y a todos los otros funcionarios y funcionarias de los sectores público y privado involucrados en los establecimientos de detención sobre las normas

internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los referidos a la orientación sexual y la identidad de género.

Es posible desprender de estas recomendaciones que el trato humano al interior de los centros penitenciarios incluye, necesariamente, capacitar y sensibilizar al personal penitenciario, desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, en torno a las identidades de género diversas (letra G), permitir que los transexuales puedan opinar respecto al lugar de detención donde quieren ser recluidos, de acuerdo a su identidad de género (letra C), y el deber del Estado de brindar el tratamiento médico, hormonal o quirúrgico, para que estas personas puedan transitar de un sexo al otro.

Por su parte, el artículo 10 reproduce el principio de prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y en su letra C recomienda a los Estados a capacitar y sensibilizar a las policías y al personal penitenciario que se encuentren en posición de perpetrar o impedir que ocurran dichos actos.

En síntesis, tanto lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva relativa a la identidad de género, como los artículos artículo 9 y 10 letra C de los Principios de Yogyakarta, nos permiten abordar esta problemática de género desde una perspectiva de derechos humanos.

5. Tortura, tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

Dada la obligación de los Estados de garantizar el libre ejercicio del derecho a la identidad de género y el derecho a su expresión, tanto en el medio libre como en las unidades penales, y dados los actos de *misgendering* dentro de las unidades penales, nos preguntamos si este tipo de violencia es constitutiva de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante. Para esto es importante definir qué es lo uno y qué es lo otro.

El artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7 replica la norma previamente citada, pero amplía –o explicita su contenido- al agregar que nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

En nuestro sistema regional, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 5 número 2 dispone que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Los instrumentos internacionales mencionados se refieren en sus prohibiciones a la tortura y las penas o tratos crueles o degradantes, y si bien cada uno de esos actos prohibidos no son definidos, las comisiones y tribunales internacionales, los han distinguido y han establecido cuándo estamos en presencia de alguno de aquellos. Asimismo, estos instrumentos no definen la tortura, sino que simplemente la prohíben, y ha sido materia de las comisiones y tribunales determinar en cada situación en particular, si estamos o no frente a ella, señalando cuáles serían los elementos que la diferenciarían de los tratos inhumanos o degradantes.

Son la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (1984) (en adelante UNCAT) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985) (en adelante CIPST), los instrumentos que definen la tortura, aunque ambos con matices.

La UNCAT, en su artículo primero, define tortura de la siguiente manera:

Artículo 1 (1). A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un

tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En nuestra región, la CIPST define la tortura en su artículo 2, en el siguiente tenor:

Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

En su artículo 3, la CIPST determina el agente calificado, al señalar que serán responsables del delito de tortura:

- a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

A su vez, ambas Convenciones prohíben los actos que constituyen tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (malos tratos, en general), la UNCAT en su artículo 16 y la CIPST en su artículo 6. Ambos lo hacen de manera sucinta. Transcribo ambas normas:

UNCAT Artículo 16 (1). Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles,

inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

CIPST Artículo 6, inciso tercero. Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Como es posible apreciar, si bien ambas Convenciones dan definiciones acabadas de tortura, se limitan a la prohibir los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no definiéndolos. Esta inclusión meramente enunciativa ha provocado confusión en el límite conceptual entre los malos tratos y la tortura. (Asociación para la prevención de la tortura y Centro por la justicia y el derecho internacional, 2008, p. 11). Así mismo, la distinción entre trato inhumano y degradante se ha debido construir de forma jurisprudencial.

a. Tortura.

Para nuestra construcción del concepto de tortura y la identificación de sus elementos, vamos a valernos de la definición de tortura contenida en la CIPST, por considerar ésta menos restrictiva que la definición de la UNCAT.

La norma contenida en el artículo 2 de la CIPST, que define la tortura, incorpora dos elementos distintivos: intencionalidad y finalidad. En este sentido, la perpetración de actos que produzcan penas o sufrimientos en una persona, debe ser intencionada y con un objetivo, es decir, debe quererse infligir el sufrimiento y debe haber un propósito para aquello.

En relación a la intencionalidad, importante es señalar que ésta puede darse por acción u omisión, pudiendo verse satisfecha esta condición no sólo por incumplimiento de parte del Estado de la obligación negativa de abstenerse de realizar actos de tortura, sino por la inobservancia de sus obligaciones positivas, tolerando o permitiendo la impunidad del agente perpetrador; en otras palabras, el Estado puede responder internacionalmente por actos de tortura aun sin que los actos prohibidos sean ejecutados por un funcionario del Estado o una

persona que actúa en ejercicio de una función pública, sino por el hecho positivo e intencional de tolerar que un particular inflija sufrimientos físicos o mentales a otra persona. (APT y CEJIL, 2008, p. 99).

Relativo al elemento de la finalidad, este es un requisito con posibilidades abiertas. La norma enumera de forma no taxativa las finalidades más frecuentes que motivan la tortura, por ejemplo, buscar una confesión (investigación criminal), imponer un castigo o medidas preventivas, o como medio intimidatorio, pero no se cierra en ellas. Cualquier objetivo es suficiente para satisfacer la condición.

Para determinar qué actos son constitutivos de tortura, tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana distinguen y consideran elementos objetivos y subjetivos. Dentro de los elementos objetivos encontramos, por ejemplo, el tiempo durante el cual se infligió la pena o el sufrimiento, la finalidad buscada, los métodos utilizados para causar dolor, la privación de libertad arbitraria, e incluso las circunstancias socio-políticas en que se perpetraron los actos. A su vez, en las consideraciones de los elementos subjetivos encontramos la edad, el sexo y la vulnerabilidad particular de la víctima. (APT y CEJIL, 2008, p. 98). La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha considerado que el acto cometido debe causar severos sufrimientos físicos o mentales (Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 33), por lo que siendo la gravedad del sufrimiento un requisito ausente en la definición de la CIPST, la Corte lo reconoce como uno de sus elementos constitutivos.

El último de los elementos considerado, tanto en la CIPST como en la UNCAT, es el agente calificado, esto quiere decir que los responsables del delito de tortura serán funcionarios públicos o particulares a instigación de estos (artículos 3 y 1, respectivamente).

Hay dos matices que nos permiten afirmar que la norma del artículo 2 CIPST es más amplia que la del artículo 1 de la UNCAT, estas son la severidad de los sufrimientos causados y la finalidad.

El artículo 1 de la UNCAT establece un nivel de gravedad necesario de los dolores y sufrimientos causados para ser constitutivos de tortura, exige que sean graves, estableciendo, por exclusión, que aquellos dolores o sufrimientos “no graves” causados con intención y la finalidad de obtener cualquiera de las finalidades en el mismo artículo descritas, no son constitutivas de tortura. Es precisamente acá donde se genera la confusión respecto del límite

entre tortura y malos tratos, y donde la valoración jurisprudencial de la gravedad del dolor sufrido, puede entrar en conflicto con las pretensiones de la víctima.

La CIPST en su definición de tortura nos habla de “penas o sufrimientos físicos o mentales”, no exigiendo determinado nivel de gravedad. Recordemos, empero, que la Corte Interamericana ha considerado la intensidad del sufrimiento en su desarrollo jurisprudencial (Galdamez, 2006, p. 92), por lo que actualmente, en nuestro sistema regional, la gravedad de los sufrimientos es un elemento de la tortura. Sin embargo, tiendo a pensar que esta inclusión general de penas o sufrimientos (sin requisito de severidad) en la definición de la CIPST busca permitir una construcción jurisprudencial en que los elementos se ponderen más equitativamente, quitando la prioridad de la gravedad del sufrimiento, para permitir que desde la intencionalidad o la finalidad, puedan los hechos denunciados ser categorizados como tortura. Esta idea puede verse reforzada en el segundo matiz que la definición de la CIPST tiene respecto a la UNCAT: la finalidad.

Para la UNCAT la tortura se despliega con miras a provocar determinados resultados, descritos taxativamente. Dice el artículo 1:

Con el fin de (1) obtener de ella (*la víctima*) o de un tercero información o una confesión, (2) de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, (3) o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, (4) o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

Son cuatro finalidades, excluyentes.

La CIPST, por el contrario, si bien enumera una lista de finalidades, ésta es *numerus apertus*, dado que cierra con la frase “o con cualquier otro fin”. En este sentido, nuestra convención regional abre el concepto de tortura de forma de poder subsumirlo a cualquier objetivo buscado por el agente, lo que permite una interpretación de la norma en orden a demandar de los Estados una mayor observancia de los procedimientos dentro de sus instituciones y de los actos de sus funcionarios, así como permitir una eventual reparación más *justa* a las víctimas.

Para terminar, a modo de síntesis, podemos decir que la tortura se configura con los siguientes elementos:

1. Intencionalidad.
2. Infligir penas, dolores o sufrimiento (graves).

3. Finalidad.
4. Agente calificado.

b. Tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se mencionan en los instrumentos internacionales citados al principio de este capítulo, sin embargo, ninguno los define. Tampoco lo hace la UNCAT, quien en su artículo 16 los define por exclusión respecto al concepto de tortura de su artículo primero. Expresa: “actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1”.

Por su lado, La CIPST tampoco los define, sino que sólo los menciona en su artículo 6 en el siguiente tenor: “los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”. Acá ni siquiera hay definición por exclusión, aunque la lógica nos dicta que serán tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, todos aquellos que no son tortura.

La definición por exclusión no es problemática *per sé*, lo problemático es la conjunción disyuntiva “o” entre el calificativo inhumano y el calificativo degradante. Todos los instrumentos internacionales mencionados anteriormente contemplan la conjunción “o”, lo que nos indica que ambas cosas son distintas. Entonces, si bien podemos englobar el concepto de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como todo lo que no es tortura, carecemos de elementos para distinguir las dos categorías que subyacen en este concepto. A este respecto, jurisprudencialmente han sido tratadas como una sola categoría (Corte Interamericana, citada por Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 38) o se les ha distinguido. La distinción ha sido hecha por la jurisprudencia europea, a la que se han referido la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana cuando han hecho la distinción (APT y CEJIL, 2008, p. 100). La jurisprudencia europea distingue el trato inhumano del trato degradante –*grosso modo*- en los siguientes términos:

- Trato inhumano: Se define mediante la referencia a las otras formas de maltrato. No alcanza el umbral de tortura, por faltar uno de sus elementos, intencionalidad o

gravedad (APT y CEJIL, 2008, p. 62), pero cruza el umbral de gravedad máximo del trato degradante.

- Trato degradante: Es el nivel mínimo de gravedad para encontrarnos frente a uno de los actos prohibidos. Busca la humillación grave, por lo que para que un acto constituya un trato degradante debe interferir de alguna manera con la dignidad de una persona. Además, desde el punto de vista de la víctima y de terceros, debe aquella persona haber sido sometida a una humillación o degradación con un mínimo nivel de gravedad, en ese sentido, debe haber al menos una sensación de que el autor ha querido desmoralizarlo o someterlo. Este elemento subjetivo, no deja lugar a alegaciones de falta de intencionalidad, no siendo necesaria una intención positiva de humillar o degradar por parte del agente (APT y CEJIL, 2008, p. 65).

La distinción no deja de ser confusa, quedando ésta bastante dejada a los criterios jurisprudenciales finalmente. De todas formas, esto está en consonancia con lo señalado por la Corte Interamericana (citada por APT y CEJIL, 2008, p. 101) en orden a que “la distinción entre tortura y otros actos prohibidos no es rígida, sino que evoluciona a la luz de las demandas crecientes de protección de derechos y libertades fundamentales”. Las distinciones dentro de los actos prohibidos que, si bien por un lado permitirían calificar una situación con todo el rigor de su gravedad, podrían asimismo, minusvalorar otra atendida la distinción conceptual rígida entre las tres categorías, no pareciera ser, en último término, tan relevante, permitiendo que “un acto que en el pasado puede haberse considerado una pena o trato cruel, inhumano o degradante, pueda constituir tortura en el futuro” (APT y CEJIL, 2008, p. 101).

Podemos advertir, en consecuencia, que en el ámbito regional el concepto es uno, integra una misma categoría, no siendo muy relevante para la Corte Interamericana su distinción. Encontramos referencias a esta calificación de forma conjuntiva, por ejemplo, cuando la Corte se pronuncia respecto a la detención prolongada en el “corredor de la muerte”, en la que concluye que la consecuente tensión extrema y el trauma psicológico por la constante espera de la ejecución de la sanción, constituye un trato cruel, inhumano y degradante (citado por Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 38). Por otro lado, no distingue cuando analiza la incomunicación durante la detención y el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, con

restricción al régimen de visitas, donde esta medida disciplinaria constituye una forma de tratos crueles, inhumanos o degradantes (Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 37).

En suma, la única distinción frente a la que tenemos mayor claridad conceptual es la que distingue, de entre los actos prohibidos, a la tortura por un lado y a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por otro. Los elementos de la tortura, intencionalidad y finalidad, son esenciales para lograr esta distinción.

Para ir cerrando esta idea, cabe mencionar que la prohibición de la tortura es una norma absoluta en derecho internacional de los derechos humanos. Nash explica esta característica en los siguientes términos:

Este carácter absoluto implica que, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede restringirse ni suspenderse en ninguna circunstancia. En efecto, no existe razón legítima alguna que permita al Estado restringir este derecho de la manera en que normalmente se autorizan restricciones que afectan a otros derechos humanos, tales como el orden público o la seguridad pública. Tampoco permiten los instrumentos internacionales la suspensión de esta prohibición en situación de emergencia. (Nash, 2009, p. 588).

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4 (2) establece que el Estado no puede derogar el derecho a no ser sometido a tortura y otros malos tratos. La UNCAT, en su artículo 2 (2) señala que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. Este mismo instrumento, en su artículo 2 (3) establece que no pueden invocarse las órdenes de un superior para justificar la tortura.

La Convención Americana de Derechos humanos señala en su artículo 27 (2) que no puede suspenderse el derecho a la integridad personal, incluso en situaciones extremas, así como las garantías judiciales que son indispensables para la protección de este derecho.

Así, también, los artículos 4 y 5 de la CIPST establecen la prohibición absoluta, en tenor similar a los instrumentos citados, no permitiendo eximir de responsabilidad por delito de tortura a quien actuó bajo órdenes superiores (artículo 4) y no permitiendo invocar justificación alguna frente a su perpetración.

La prohibición de la tortura también es una norma imperativa de derecho internacional:

El derecho a no ser sometido a torturas constituye una norma *jus cogens*, es decir, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos. (Nash, 2009, p. 588).

Por último, el delito de tortura es, también, imprescriptible. Tanto es así, que los Estados son responsables de adoptar las medidas adecuadas para combatir la impunidad de actos cometidos por regímenes anteriores, así como de asegurar la reparación de la víctimas; la inobservancia de estas medidas, los hacen responsables internacionalmente. En este mismo sentido, no cabe la amnistía respecto a los delitos de tortura. (APT y CEJIL, 2008. p. 114).

Para finalizar, consideremos lo que ha sostenido la Corte Interamericana en relación a los privados de libertad en relación a la tortura y otros malos tratos. La Corte ha especificado que las condiciones de detención deben ser respetuosas de la dignidad personal y que el Estado debe asegurarse de cumplir con ese estándar, dado que es el garante de los derechos de los internos. En este sentido, ha señalado (citado por Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 36):

Que la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, constituye una violación a la integridad personal. En el mismo sentido, las condiciones de sobrepoblación, la ausencia de una buena alimentación, la falta de oportunidades para hacer ejercicio o realizar actividades recreativas y no contar con atención médica, dental o psicológica, conlleva a condiciones inhumanas y degradantes que afectan la salud mental, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de la vida e integridad personal de la víctima.

Podemos sacar una conclusión de este breve párrafo. Las cualidades que integran *lo humano* (la dignidad humana) van desde la privacidad hasta la socialización, desde la higiene hasta la recreación. Todos estos son elementos que configuran la dignidad humana y cuya amenaza o privación, necesariamente, importa un trato, a lo menos inhumano o degradante. Y si la falta de oportunidades para realizar actividades recreativas o para hacer ejercicio, constituye un

trato inhumano y degradante, cuánto más la imposibilidad de poder vivir la propia identidad de género.

6. *Misgendering* a la luz de los actos prohibidos.

a. *Misgendering* y tortura.

La Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la identidad de género es condición necesaria para el libre desarrollo de la personalidad (CIDH, 2018, p.44). A su vez, el artículo 2 de la CIPST (citado anteriormente) considera, dentro de las acciones que define como tortura, la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima. El diccionario de la Real Academia Española define personalidad como la “diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra” (2017).

Si reformulamos la norma de la CIPST usando la definición de personalidad de la RAE podemos sostener que la Convención considera como tortura los métodos tendientes a anular la diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra. Dicho de esa forma, y en la lógica que guía este trabajo, es ineludible problematizar los actos prohibidos –la tortura en este caso- desde una perspectiva de identidad de género. Como se ha propuesto en este ensayo, habrían condiciones y actuaciones dentro de las unidades penales atentatorias contra la vivencia de género de las personas transexuales, ante lo cual propusimos un concepto ampliado de *misgendering* que integra situaciones de hecho –acciones indirectas- que sólo pueden encontrarse en instituciones de control total, que tienden a negar de forma sistemática la identidad de género de las personas trans obligándolas –por acción u omisión- a vivir en otro género.

Una interpretación literal de la norma nos permitiría afirmar que el *misgendering* que se perpetra en las cárceles chilenas es constitutivo de tortura. Sin embargo, atendidas las diferentes manifestaciones de violencia contra las personas transgénero que ya hemos visto, el *misgendering* no parece corresponderse con el nivel de gravedad de los actos de tortura, que exigen tanto la UNCAT como la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Asimismo, la consideración de los elementos que constituyen la tortura nos permitiría sustraer el *misgendering* de aquella categoría, en este sentido, la intencionalidad y la finalidad. Y, desde luego, determinar si lo que entiende la CIPST por personalidad se corresponde con la definición de la RAE y, en caso contrario, qué significa “anular la personalidad”.

i. *Métodos tendientes a anular la personalidad.*

Si bien no fue posible encontrar estudios sistemáticos relativos a esta forma particular de cometer tortura, sí se hallaron algunas referencias no directas. En cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana es posible entender el concepto de personalidad asociado con la idea de voluntad, de autodeterminación; de esta manera, los métodos tendientes a anular la personalidad de la persona serían aquellos tendientes a lograr la sumisión irrestricta de la víctima, para lograr, por ejemplo, una autoinculpación.

En Corte Interamericana (2010, p. 148) se describe lo siguiente:

Para el tribunal estos actos de violencia sufridos por la víctima le causaron un grave sufrimiento físico y mental, ya que fueron actos intencionales cuya ejecución reiterada tenía como fin disminuir las capacidades físicas y mentales de la víctima y **anular su personalidad para que se declarara culpable de delito**. (El énfasis es mío).

En otro caso, a propósito de las agresiones de tipo psicológico, el sentido que la Corte le da a los métodos tendientes a anular la personalidad, es el de desmoralizar. Con este concepto, la RAE no nos ayuda y los motores de búsqueda tampoco. Veamos el extracto:

La víctima había sido sometida a actos de violencia psíquica al ser expuesta a un contexto de angustia y sufrimiento intenso de modo intencional, de acuerdo con la práctica imperante en esa época, además, para la Corte, **tales actos fueron preparados e infligidos deliberadamente para anular la personalidad y desmoralizar a la víctima**. (CIDH, 2010, p. 161). (Énfasis añadido).

El extracto tampoco nos dice mucho sobre su significado y alcance. No obstante, apelando a la experiencia, entiendo por desmoralizar los actos tendientes a provocar en la víctima un profundo desafecto de todo lo que constituye su persona: su cuerpo, sus valores y convicciones. Esto es, en otras palabras, arrebatar la dignidad.

Este concepto de desmoralizar no está en contradicción con la idea de personalidad como voluntad propuesta más arriba, sino que la integra. Este desafecto personal total es la *conditio sine qua non* para que autoinculparse sea irrelevante y, en consecuencia, posible. La pérdida de voluntad es una consecuencia necesaria.

Puestas así las cosas, la definición que da la RAE de personalidad es distinta a la idea que subyace en la definición de tortura del artículo 2 de la CIPST, y nuestra primera interpretación de la norma, en este sentido, no correspondería.

ii. *Intencionalidad.*

En relación a la existencia de una intención positiva de parte del Estado y sus funcionarios de causar sufrimientos físicos y mentales a las personas transgénero a través del *misgendering*, estimo que lo correcto sería descartarlo. Recordemos que los actos de los cuales estamos hablando son exclusivamente atentatorios contra la identidad de género, por ejemplo, nombrar a las personas transgénero por su nombre registral, obstaculizar el acceso a su ropa y maquillaje, ubicarlos en unidades penales con personas del otro género o ser revisados corporalmente por personas del otro género.

No se desprende, en consecuencia, de las normas que rigen los establecimientos penitenciarios esta intención, ni queda claro –desde los pocos datos de nuestro estudio preliminar– que los funcionarios busquen causar esos sufrimientos con estos actos. Factores como la heteronormatividad, la normalización, la ignorancia y el rechazo cultural a lo diverso, podrían darnos más luz respecto a la ocurrencia de estos hechos.

iii. *Finalidad.*

Sostengo que la única finalidad lógica que podría motivar estos actos, sería la de “reformular” a las personas transgénero convirtiéndolas en personas cisgénero (aquellas en que hay correspondencia entre sexo y género, de acuerdo a la concepción binaria socialmente construida). Otra finalidad posible sería simplemente querer causar sufrimiento, pero esta finalidad se confundiría con la acción misma, suprimiéndose el elemento teleológico.

Convertir a las personas transgénero en cisgénero no pareciera ser el espíritu de la norma penitenciaria ni de los funcionarios que en ellos trabajan. Para poder afirmar esto, debiésemos poder encontrar programas, instrucciones o alguna medida tendiente a esta transición y, desde luego, que fuesen sistemáticas, toda vez que se esperaría que las acciones ejecutadas produzcan el efecto deseado. El hecho de ejecutar una acción atentatoria contra la identidad de género justificándola en la corrección de la conducta “desviada”, claramente no califica.

En nuestro estudio no encontramos datos que indiquen que haya una voluntad estatal de transformar a las personas trans en cisgénero. De existir, por cierto, sería una vulneración del derecho humano a la identidad de género y, definitivamente, debería ser materia de otro estudio.

En suma, se concluye que el *misgendering* no puede ser calificado de tortura.

b. Misgendering y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Dijimos en el apartado tercero que el *misgendering* ocurre cuando una persona se refiere a otra utilizando términos (generalmente pronombres, sustantivos y adjetivos) que expresan un género con el que no se identifican, **con el fin de humillarla y denigrarla**. Hemos usado este anglicismo, y hemos construido un concepto ampliado de él, con miras a ponerle un nombre a los actos que violentan la esfera de la identidad de género y poder crear una categoría fácilmente reconocible y distinguible. Sin embargo, hemos pasado por alto intencionalmente el elemento teleológico de la definición transcrita: humillar y denigrar. Para estos efectos prescindiremos de él. Lo que nos importa es la posibilidad que nos da ese concepto de aglutinar la negación/atribución de género en una sola categoría, lo que no quita la gravedad de los actos de los que da cuenta, ni suprime sus consecuencias, humillar y denigrar, que aunque no previstas ni deseadas, concurren necesariamente. En este sentido, diremos que el *misgendering* ocurre cuando una persona se refiere a otra utilizando términos que expresan un género con el que no se identifican, **provocando en ella la sensación de estar siendo humillada y denigrada**. A esta definición debemos agregarle los elementos de nuestro concepto ampliado.

Dicho lo anterior, si atendemos a las definiciones y distinciones de trato inhumano y trato degradante (distinción que, recordemos, no es regularmente atendida por la Corte Interamericana) dadas en el capítulo anterior, deberíamos considerar la definición que dimos de trato degradante.

Dijimos que trato degradante es el nivel mínimo de gravedad para encontrarnos frente a uno de los actos prohibidos, sostuvimos que el trato degradante busca la humillación grave, y que eso significaba que debe interferir de alguna manera con la dignidad de una persona. Señalamos, además, que desde el punto de vista de la víctima y de terceros, la víctima debe haber sido sometida a una humillación o degradación con un mínimo nivel de gravedad y, en ese sentido, debe haber al menos tenido una sensación de que el autor ha querido desmoralizarlo o someterlo. Por último, agregamos que este elemento subjetivo –la sensación de la víctima- no deja lugar a alegaciones de falta de intencionalidad, es decir, que no es necesaria la búsqueda de parte del agente de humillar o degradar a la víctima.

Salta a la vista que hay condiciones que se cumplen y condiciones que no. Respecto a la humillación grave, entendida como la interferencia en la dignidad de la persona, los actos que atentan contra la identidad de género hacen precisamente eso. Nombrar a una persona transgénero por su nombre registral ciertamente interfiere en la dignidad de esa persona y constituye una humillación grave, sobre todo cuando se hace frente a otras personas.

Ahora bien, nuestra definición exige que el mínimo nivel de gravedad traiga aparejada una sensación de parte de la víctima de que el autor ha querido desmoralizarlo o someterlo. Considerando todo lo dicho más arriba sobre el concepto de desmoralizar, nos parece exagerado afirmar que este requisito se cumpla con los actos que comprende el *misgendering*. No obstante, esta apreciación es preliminar, sólo las víctimas podrán decirnos qué sienten al momento de ser tratados por el Estado y sus funcionarios como si fuesen otra persona.

Sin embargo, si el requisito del párrafo anterior (sensación de querer ser desmoralizado o sometido) efectivamente concurría, el hecho de que la intencionalidad no sea un elemento constitutivo del trato degradante, apoyaría esta tesis de manera ilustrativa, porque determinaciones institucionales como las relativas a la separación por sexo de los internos (nunca por género) y el registro corporal ejecutado por personas del mismo sexo (nunca del mismo género) no guardan en absoluto una intención de dañar, humillar o denigrar; por el contrario, buscan proteger, evitar abusos y resguardar la dignidad de los internos. Que las personas transgénero se sientan vulneradas y humilladas con esas normas es una problemática que sale a la luz –para nosotros- únicamente desde una perspectiva de género.

Entonces, resumiendo este punto, desde un análisis comparativo entre el *misgendering* y la definición de trato degradante propuesta en el apartado quinto, si bien hay elementos entre ambos que se corresponden con nuestra definición de trato degradante, hay otros que nos parecen cuestionables. En este sentido, no podríamos afirmar que el *misgendering* constituye o no trato degradante.

Pero otra perspectiva de análisis es posible. Si tomamos en consideración la opinión de la Corte Interamericana que transcribimos en nuestro estudio sobre la tortura y los malos tratos, en relación con las condiciones carcelarias y los tratos inhumanos y degradantes, aparecen nuevos elementos a considerar. La Corte señalaba como condiciones infrahumanas y degradantes la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene. También las condiciones

de sobrepoblación, la ausencia de una buena alimentación, la falta de oportunidades para hacer ejercicio o realizar actividades recreativas y no contar con atención médica, dental o psicológica. Todas ellas, en opinión de la Corte, constituyen trato inhumano y degradante que afectan la salud mental, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de la vida e integridad personal de la víctima.

Esta definición abarca ampliamente las condiciones de vida mínimas para una persona, indicando, además, que si aquellas no concurren, se genera un impacto negativo en el desarrollo psíquico de la persona y es un atentado a su integridad personal. En otras palabras, es una vulneración de derechos humanos. Estas condiciones de vida mínimas van desde una buena alimentación hasta la posibilidad de recrearse y, como se ha sostenido en este trabajo, vivir adecuadamente la identidad de género es una de ellas. Obstaculizar su vivencia, es atentatorio contra la integridad personal en su esfera síquica. Recordemos que el *misgendering* atenta contra la salud mental de las personas transgénero, y que puede generar en ellas depresión o ansiedad, e inducirlas a tener pensamientos suicidas (OTD Chile, 2017).

Considerando las particulares condiciones de vida de los privados de libertad y la repercusión de los actos contra la identidad de género en la salud psíquica de las personas trans reclusas, y teniendo a la vista el catálogo de condiciones carcelarias que la Corte Interamericana califica como inhumanas y degradantes, nuestro concepto ampliado de *misgendering* calificaría como trato inhumano o degradante (o, si se prefiere la distinción, a lo menos, como trato degradante). Esta interpretación iría, adicionalmente, en la dirección de interpretar las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos de forma extensiva, a favor de las personas, de forma evolutiva y buscando la efectividad de sus normas (Aguirre, 2007, p. 74).

Si a esta reflexión sumamos las consideraciones de la Corte relativas al derecho a la identidad y, particularmente, a los derechos a la identidad de género y expresión de género, el *misgendering*, en clave jurídica, es una vulneración al derecho humano a la identidad de género y a su expresión.

A mayor abundamiento, el concepto de *misgendering* que nos ha permitido problematizar esta realidad, califica la separación por sexo —y no por género— como un acto de *misgendering*, lo que constituiría una vulneración permanente, ininterrumpida, durante todo el tiempo que dure la privación de libertad, de los derechos humanos de la población trans. Esta vulneración

permanente e ininterrumpida, en conjunto con todas aquellas otras manifestaciones eventuales de *misgendering*, como el registro corporal, el uso del nombre registral, las limitaciones respecto al vestuario y maquillaje, entre otros, constituirían vulneraciones sistemáticas, regulares y naturalizadas, de los derechos humanos de las personas trans. Vulneraciones de derecho con profundo impacto en la integridad síquica de las personas que las sufren.

Desde esta perspectiva sostengo, en conclusión, que los actos de *misgendering*, dentro del sistema penitenciario, vulneran los derechos humanos a la identidad de género, a la expresión de género, y a la integridad psíquica de las personas trans. Estas vulneraciones, graves y permanentes, son constitutivas de trato degradante.

7. A modo de conclusión.

En relación con la separación por sexos, puede replicarse que las personas trans son asignadas a módulos especiales donde conviven con homosexuales, contagiados de VIH, enfermos de SIDA, etcétera, gente “similar”, y que no están mezclados con la población penal ordinaria, resguardándose de esa forma su integridad y reconociéndose su identidad.

No estoy de acuerdo con esa crítica, en primer lugar, porque la distinción LGBTI no está clara en las unidades penales y a aquellos internos se los asigna a los módulos por orientación sexual, como un gran saco donde todo “eso” cabe.

En segundo lugar, porque las personas trans no son mujeres de segundo tipo u hombres de segundo tipo. U hombres-mujeres, o mujeres-hombre. Son lo uno o son lo otro, y la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la identidad de género de las personas implica reconocerlos sin discriminación, sin excepciones, salvo medidas de discriminación positiva, que hoy más que nunca son necesarias para esta población vulnerable.

El año 2018 Gendarmería de Chile elaboró un manual de derechos humanos para la función penitenciaria (GENCHI, 2018) que, entre otras cosas, reconoce y promueve el respeto de la identidad y expresión de género de los internos trans. Estas orientaciones van en el sentido de lo sugerido por los Principios de Yogyakarta, aunque no contiene la sugerencia del artículo 10 letra C, que propone que los privados de libertad trans participen en la decisión del lugar de detención. Desconozco si las orientaciones del manual han sido aplicadas eficazmente en las unidades penales.

Información sobre el *misgendering* y su repercusión hay poca; *misgendering* en las cárceles menos aún. Lo único que tenemos son relatos individuales, testimoniales, de personas trans privadas de libertad que han sufrido esa violencia. Esta poca información puede deberse a que no es un problema que afecte al hombre medio, blanco, heterosexual y cisgénero.

Por último, y es mi deber decirlo, pensar en los trans, construir un concepto de *misgendering* para una institución como la cárcel y calificarlo como trato degradante, creo que va en el sentido de sensibilizar respecto a la tremenda diversidad de oprimidos, discriminados y marginados que viven y mueren entre nosotros.

Referencias.

- (2007) *Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género*. Recuperado de www.yogyakartaprinciples.com
- Gendarmería de Chile. (2018). Manual de derechos humanos de la función penitenciaria. Recuperado de www.gendarmeria.cl
- 24 Horas. (04 de marzo de 2018). “Una mujer fantástica” gana el óscar a mejor “película extranjera”. *24 Horas*. Recuperado de www.24horas.cl
- Aguirre, José. (2007). La interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. *Revista de Derechos Humanos. Año V, N° 8*. Pp. 73-97.
- APA. (2011). Sobre las personas trans, la identidad de género y la expresión de género. Recuperado de www.apa.org
- Asociación para la prevención de la tortura y Centro por la justicia y el derecho internacional. (2008). *La tortura en el derecho internacional: guía de jurisprudencia*. Recuperado de www.apt.ch
- Bulnes, Felipe, Collarte, Constanza, Hugo Frühling, Mardónez, Carmen, Ramm, Alejandra, Roblero, Luis, Santibáñez, María Elena, Sanhueza, Guillermo, Singer, Marcos, Tello, Cristóbal, Vial, Paula. (2017). Sistema carcelario en Chile: propuestas para avanzar hacia una mayor efectividad y reinserción. *Centro de Políticas Públicas UC, N° 93*. Recuperado de www.politicaspUBLICAS.uc.cl
- Chárriez, Mayra. (2013). La transexualidad: ¿construcción de una identidad? *Revista Griot, Vol. 6, N° 1*. pp. 18-28.
- Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios. (2018). *Acta de la sesión N° 139, ordinaria, celebrada el miércoles 20 de septiembre de 2017*. Recuperado de www.camara.cl
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. *OEA/Ser. L/V/II, doc. 64*. Recuperado de www.cidh.org

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. *OAS/Ser.L/V/VII.rev.2, doc. 36*. Recuperado de www.cidh.org
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. *CIDH*. Recuperado de www.corteidh.or.cr
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad. (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos)*. Recuperado de www.corteidh.or.cr
- El Diario. (01 de enero de 2019). El ultraderechista Bolsonaro fija como ejes de su Gobierno en Brasil a Dios y el combate contra la "ideología de género". *El Diario*. Recuperado de www.eldiario.es
- El Español. (31 de diciembre de 2018). Vox pedirá a PP y Cs acabar con lo que llaman "el chiringuito de la ideología de género". *El Español*. Recuperado de www.lespanol.com
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (2014). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista IIDH, vol. 59*. pp. 29-118. Recuperado de www.corteidh.or.cr
- Galdámez, Liliana. (2006). La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Cejil, vol. 2*. pp. 89-100. Recuperado de www.corteidh.or.cr
- Hammarberg, Thomas. (2009). *Derechos humanos e identidad de género. Issue paper*. Recuperado de www.commissioner.coe.int
- Hines, Sally y Sanger, Tam. (2010). *Transgender identities*. Nueva York: Taylor & Francis.
- Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique. (09 de diciembre de 2016) Rol N° 859-2016 Civil Protección. Recuperado de www.pjud.cl

- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (18 de Mayo de 2018). Celdas sin agua, con población hacinada y mal tratada: la realidad de las cárceles en Chile según estudio del INDH. *INDH*. Recuperado de www.indh.cl
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2013). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico de cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos*. Santiago, Chile: Maval.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2017). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015: seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal*. Santiago, Chile: Nuevamerica Impresores.
- Kendall, Stephen. (2010). *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*. Santiago, Chile: Editorial Librotecnia.
- La Tercera. (06 de junio de 2017). José Antonio Kast y su rechazo al cambio de género en niños: "Hay padres que manejan la identidad de sus hijos". *La Tercera*. Recuperado de www.latercera.com
- La tercera. (28 de noviembre de 2018). Cómo operará la nueva ley de identidad de género. *La Tercera*. Recuperado de www.latercera.com
- Lamas, Marta. (2000). Diferencias de sexo, género y diferencia sexual. *Revista Cuicuilco, Vol 7.*, pp. 1-24. Recuerado de www.redalyc.org
- McLemore, Kevin. (2014). Experiences with Misgendering: Identity Misclassification of Transgender Spectrum individuals. *Self and Identity, 14:1*, 51-74. DOI: [10.1080/15298868.2014.950691](https://doi.org/10.1080/15298868.2014.950691)
- Missé, Miquel y Coll-Planas, Gerard. (2010). La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas. *Revista norte de salud mental, Vol. VIII, N° 38*. pp. 44-55.
- Movimiento de Integración y liberación Homosexual. (2010). *El 62 por ciento de asesinatos por discriminación a minorías sexuales han afectado a transexuales*. En www.movil.cl
- Movimiento de Integración y liberación Homosexual. (2016). *Informe anual de derechos humanos. Diversidad sexual y de género en Chile*. Recuperado de www.movilh.cl

- Nash, Claudio. (2009). Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XV, Montevideo. pp. 585-601. Recuperado de www.corteidh.or.cr
- Nash, Claudio. (2013). *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*. Santiago, Chile: Andros Impresores.
- Nosedá, Janet. (2012). Muchas formas de transexualidad: diferencias de ser mujer transexual y de ser mujer transgénero. *Revista de Psicología*, Vol. 21, N° 2. pp. 7-30.
- Organización Mundial de la Salud (18 de junio de 2018). La Organización Mundial de la Salud (OMS) publica hoy su nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11). *OMS*. Recuperado de www.who.int
- OTD Chile. (2017) *Encuesta T. 1era encuesta para personas trans y de género no-conforme en Chile. Resumen ejecutivo*. Recuperado de www.encuesta-t.cl
- Reforma Penal Internacional. (2013). *Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*. Recuperado de www.penalreform.org
- Stop Trans Pathologization. (2012). *Campaña Internacional Stop Trans Pathologization*. Recuperado de www.stp2012.info
- Superintendencia de Educación, Ministerio de Educación y Organización de Estado Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2018) *Guía para la no discriminación en el contexto escolar*. Recuperado de www.supereduc.cl
- T13. (10 de julio de 2017). Manifestaciones marca inicio del recorrido del “Bus de la Libertad” en Santiago. *T13*. Recuperado de www.t13.cl
- Trans respect versus transphobia. (12 de noviembre de 2018). Trans Day of Remembrance (TDoR) 2018 Press Release. 369 reported murders of trans and gender-diverse people in the last year. *TvT*. Recuperado de www.transrespect.org
- Transgender Europe. (2016). *Trans day of remembrance*. Recuperado de www.tgeu.org