

Módulo de formación en materia de derechos de la población **LGBTI** privada de la libertad para funcionarios del Inpec



La justicia
es de todos

Minjusticia

Módulo de formación en materia de derechos de la población LGBTI privada de la libertad para funcionarios del Inpec



INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC

Dirección de Atención y Tratamiento

Subdirección de Educación

Bg. Norberto Mujica Jaime

Director General INPEC

Roselín Martínez Rosales

Directora de Atención y Tratamiento

Bonilyn Páez de la Cruz

Subdirectora de Educación

Enrique Alberto Castillo Fonseca

Coordinador Grupo de Educación Penitenciaria y Carcelaria

Servidores Públicos del Grupo Educación Penitenciaria y Carcelaria

Omaira Moreno Cortés

Gloria Neusa Rojas

Myriam Bejarano Velásquez

Meraly Chtriss Tapia Zambrano

María Elsa Páez García

Víctor Hugo Romero Velandia

Gustavo Jaimes Sepúlveda

Mario Alejandro Gallego

Autora y asesora

Marina Bernal

Asesor jurídico

Andrés Contreras

Bernal, Marina – Ministerio de Justicia y del Derecho (2017). Género, sexualidad, identidades, diversidades y derechos sexuales y reproductivos, con énfasis en el derecho a la visita íntima en el contexto carcelario. Módulos de sensibilización y capacitación para personal de custodia y vigilancia del INPEC, funcionariado administrativo y directivo de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios del Orden Nacional (ERON) y personas privadas de la libertad. Acorde a las recomendaciones de la CIDH en el caso 11.656. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Contenido

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1. Presentación del módulo | 5 |
| 1.1 Introducción..... | 5 |
| 1.2 Objetivos de formación..... | 7 |
| 1.3 La garantía del derecho al acceso a la información como requisito esencial del desarrollo de este módulo | 7 |
| 1.4 Contenidos mínimos | 9 |
| 2. El Sistema interamericano de protección de derechos humanos y su importancia para Colombia | 12 |
| 2.1 Breve introducción al sistema interamericano de protección de derechos humanos | 13 |
| 2.2 Obligaciones de los funcionarios estatales a la luz del control de convencionalidad | 19 |
| 2.3 Colombia y su relación con el sistema interamericano de protección de derechos humanos..... | 21 |
| 2.4 Ideas fuerza del eje de formación | 25 |
| 3. El reconocimiento de la diversidad sexual y de género como una dimensión valiosa para la sociedad | 26 |
| 3.1 Concepciones básicas sobre diversidad sexual y de género | 26 |
| 3.1.1 Conceptos básicos de los principios Yogyakarta..... | 28 |
| 3.1.2 Diferencias entre el sexo y el género..... | 28 |
| 3.1.3 Algunas identidades relacionadas con la orientación sexual..... | 29 |
| 3.1.4. Algunas identidades relacionadas con la identidad de género..... | 30 |
| 3.1.5 Definiciones auxiliares | 30 |
| 3.2 Estudio de casos para el reconocimiento de la diversidad sexual como un proceso valioso para la sociedad: estándares jurídicos de protección de población lgbti y su importancia en el contexto de privación de la libertad. | 32 |
| 3.2.1 El caso de Karen Atala Rifo. Cristalización de la diversidad sexual como un fenómeno protegido en el derecho internacional latinoamericano..... | 32 |
| 3.2.2 El caso de Sergio Urrego. Violencia y ejercicio de la sexualidad en contextos escolares y su relación con el contexto carcelario | 46 |
| 3.2.3 El caso de Erick Yosimar Lastra Ortiz. Estándares de protección de población LGBTI en contextos de privación de la libertad..... | 59 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4. Resolución 6349 de 2016 (Reglamento General de los Centros de Reclusión de Orden Nacional (ERON) a cargo del Inpec): implementación del enfoque diferencial sobre diversidad sexual y los estándares nacionales e internacionales de protección de población LGBTI. | 72 |
| 4.1 Sobre el nombre identitario y el manejo de información..... | 73 |
| 4.2 Criterios de clasificación..... | 74 |
| 4.3 Elementos permitidos en virtud del enfoque diferencial | 75 |
| 4.4 Realización de requisas en virtud del enfoque diferencial..... | 75 |
| 4.5 Sobre las sanciones disciplinarias y los traslados..... | 75 |
| 4.6 Directrices del inpec y artículos relevantes en la Resolución 6349 de 2016 (Reglamento General de los Centros de Reclusión de Orden Nacional (ERON) a cargo del Inpec) | 76 |
| 5. La importancia de la visita íntima de la población LGBTI en el desarrollo de la sexualidad en el contexto de restricción de la libertad personal | 81 |
| 5.1 Cronología del caso de Marta Álvarez | 82 |
| 5.2 Estándares de protección de la CIDH de la visita íntima en el marco del caso de Marta Álvarez | 85 |
| 5.3 La importancia de la visita íntima en el contexto carcelario..... | 91 |
| 5.4 El derecho a la visita íntima de las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana..... | 94 |
| 5.5 Normas aplicables al acceso a la visita íntima en el nuevo reglamento general del inpec e instrumentos relevantes..... | 98 |
| 6. La importancia de la eliminación de la violencia física en contra de la población LGBTI en el contexto carcelario | 101 |
| 6.1 El caso de Daniel Zamudio..... | 102 |
| 6.2 Dinámicas de violencia por prejuicios que se viven en las cárceles en contra de población LGBTI | 104 |
| 6.3 Obligaciones del Estado en materia de eliminación de contextos de violencia en sus instituciones | 109 |
| 6.4 Rutas de peticiones y denuncias | 112 |
| 6.5 Ideas fuerza del eje de formación | 115 |
| 7. Casos de trabajo para los ejercicios de sensibilización y capacitación..... | 116 |
| 7.1 Caso 1: Armando y Ómar. Derechos de las parejas del mismo sexo. | 116 |
| 7.2 Caso 2: de Julia y Berta. Visita íntima lésbica..... | 117 |
| 7.3 Caso 3: de Edna y Ruby. Visita íntima lésbica..... | 118 |
| 7.4 Caso 4: Kasuk Awá y Eriberto. Violencia en las cárceles | 118 |
| 8. Referencias bibliográficas..... | 120 |
| 9. Anexos | 127 |
| 9.1 Tabla de jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con garantía de derechos de personas LGBTI en establecimientos de reclusión | 127 |
| 9.2 Tabla de artículos relacionados con garantía de derechos de personas LGBTI en el Reglamento General del Inpec..... | 129 |



1. Presentación del módulo

1.1 INTRODUCCIÓN

El 14 de julio de 2017, el Estado colombiano firmó un acuerdo de cumplimiento de las recomendaciones del Informe 3/14 del Artículo 50 (fondo), emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante la CIDH o la Comisión– el 31 de marzo de 2014 en el marco del caso 11656, con las organizaciones representantes de la víctima, Colombia Diversa, Red Nacional de Mujeres y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). En dicho informe, la Comisión recomendó al Estado “adoptar las medidas estatales necesarias, incluyendo capacitación en derechos humanos a funcionarios estatales, y el establecimiento de mecanismos de control, para garantizar que las personas privadas de la libertad no se vean sometidas a tratos discriminatorios –incluyendo sanciones disciplinarias por demostraciones de afecto entre mujeres en establecimientos carceleros y penitenciarios– por parte de las autoridades estatales o por parte otras (sic) personas privadas de la libertad en razón de su orientación sexual”¹.

1 CIDH. Informe No. 3/14. Caso 11656. Informe de Fondo. 31 de marzo de 2014, p. 65.

En este sentido, el acuerdo entre el Estado colombiano y las organizaciones representantes de la víctima establece un compromiso de Colombia para “llevar a cabo un programa de formación continuo sobre derechos humanos de las personas LGBTI en prisión. La formación estará dirigida a directivos del Inpec, el personal del cuerpo de custodia y vigilancia, y en general a todo personal administrativo, así como a personas privadas de la libertad (...) El diseño del Programa de Formación Continuo en Derechos Humanos estará liderado por el Ministerio de Justicia y del Derecho en estrecha coordinación con el Inpec. (...)”².

De acuerdo a los lineamientos del Ministerio de Justicia y del Derecho, se decidió dividir el diseño del programa dirigido a los funcionarios de los centros de reclusión y población privada de la libertad en dos módulos, uno de sensibilización frente a la diversidad sexual y de género y uno de capacitación sobre estándares mínimos en la materia. El presente documento establece los contenidos mínimos de los dos componentes.

Adicionalmente, es importante resaltar que los contenidos de este programa de formación fueron sometidos a prueba piloto de sensibilización y capacitación en algunas de las reclusiones donde Marta Álvarez sufrió violaciones a derechos humanos. En este sentido, entre noviembre y diciembre de 2017 fueron contratados dos consultores por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho con el objetivo de desarrollar contenidos temáticos y metodologías pedagógicas para su implementación. Para este fin, Andrés Contreras desarrolló el contenido temático del módulo y Marina Bernal el programa pedagógico de formación, y procedieron a realizar visitas a los centros de reclusión de mujeres de las ciudades de Bogotá, Bucaramanga, Pereira, Armenia, Cali y Medellín para desarrollar el piloto de este programa³.

Además, estas sesiones fueron acompañadas, en diferentes momentos, por funcionarios del Estado, el Coronel (r) Efraín Aragón, asesor en derechos humanos de la Dirección General del Inpec; el Coronel (r) José Hernando Medina Bernal, Subdirector de la Escuela Penitenciaria Nacional; Alejandra Restrepo, Coordinadora del Grupo de Derechos Humanos de la Dirección General y Cónsul Nacional de Derechos Humanos del Inpec; y Ricardo Gómez, Coordinador del Grupo de Registro de la Escuela Penitenciaria Nacional.

2 Acuerdo de Cumplimiento de las Recomendaciones del Informe Artículo 50 (Fondo) No. 3/14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso No. 11656, p. 9.

3 Entre el 7 y el 16 de diciembre de 2017, las sesiones contaron con la presencia de la señora Marta Álvarez, víctima del caso 11656, quien participó en su desarrollo. Además, las sesiones de los días 11, 12, 13, 14 y 15, realizadas en las ciudades de Armenia, Cali y Medellín, fueron acompañadas por una de las representantes de la víctima, Marta Tamayo, para las sesiones del 11 y 12, y por Marcela Sánchez los días 13, 14 y 15.

Las sesiones en los centros de reclusión contaron con la participación de los Directores y Directoras y los cuadros de mando de cada establecimiento, personal de custodia y vigilancia, personal administrativo y, de manera especial, de personas privadas de la libertad, auto identificadas y no autoidentificadas como parte de la población LGBTI.

Todos los acompañantes y participantes de este proceso fueron piezas esenciales en la construcción y mejoramiento de este documento de contenidos, por lo que el autor agradece su participación y aportes.

1.2 OBJETIVOS DE FORMACIÓN

Este componente del módulo de formación tiene como principales objetivos

- Crear conciencia de la población sexualmente diversa como sujeto de derechos en el contexto carcelario colombiano.
- Desmontar imaginarios relacionados con identificar los derechos de la población LGBTI como privilegios entre el personal penitenciario.
- Construir una idea de la diversidad sexual como un fenómeno valioso y protegido por el orden legal y constitucional a partir de la experiencia de los afectos.
- Transmitir los conocimientos mínimos sobre cada uno de los ejes planteados en los estudiantes de la Escuela Nacional Penitenciaria. En especial, se plantea la aprehensión del contenido del Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) a cargo del Inpec, Resolución 6349 del 19 de diciembre de 2016.

1.3 LA GARANTÍA DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL DEL DESARROLLO DE ESTE MÓDULO

Durante el desarrollo de los pilotos de este programa de formación se encontró que existe desconocimiento por parte de la población privada de la libertad sobre la expedición de la Resolución 6349 de 2016, Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) a cargo del INPEC. En ese sentido, es esencial establecer que una parte importante del éxito de la apropiación de este módulo de sensibilización y capacitación radica en que todas las personas que hacen parte del sistema penitenciario y carcelario conozcan y apliquen este instrumento.

Lo anterior es evidente en la medida en que el Reglamento General tiene como uno de sus ejes fundamentales la inclusión del denominado enfoque diferencial⁴, que incluye a la población LGBTI. De esta forma, y como se desarrollará a profundidad en este documento, el Reglamento incluye una serie de modificaciones mayores en materia de derechos, procedimientos y procesos dentro de los ERON enfocados en esta población, de los cuales deben dar cuenta los reglamentos de régimen interno de cada establecimiento de reclusión⁵, que deben ser socializados con todas las personas que hacen parte del sistema penitenciario. Como resulta apenas natural, la apropiación del Reglamento es necesaria para que las personas protegidas y reguladas por él puedan conocer sus derechos y obligaciones y, en últimas, ayudar a derrumbar las barreras de discriminación y dinámicas de violencia que sufre la población LGBTI en la cárcel.

Es especialmente importante aclarar que el conocimiento del Reglamento General y, una vez sean expedidos, de los reglamentos de régimen interno por la población privada de la libertad no está dado a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, como el mismo instrumento lo establece⁶. Esto conforme a lo establecido en el artículo 58 de la Ley 65 de 1993.

Por su parte, se recuerda que en el marco de la sentencia T-422 de 2014, la Corte Constitucional se enfrentó a una acción de tutela en la que el accionante solicitaba acceso al reglamento interno del centro de reclusión donde se encontraba privado de la libertad. En dicha decisión la Corte reiteró que el acceso a la información que no se encuentre sujeta a clasificación por motivos legales es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, *“Si dentro del ejercicio del derecho de petición se pretende el acceso a determinada información o documentación que no esté sujeta a reserva constitucional o legal alguna, y la autoridad requerida impide arribar a ella mediante la expedición de copias a costa del interesado, o su simple consulta, afecta el principio de publicidad y conlleva el desconocimiento de*

4 Artículo 5.º del Reglamento General: *El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, sexo, religión, identidad, expresión de género, orientación sexual, diversidad corporal, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias y carcelarias del presente reglamento contarán con dicho enfoque. El Director General del Inpec expedirá los lineamientos de enfoque diferencial para adoptar las medidas tendientes a la protección, visibilización y garantía de derechos.*

5 Artículo 8.º del Reglamento General: *[...] En ningún caso el reglamento interno de un establecimiento de reclusión podrá desconocer, contrariar, extralimitar los principios, las obligaciones, los derechos y las disposiciones contenidas en la Constitución Política de Colombia, las leyes, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, el presente reglamento y demás normas que regulen la materia.*

6 Artículo 9.º del Reglamento General. *Parágrafo único: Cada reglamento de régimen interno deberá socializarse e implementarse con todo el personal del establecimiento.*

derechos autónomos como la información y/o el acceso a documentos públicos, susceptibles de ser amparados en sede de tutela”⁷.

En este sentido, es vital recalcar que la garantía de acceso y desarrollo de programas de capacitación sobre del Reglamento General de los ERON y de los reglamentos internos de cada centro de reclusión es una obligación de las autoridades penitenciarias y un derecho de las personas privadas de la libertad. Aunado a esto, se establece que el conocimiento de este reglamento de los estándares nacionales e internacionales desarrollados en este documento y su apropiada aprehensión es un requisito del éxito de este programa de sensibilización y capacitación.

1.4 CONTENIDOS MÍNIMOS

Como ya se ha expresado, la realización este módulo de capacitación y sensibilización en materia de derechos de la población LGBTI en cárceles se originó por la serie de violaciones de derechos humanos que Marta Álvarez Giraldo sufrió durante sus años de privación de libertad en razón de orientación sexual, lo que derivó una serie de recomendaciones por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este contexto, es necesario que este módulo de formación incluya una mención al importante rol del Sistema en la protección de derechos humanos en América Latina, lo que incluye una explicación básica de su funcionamiento. Posteriormente se propone pasar a explicar que a la luz de la teoría del “control de convencionalidad” toda persona o entidad que desarrolle funciones públicas está obligada a aplicar la ley y la Constitución de una manera coherente con los mandatos de la Convención Americana de Derechos Humanos y los desarrollos de los órganos del Sistema. Además, es importante dar cuenta de la relación trascendental que los órganos de este (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos) han tenido con el Estado colombiano, que ha destinado importantes esfuerzos en cumplir las recomendaciones de dichos entes.

Con este marco en mente, se considera igualmente importante dar a conocer la forma en la que la diversidad sexual se ha convertido en un fenómeno reconocido y protegido en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos y las razones por las que este se interesó de manera especial en las vulneraciones que sufrió Marta Álvarez. Esto se hará a partir del estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de diversidad sexual, en especial el caso de Karen Atala Riffo y niñas contra Chile y el caso de Ángel Alberto Duque contra Colombia.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 2015. M. P.: Andrés Mutis Vanegas.

Posteriormente se procederá a desarrollar el contenido del módulo en lo que se refiere a la protección de la población LGBTI en Colombia. Este se desarrollará a partir del estudio del caso de Sergio Urrego como un escenario propicio para la sensibilización sobre la diversidad sexual como un fenómeno valioso para la sociedad. Adicionalmente, este caso permite apropiarse de la realidad sobre las nefastas consecuencias que tiene la discriminación y violencia en razón de la sexualidad diversa. Adicionalmente, se presentará el caso de Érick Yosimar Lastra para visibilizar la importancia de la eliminación de la discriminación y violencia en razón de la orientación sexual y la identidad de género.

En tercer lugar, el documento se aproxima al estudio a profundidad del caso de Marta Álvarez, que permite visibilizar la importancia de la visita íntima en el contexto carcelario y las obligaciones específicas de las autoridades penitenciarias en materia de su garantía para población LGBTI.

En cuarto lugar, el documento dará cuenta de la realidad de la violencia física como un problema letal para la población LGBTI y la necesidad de su eliminación de las prisiones, así como del importante papel que juega el Estado en este proceso.

Finalmente, se propondrán cuatro casos como herramientas de trabajo y evaluación del módulo.

Así, el desarrollo de las sesiones de trabajo que se adelanten en el desarrollo de este programa en los establecimientos de reclusión y en los cursos de ingreso al Inpec debe hacerse teniendo como base dos momentos complementarios: la sensibilización y la capacitación. En lo que respecta a las estrategias pedagógicas, se sugiere que este módulo sea socializado de acuerdo a los lineamientos e instrumentos desarrollados por Marina Bernal en el marco del mismo **Acuerdo de Cumplimiento de las Recomendaciones del Informe Artículo 50 (Fondo) No. 3/14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso No. 11656 Marta Lucia Álvarez Giraldo.**

Los dos momentos estarán enfocados al desarrollo de cuatro temáticas específicas: a) el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y su importancia para Colombia; b) el reconocimiento de la diversidad sexual y de género como un fenómeno valioso para la sociedad, lo que incluye la protección del sujeto sexualmente diverso en el derecho internacional de los derechos humanos y en el marco constitucional colombiano; c) la importancia de la visita íntima en el desarrollo de la sexualidad en el contexto de restricción de la libertad personal; y d) la importancia de la eliminación de la violencia en contra de la población LGBTI en el contexto carcelario.

El eje de sensibilización debe estar enfocado a la generación de empatía por parte de los funcionarios del Inpec hacia la población LGBTI y a cada una de los ejes anteriormente enumerados. Para esto se propone el estudio de algunos de los casos más relevantes de violación de derechos humanos en el contexto colombiano y latinoamericano por los estudiantes del módulo, a fin de crear una conexión entre los alumnos y la realidad que vive la población LGBTI. Es preciso recalcar que el estudio de estos casos debe hacerse utilizando el concepto de “afecto” y de las “emociones”⁸, y la legitimidad de su ejercicio, como concepto unificador de las diferentes experiencias de la diversidad sexual y de género.

Por su parte, el eje de capacitación se enfocará en transmitir una serie de conceptos, estándares, obligaciones y derechos que se consideran fundamentales para garantizar el libre ejercicio de los derechos sexuales de la población LGBTI en las cárceles y su efectiva protección por parte del personal directivo y de custodia y vigilancia de los establecimientos de reclusión. Este eje se desarrollará desde los mismos cuatro ejes. La principal diferencia radicarán en que su contenido será desde una perspectiva más técnico-jurídica que enfocada en el desarrollo de empatía o autoidentificación con el otro.

8 La propuesta de incluir las emociones y los afectos en el campo de la práctica y enseñanza del derecho ha tenido un fuerte impulso en los últimos años. En este sentido, se sugiere que los formadores que utilizarán este documento se aproximen a esta literatura para desarrollar las sesiones de capacitación y sensibilización. Adicionalmente, se sugiere que estas se sincronicen con las estrategias pedagógicas que fueron desarrolladas de manera conjunta con este documento. Al respecto, se sugiere la lectura de Nussbaum, Martha. *Justicia poética*. Editorial Andrés Bello, 1997, capítulo 3, y de Posner, Erick. Derecho y emociones. *Revista de Derecho Público*, 2008 (traducción de Laura Rico de Piñeres). En materia de desarrollos pedagógicos, se sugiere tomar como referente el documento de trabajo Pedagogía de las Emociones para la Paz, desarrollado por la Alcaldía Mayor de Bogotá. En dicho escrito se establece como uno de los pilares fundamentales el reconocimiento de las emociones para lograr contextos de convivencia pacífica; se entiende por componente de emociones a *“la dimensión del sujeto y a la relación que establece consigo mismo y con el otro, en la que surgen pasiones, placeres y deseos como también la sensibilidad estética de la existencia. Los sentimientos morales y las emociones políticas se constituyen en potencias que hacen posible hacerse cargo de ese otro”*. En Quintero, Marieta, Sánchez, Keyilin y otras. Pedagogía de las Emociones para la Paz. Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015, p. 2015. Una vez más, es importante resaltar que se sugiere adoptar la metodología pedagógica desarrollada especialmente para el contexto carcelario en el marco del cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH en el caso 11656, estos textos sólo son referentes útiles para completar dicha estrategia.



2. El Sistema Interamericano de protección de derechos humanos y su importancia para Colombia

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido uno de los foros en los que el reconocimiento de la población LGBTI ha tenido más atención y desarrollo en los últimos años. Adicionalmente, el Estado colombiano tiene una larga trayectoria de diálogo institucional con instituciones internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la implementación de sus estándares y recomendaciones en el sistema nacional⁹.

A pesar de esto, en el desarrollo de los programas piloto de este proceso se ha evidenciado que algunos funcionarios del Inpec y, por regla general, las personas privadas de la libertad no tienen un conocimiento básico sobre la importancia del derecho internacional de los derechos humanos y el cumplimiento de las recomendaciones y órdenes de los organismos encargados de su promoción y garantía.

⁹ Ver como referencias: Corte Constitucional de Colombia. Sentencias C-150 de 1993, M. P.: Fabio Morón Díaz; SU-159 de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C-058 de 2006, M. P.: Álvaro Tafur Galvis; y C-370 de 2006, varios ponentes, consideración jurídica 4.4. Además, Quinche Ramírez, Manuel. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N.º 12, 2009, pp. 163-190.

En este sentido, es posible constatar que la población objeto de este programa de formación tiene algunos vacíos conceptuales que llevan a que se malinterprete o no se comprenda en su totalidad la razón por la que el Estado colombiano está desarrollando este proyecto. En ese sentido, se sugiere aprovechar el contexto del caso de Marta Álvarez para fortalecer el conocimiento sobre algunos de los conceptos básicos del sistema interamericano de derechos humanos, la importancia de sus instituciones y la fuerte relación de trabajo continuo que el Estado colombiano ha tenido con él en las últimas décadas. Este conocimiento permitirá entender la importancia de los derechos humanos en el contexto actual y la importancia de aplicar los estándares del Sistema Interamericano en materia de derechos de la población LGBTI.

Debido a este contexto, es fundamental que el módulo de formación inicie situando la estructura básica del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y sus principales funciones. En segundo lugar, se hará una explicación de la figura del control de convencionalidad y su importancia dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En tercer lugar, el documento se detendrá en la exposición del marco general de recepción que la figura del control de convencionalidad tiene en la legislación colombiana y la relación general que ha tenido el Estado con el Sistema.

2.1 BREVE INTRODUCCIÓN AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Para el autor de este módulo, el texto de la ex Magistrada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cecilia Medina Quiroga y del profesor Claudio Nash Rojas *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección* es una de las mejores herramientas para entender la historia, el rol y funcionamiento del sistema de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos. Así, a pesar de que las líneas que siguen estarán basadas principalmente en dicho texto, se sugiere de manera especial su lectura para proceder a desarrollar los componentes de sensibilización y capacitación de funcionarios del Inpec y de la población privada de la libertad.

Se puede iniciar diciendo que la historia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos está fuertemente ligada a la creación de la Organización de Estados Americanos, en 1948. De esa manera podemos ver que, para mediados del siglo pasado, los Estados de diversas regiones del mundo empezaron a crear instituciones y mecanismos internacionales para fomentar su cooperación pacífica y la creación de lazos de interdependencias que permitieran la persecución de metas comunes y que se evitara la confrontación armada entre ellos. Estos avances derivaron en instituciones complejas que hoy se conocen como orga-

nizaciones internacionales¹⁰. Así, la Organización de Estados Americanos (OEA) tiene como fin primordial *“lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”*¹¹.

En este sentido, las bases de la Organización de Estados Americanos dan por sentado que la consolidación de un escenario de paz y justicia está claramente relacionada con el desarrollo de un marco de respeto por los derechos esenciales del ser humano. Así, *“el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”*¹².

Como desarrollo de lo anterior, la Novena Conferencia Internacional Americana adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 como parte de la Carta de la Organización. A pesar de lo trascendental de este instrumento, que marca una serie de aspiraciones en materia de obligaciones de los Estados sobre la protección del ser humano en América, no establece mecanismos para que las personas afectadas por vulneraciones a sus derechos puedan acceder a su reivindicación, tampoco se crearon instituciones encargadas del monitoreo de la situación de derechos humanos en el hemisferio ni obligaciones vinculantes para los Estados signatarios de la Declaración. En palabras de Quiroga y Nash, *“La mayoría de los Estados se inclinó por adoptar sólo una declaración, es decir, un documento que contendría un conjunto de principios para guiar la conducta de los Estados en el ámbito de los derechos humanos, pero que no establecería obligaciones vinculantes para los firmantes. Esto determinó, naturalmente, la decisión de no crear un mecanismo internacional para la protección de los derechos en ella incorporados”*¹³.

Estos avances podrían ser considerados como “letra muerta” o carentes de efectos reales, dado que no pasaron de ser más que aspiraciones hasta el año de 1959 cuando en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En un primer momento, la

10 Para profundizar: Urueña, René. *Derecho de las organizaciones internacionales*. Ediciones Universidad de los Andes y Ediciones Temis. Bogotá, 2008.

11 Carta de la Organización de Estados Americanos, Serie de Derechos y Tratados N.º 23, Unión Panamericana, Washington, D.C., 1948, Artículo 1.º.

12 Carta de la Organización de Estados Americanos, Serie de Derechos y Tratados N.º 23, Unión Panamericana, Washington, D. C., 1948, preámbulo.

13 Medina, Cecilia y Nash, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2007, p. 14.

Comisión tuvo como principales funciones estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América, formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos, preparar los estudios o informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones, solicitar a los gobiernos los informes que considere pertinentes en materia de derechos humanos y servir como órgano de consulta para la Organización de Estados Americanos¹⁴.

La creación de la Comisión Interamericana respondió a una situación particular. Para finales de los años 50, Rafael “el Chivo” Trujillo era dictador en República Dominicana; la violencia del régimen en contra del pueblo dominicano aunada a la inestabilidad política que generaba a la región llevó a que los Ministros de Relaciones Exteriores se reunieran en Santiago de Chile y decidieran crear una comisión con las funciones antes descritas¹⁵. Esta decisión genera dos ideas muy fuertes para el discurso del respeto de la dignidad humana; en primera medida, destaca la importancia de la democracia y su fortalecimiento para el mantenimiento de la paz en el continente y la visibilización de la estrecha relación que esta tiene con los derechos humanos. Por otro lado, y aún más importante, se genera la idea de que la sociedad internacional puede ejercer una especie de seguimiento o monitoreo a la forma en la que las autoridades de cada Estado cumplen o incumplen sus obligaciones en materia de derechos humanos.

El año 1969 marcó una nueva etapa para la protección de derechos humanos en el hemisferio. De esta forma, algunos de los Estados de América decidieron crear un instrumento plenamente vinculante en materia de protección de derechos humanos que funcionara como un catálogo mínimo de garantías y libertades para las personas que de una u otra forma se encontraban bajo la jurisdicción de los Estados parte. En este sentido, se creó la Convención Americana sobre Derechos Humanos de dicho año, en adelante la Convención, la Convención Americana o la CADH. En términos generales, este instrumento establece las obligaciones de respeto, obligación de no interferir de manera arbitraria en la esfera protegida para las personas, y de garantía, crear un andamiaje suficiente de protección de los derechos contenidos en la Convención¹⁶.

14 Ídem, pp. 15-16.

15 Goldman, Robert, *Historia y acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en Covarrubias Velasco, A. y Ortega Nieto, D. (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI*, México D. F., 2007, pp. 101, 109-148.

16 Ver Ferrer, Eduardo y Pelayo, Carlos María. *La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Estudios Constitucionales, Año 10, N.º 2, 2012, pp. 141-192.

Además, la CADH fortaleció la perspectiva institucional del derecho internacional de los derechos humanos en América Latina. Esto, fortaleciendo a la CIDH y creando la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como ya se dijo, la Comisión ya había sido creada, por lo que su funcionamiento continuó sin contratiempos. Sin embargo, fue necesario esperar hasta que la Convención entrara en vigor, en 1979, para que la Corte Interamericana fuera creada. A continuación se expondrán de manera muy breve las principales funciones de cada uno de estos organismos.

Sea lo primero aclarar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene un componente de funciones políticas y un componente de funciones “cuasijurisdiccionales”. De esta forma, la CIDH tiene como parte esencial de su mandato hacer un monitoreo constante de la situación de derechos humanos de los Estados parte de la Declaración Americana y de la Convención Americana; Colombia es parte de los dos instrumentos. Adicionalmente, la Comisión conoce de las peticiones individuales que presenten personas que consideren que sus derechos han sido vulnerados por autoridades estatales o por omisiones relacionadas con estas. El caso de Marta Álvarez es un ejemplo de estas peticiones. En suma, las funciones de la CIDH son

1. *“Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana o aquellos Estados que aún no la han ratificado han violado derechos humanos.*
2. *Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado Miembro, cuando lo considera apropiado.*
3. *Realiza visitas in loco a los países para analizar en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica. En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.*
4. *Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. A tales efectos, la Comisión lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos; tales como, las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia; los efectos que tienen los conflictos armados internos en ciertos grupos; la situación de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, de las mujeres, de las y los trabajadores/as migrantes y sus familias, de las personas privadas de libertad, de las y los defensores/as de derechos humanos, de los pueblos indígenas, de las personas afrodescendientes y de las personas privadas de libertad; sobre la libertad de expresión; la seguridad ciudadana y el terrorismo y su relación con los derechos humanos; entre otros.*
5. *Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales y*

- otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.
6. *Recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Continente.*
 7. *Solicita a los Estados Miembros que adopten medidas cautelares, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto de una petición ante la CIDH en casos graves y urgentes. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de ‘medidas provisionales’ en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.*
 8. *Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos.*
 9. *Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 64 de la Convención Americana.*
 10. *Recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, de conformidad con el Artículo 45 de dicho instrumento”¹⁷.*

Como se ve en este listado, la CIDH cumple funciones de carácter general en materia de políticas sobre protección y garantía de derechos humanos en los Estados parte de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto se traduce en la publicación periódica de informes temáticos y de país donde la Comisión da cuenta de sus recomendaciones y algunas de las denuncias que se han recibido por parte de la sociedad civil de los Estados y personas en general. Para efectos de facilitar este trabajo, la CIDH ha venido implementando una serie de relatorías especiales y grupos de trabajo encargados de hacer seguimiento a determinados temas. Al respecto, Medina y Nash establece que “estas (las relatorías) podrán ser creadas para el mejor cumplimiento de las funciones de la Comisión; los titulares serán designados por la mayoría absoluta de los miembros de la comisión y podrán ser miembros de dicho órgano o personas ajenas a él. La Comisión establecerá las características del mandato y los relatores presentarán periódicamente al plenario de la Comisión sus planes de trabajo. En cuanto a los grupos de trabajo, se establece que la Comisión ‘podrá crear grupos de trabajo o comités para la preparación de sus períodos de sesiones o para la realización de programas y proyectos

17 En CIDH. Mandato y funciones. Página web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [En línea] <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>.

*especiales' y que éstos serán integrados de la manera más adecuada"*¹⁸. A la fecha, la Comisión cuenta con las siguientes relatorías especiales:

1. Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
2. Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres.
3. Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes.
4. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.
5. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez.
6. Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos.
7. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad.
8. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial.
9. Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Bisexuales, Trans e Intersex.
10. Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como es obvio, el contexto carcelario está sujeto a escrutinio por parte de la CIDH desde varias perspectivas, conforme a las áreas de trabajo de la Comisión.

Por otra parte, la Comisión Interamericana tiene a su cargo el análisis de la admisibilidad y el fondo de las peticiones individuales que cualquier persona, grupo de personas y organización de la sociedad civil¹⁹ presenten en contra de un Estado parte de la CADH por una presunta vulneración de derechos humanos cometida en un territorio bajo su jurisdicción²⁰. Aunque este no es el espacio para hacer una exposición rigurosa de las formas propias del procedimiento que debe seguirse ante la CIDH, se recomienda la aproximación a los fundamentos de este tema a través de la lectura del folleto informativo elaborado por la Comisión en el año 2012, el cual se adjuntará a este material.

Una vez que se ha surtido el procedimiento de admisibilidad y fondo ante la Comisión, esta tiene la potestad de decidir si el Estado ha incurrido en una vulneración de derechos humanos o no. En caso de que la CIDH considere que el Estado ha

18 Medina, Cecilia y Nash, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2007, p. 49.

19 CADH. Artículo 44.

20 Es importante resaltar que la responsabilidad internacional de los Estados no se limita a su territorio. En casos excepcionales, la CIDH ha considerado que acontecimientos acaecidos fuera del territorio de los Estados pueden ser imputables a terceros Estados que tuvieron temporalmente jurisdicción sobre un territorio. Ver: CIDH. Informe de Admisibilidad 112/10. Petición Interestatal PI-02. Franklin Guillermo Aisalla Molina. 21 de octubre de 2010.

violado los derechos humanos de los peticionarios, esta podrá hacer recomendaciones tendientes a

- *Hacer cesar los actos violatorios de los derechos humanos.*
- *Esclarecer los hechos y llevar a cabo una investigación oficial y sanción.*
- *Reparar los daños ocasionados.*
- *Introducir cambios en el ordenamiento legal.*
- *Requerir la adopción de otras medidas o acciones estatales²¹.*

Una vez que la Comisión haya emitido sus recomendaciones, los Estados podrán cumplir de buena fe estas, llegando incluso a hacer acuerdos de implementación con los representantes de la víctima, como se realizó en el caso de Marta Álvarez. En caso de que los Estados no cumplan con las recomendaciones, la CIDH podrá decidir publicar su informe de fondo sobre el caso o remitir el caso para el conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una vez que el caso está en conocimiento de la Corte Interamericana, esta puede declarar la responsabilidad internacional del Estado y ordenar medidas de reparación y cesación del ilícito internacional. Para finalizar, es preciso destacar que además de su función de conocimiento de casos contenciosos, la Corte puede llegar a conocer de consultas relativas a la interpretación del *corpus iuris* de protección de derechos humanos, sobre los que emite opiniones consultivas y de solicitudes para ordenar medidas especiales de protección de derechos humanos en casos concretos a través de medidas provisionales.

2.2 OBLIGACIONES DE LOS FUNCIONARIOS ESTATALES A LA LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es considerada como el máximo tribunal en materia de derechos humanos en el continente americano. Partiendo de esta idea, la Corte IDH ha desarrollado una doctrina única dentro de tribunales internacionales, el control de convencionalidad. Esta doctrina establece que toda persona que ejerza algún tipo de función pública dentro de los Estados parte de la CADH tiene la obligación de hacer un control a sus actuaciones para que estas estén siempre en consonancia con las obligaciones emanadas de la Convención Americana y, de manera especial, con las interpretaciones jurisprudenciales dadas por la misma Corte.

21 CIDH. Sistema de Peticiones y casos. Folleto Informativo. Año 2012. Publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. [En línea] http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf

De esta forma, el Tribunal ha establecido que es un deber de las autoridades americanas aplicar e interpretar todas sus obligaciones constitucionales y legales en el sentido de respetar las obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagrados en la Convención. Así, por ejemplo, en el marco del caso Cabrera García y Montiel Flórez, la Corte estableció que *“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*²².

Como se infiere del párrafo anterior, para la Corte IDH la Convención y sus disposiciones deben prevalecer frente a interpretaciones restrictivas o violatorias de derechos humanos que se desprendan de otras disposiciones legales. Esta idea ha sido expresada por la Corte en reiterada jurisprudencia. Es por esto que el Tribunal ha llegado a considerar que disposiciones constitucionales de Estados parte de la CADH son contrarias a los derechos humanos²³, que leyes amnistía y autoamnistía en el marco de graves violaciones de derechos humanos no son compatibles con la Convención²⁴ e incluso que los procesos democráticos, elecciones, se deben dar conforme a las interpretaciones de la Corte²⁵.

De manera complementaria, la Corte ha desarrollado su criterio hermenéutico del principio *pro persona*. Este establece una obligación en cabeza de los funcionarios

22 CorteIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N.º 220, párr. 225.

23 Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73.

24 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154.

25 Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N.º 221.

públicos de interpretar las normas y disposiciones legales que rigen sus funciones de la manera más favorable para los derechos del ser humano. Así, *“los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano*²⁶.

2.3 COLOMBIA Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Como ya se ha mencionado, el Estado colombiano tiene una estrecha relación con el Sistema Interamericano desde hace varios años. De esa forma, Colombia ratificó la CADH el 31 de julio de 1973 y el 21 de junio de 1985 aceptó la competencia contenciosa de la CortelDH.

Con estos datos en mente, es importante establecer que conforme al orden constitucional vigente, el derecho interno colombiano tiene una relación compleja con el derecho internacional. En este sentido, se sugiere que para que exista una comprensión amplia de la forma en la que esta relación se aplica para el país, se haga una lectura detallada de la sentencia C-269 de 2014 de la Corte Constitucional (páginas 134 y subsiguientes, donde el Tribunal se extiende en la materia).

Sin embargo, es posible establecer algunos de los puntos más importantes de la doctrina de aplicación del derecho internacional en el derecho interno vigente en Colombia, esto para explorar el importante rol que tienen los pronunciamientos del Sistema Interamericano en el país y las obligaciones que tienen todos los funcionarios estatales de aplicar sus interpretaciones al desarrollo de sus labores.

Así las cosas, la Constitución Política contiene múltiples referencias al derecho internacional²⁷. Dentro de ese universo de disposiciones, es muy importante tener en

26 Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134, párrafo 106.

27 Constitución Política de Colombia. Artículos 9º [principios de relaciones internacionales], 226 [promoción de la internacionalización de las relaciones políticas y económicas de Colombia], 227 [promoción de la integración económica regional], 150 [competencias del Congreso de la República para ratificar tratados internacionales], 44 [estándares internacionales de protección de los niños], 53 [implementación de los

cuenta que el artículo 93 de la Constitución establece “a) la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción y (b) la obligación de interpretar los derechos y deberes constitucionales de acuerdo con los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Colombiano”²⁸.

El artículo 93 de la Constitución Política establece en sus dos primeros incisos:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Así, es preciso resaltar que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, el texto constitucional “establece dos remisiones a los tratados en esta materia. La remisión contenida en el primer inciso cumple una función integradora en tanto hace posible reconocer como derechos exigibles en Colombia aquellos que, aunque no se encuentren contenidos en la Carta, son derechos reconocidos en tratados y convenios aprobados por el Congreso, que no admiten su limitación durante los estados de excepción. A su vez, la remisión del segundo inciso tiene como efecto integrar al ordenamiento jurídico nacional, como criterios de interpretación de los derechos y deberes reconocidos en la Constitución, a todos los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano. Es claro que los tratados a los que alude el artículo citado son aquellos en los que se ha perfeccionado ya el vínculo internacional y que, en esa medida, han cumplido las exigencias impuestas por la Constitución para tal efecto”²⁹.

De lo anterior se puede aclarar que existen dos tipos de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos: por un lado se encuentran los instrumentos que hablan de derechos humanos que no pueden ser restringidos en estados de excepción, en los cuales entra lo que se conoce como bloque de constitucional en sentido estricto. Lo anterior implica que estos instrumentos entran al

Convenios Internacionales del Trabajo ratificados por Colombia a la legislación interna), 93 (implementación del Estatuto de Roma en el orden interno), entre otros.

28 Corte Constitucional. Sentencia C-269 de 2014. M. P.: Mauricio González Cuervo.

29 Ídem.

ordenamiento jurídico con la misma jerarquía de la Constitución Política. Los otros tratados de derechos humanos entran dentro de lo que se conoce como bloque de constitucionalidad en sentido lato, esto quiere decir que solo operan bajo un criterio de interpretación de las normas constitucionales y no como una norma en sí mismos³⁰.

Así, la Corte Constitucional ha establecido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los pronunciamientos de la Corte IDH hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Esto permite concluir, sin duda, que la Convención Americana tiene una aplicación directa y automática para los funcionarios estatales de Colombia y que goza del mismo nivel normativo de la Constitución Política. Al respecto la Corte ha establecido:

Los derechos humanos reconocidos en la Convención pertenecen a lo que esta Corte ha llamado bloque de constitucionalidad en sentido estricto. De acuerdo con el contenido del artículo 93 superior, las normas que contiene se entienden incorporadas al ordenamiento interno y surten efectos directos. Al aplicar el concepto de bloque de constitucionalidad, la declaratoria que hacen los jueces de la Corte IDH no solo repercute sobre la esfera internacional sino sobre el ordenamiento interno. Así, la violación declarada por la Corte Interamericana surte efectos en el ámbito de las relaciones entre países soberanos y miembros de la OEA –donde se reconoce a la nación como infractora- y, a la vez, proyecta directamente consecuencias dentro del Estado. En diversos fallos esta Corporación se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad³¹.

En la misma línea, la Corte Constitucional ha reconocido que las autoridades estatales tienen la obligación de aplicar los estándares de la CADH y los criterios dados por la Corte Interamericana en desarrollo de sus funciones aplicando un control de convencionalidad. Así, *“atendiendo la obligación de cumplir sus compromisos internacionales las autoridades deben tomar en consideración, según lo advierte la*

30 Para profundizar: *idem*.

31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-653 de 2012. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Interamericana, no solo el texto del tratado sino también las pautas que sobre su interpretación establece dicho Tribunal³². Al respecto, agrega la Corte:

La significativa importancia que la Corte Constitucional le ha asignado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a efectos de interpretar las normas de derechos humanos que se integran al bloque de constitucionalidad en virtud de lo establecido en el artículo 93 así como las consideraciones de dicha Corte acerca de la obligación de las autoridades locales de tomar en consideración no solo el texto del tratado sino también la interpretación judicial del mismo, plantea a la Corte el deber de articular la institución de la cosa juzgada constitucional con la necesidad de armonizar, en la mayor medida posible, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno en tanto aquellos se integran al bloque de constitucionalidad³³.

Hasta este punto se podría pensar que solo las disposiciones y estándares ordenados y desarrollados por la Corte IDH son aplicables dentro del ordenamiento jurídico colombiano y que las recomendaciones dadas por la Comisión Interamericana no tienen una aplicación real dentro del orden jurídico. Al respecto, es importante resaltar que si bien las recomendaciones de la Comisión no gozan del mismo nivel de vinculatoriedad que las órdenes de la Corte IDH, estas sí tienen un reconocimiento especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De manera especial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dedicado algunas decisiones al estudio de las obligaciones del Estado de frente a las recomendaciones de la CIDH. En particular, la Corte ha establecido que las recomendaciones de implementación de medidas cautelares que da la Comisión son de carácter vinculante. Al respecto, la Corte se ha pronunciado en el sentido de “reconocer que las medidas cautelares son actos jurídicos adoptados por un organismo internacional de naturaleza cuasijurisdiccional, mediante el cual se conmina al Estado a tomar, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para cesar la amenaza de un derecho. Por ello, a pesar de que ni la Convención ni el Reglamento de la Comisión señalan cómo se incorporan estas recomendaciones al ordenamiento interno, en virtud de la buena fe y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado al haber ratificado la Convención Americana, las medidas cautelares adoptadas deben ser incorporadas al orden interno. Las autoridades competentes, según el caso, y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, deben ejecutar las actividades necesarias para evitar un daño irreparable a derechos como la vida e integridad personal. Del mismo modo, se ha formulado por esta Corporación que el

32 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-500 de 2014. M. P.: Mauricio González Cuervo.

33 Ídem.

*no cumplimiento de las medidas adoptadas por el organismo internacional puede vulnerar el derecho al debido proceso de los beneficiarios, en el sentido en que se emiten en el marco de un procedimiento internacional que se debe perfeccionar a nivel interno*³⁴.

En este punto es importante resaltar que el orden jurídico y la jurisprudencia de la Corte han reconocido una vinculatoriedad diferenciada entre las órdenes de la Corte IDH, que son de obligatorio cumplimiento, y las recomendaciones de la CIDH, en cuyo caso solo son vinculantes en el marco de las medidas cautelares. Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que el Estado colombiano puede cumplir las recomendaciones de la Comisión enmarcado en el desarrollo de buena fe de sus obligaciones derivadas de la CADH y que, incluso, puede llegar a implementar las medidas de reparación que esta recomienda a través de la aplicación de Ley 288 de 1996.

2.4 IDEAS FUERZA DEL EJE DE FORMACIÓN

Una vez se hayan realizado actividades de capacitación relativas a este eje, se espera que los estudiantes tengan claras, como mínimo, las siguientes ideas:

- El Sistema Interamericano de Derechos Humanos está diseñado como una de las estrategias de mantenimiento de la paz en el continente.
- La CIDH y la Corte IDH son los órganos encargados de velar por la garantía y protección de derechos humanos en el hemisferio americano.
- Las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos emanadas de la CADH son de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios de los Estados parte de la CADH.
- El control de convencionalidad y el principio *pro persona* constituyen criterios hermenéuticos de obligatoria aplicación en la interpretación y desarrollo de las funciones del Estado colombiano.

34 Corte Constitucional. Sentencia T-976 de 2014. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



3. El reconocimiento de la diversidad sexual y de género como una dimensión valiosa para la sociedad

Este componente se dividirá en el estudio de dos componentes básicos: i) concepciones básicas sobre diversidad sexual y de género, y ii) estudio de casos para el reconocimiento de la diversidad sexual como un proceso valioso para la sociedad. Dentro del estudio de estos casos, las historias de las víctimas servirán como insumo para el proceso de sensibilización, y los estándares legales servirán como insumo para los procesos de capacitación.

3.1 CONCEPCIONES BÁSICAS SOBRE DIVERSIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO

Cualquier acercamiento o cualquier aproximación formativa sobre las personas identificadas como LGBTI debe dar por sentado que dicho acrónimo solamente es una herramienta de trabajo para reconocer a las personas que no se autorreconocen con orientaciones sexuales o identidades de género normativas, pero de ninguna manera constituye un mapa estable de la realidad de la diversidad sexual. Esta postura ha sido adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Si bien la Comisión ha adoptado un acrónimo fácilmente reconocible para nombrar su Relatoría, es importante señalar que la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGBTI se ocupa de cuestiones de derechos humanos relacionadas con la orientación sexual, la identidad y la expresión de género, y la diversidad corporal. En este informe la CIDH también utilizará los términos sexualidades e identidades no normativas para referirse a identidades trans y no heterosexuales que desafían las normas tradicionales del género. La Comisión también reconoce la autoidentificación de cada persona como principio rector. Por consiguiente, es posible que algunas personas que son parte del foco de trabajo de la Relatoría no se identifiquen como pertenecientes a las categorías implicadas por el acrónimo “LGBTI”.³⁵

Así, se establece que el concepto de identificación debe ser el eje fundamental de la aproximación a la sexualidad y al género. En este sentido, todo el módulo de formación debe estar estructurado sobre el derecho que tiene cada persona a autorreconocerse de acuerdo a sus vivencias, sentimientos y experiencias personales en lo que concierne a la sexualidad y a la identidad de género.

Finalmente, se debe resaltar que en la práctica muchas de las dinámicas de violencia y exclusión que viven las personas con sexualidades no normativas provienen de la forma en la que son vistas y se espera que se comporten por otros. La CIDH también ha sido enfática en resaltar “la complejidad y la diversidad existente en relación con las orientaciones sexuales, las identidades de género y los cuerpos. En este informe, la Comisión Interamericana examina la situación de violencia motivada por el prejuicio basado en la percepción de que la orientación sexual y/o identidad o expresión de género de las personas LGBT desafían normas y roles de género tradicionales, o, en el caso de las personas intersex, porque sus cuerpos difieren del estándar de corporalidad femenina y masculina. Como esta violencia está basada en la percepción que otras personas tienen sobre las orientaciones, identidades, expresiones y cuerpos, la violencia se manifiesta independientemente de que la persona que es víctima de violencia se identifique como lesbiana, gay, bisexual, trans o intersex”³⁶. En este sentido, se propone que el módulo haga especial énfasis en la importancia del respeto por la *identificación* de cada persona y la forma como ella misma elige expresar su identidad de género y sexualidad, y que estas no están condicionadas mutuamente o por factores externos.

35 CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 2015, p. 28. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>.

36 Ídem, pp. 29-30.

Como ya se ha expresado en este documento, el énfasis de este módulo es la generación de empatía por parte de los funcionarios del Inpec en temas relacionados con población LGBTI con restricción de libertad. En este sentido, parece claro que la formación a través de la enseñanza de una serie de conceptos rígidos a manera de glosario sobre la diversidad sexual no es la estrategia ideal para lograr este objetivo. Es por esto que se propone una aproximación a la materia desde una perspectiva del afecto y la forma de expresarlo entre las personas en este módulo. A pesar esto, a fin de aclarar algunos de los conceptos base de la diversidad sexual, a continuación se presenta una lista de conceptos y definiciones para que los formadores en la materia tengan conocimiento del uso correcto del lenguaje y las diversas categorías que se enlazan en esta temática.

3.1.1 CONCEPTOS BÁSICOS DE LOS PRINCIPIOS YOGYAKARTA³⁷

La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el 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 tal modificación sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

3.1.2 DIFERENCIAS ENTRE EL SEXO Y EL GÉNERO

Los conceptos de sexo y género han sido sujetos a diversos debates teóricos a través de los años. Sin embargo, haciendo esta claridad, es necesario que se adopten definiciones operativas que sean fácilmente asimilables por el personal capacitado.

Sexo: Tradicionalmente se ha entendido que este concepto apunta a las características fisiológicas y sexuales con las que nacen mujeres y hombres³⁸. En otras palabras, la concepción tradicional de sexo se refiere a la existencia de determinado

³⁷ Principios Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Marzo de 2007, pies de página 1 y 2.

³⁸ Unicef. Documento de trabajo en línea. Disponible en: https://www.unicef.org/honduras/Aplicando_genero_agua_saneamiento.pdf.

tipo de genitales en las personas³⁹. Sin embargo, esta concepción biológica ha sido cuestionada por literatura *queer* e intersex; la CIDH ha dado cuenta de este debate de manera reciente⁴⁰.

Género: El concepto de género ha sido entendido como los aspectos sociales de cómo se espera que actúen los hombres y las mujeres⁴¹. En palabras de la Organización Mundial de la Salud, “El género se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres. Las diferentes funciones y comportamientos pueden generar desigualdades de género, es decir, diferencias entre los hombres y las mujeres que favorecen sistemáticamente a uno de los dos grupos. A su vez, esas desigualdades pueden crear inequidades entre los hombres y las mujeres con respecto tanto a su estado de salud como a su acceso a la atención sanitaria”⁴².

3.1.3 ALGUNAS IDENTIDADES RELACIONADAS CON LA ORIENTACIÓN SEXUAL

■ **Personas lesbianas:** Mujeres que se sienten emocional, sexual y románticamente atraídas a otras mujeres.

39 Merry, Sally. *Gender Violence*. Wiley Blackwell, 2009, p. 9.

40 Así, “La Comisión toma nota del desarrollo del componente ‘sexo’ como construcción social en la literatura académica *queer* e intersex, y que es clave para comprender las violaciones de derechos humanos de personas intersex. Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino, y como un fenómeno biológico. Bajo esta teoría, la asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, a las personas se les asigna socialmente un sexo al nacer con base en la percepción que otras personas tienen sobre sus genitales. Aunque en la mayoría de los casos las personas son fácilmente clasificadas como niño o niña, algunas presentaciones del cuerpo son percibidas como ‘ambiguas’, y el proceso de asignación sexual no es inmediato. El ‘sexo anatómico mismo, su propia presunta dicotomía, son producto de una lectura ideológica’. Por otra parte, ‘clasificar a una persona como hombre o mujer es una decisión social. Podemos utilizar el conocimiento científico para ayudarnos a tomar la decisión, pero solo nuestras creencias sobre el género –no la ciencia– pueden definir nuestro sexo. Asimismo, nuestras creencias sobre el género afectan de entrada, qué tipo de conocimiento los científicos pueden producir sobre el sexo’. Esta ‘ideología de género’ precede la lectura de los genitales, no permite hablar de un ‘sexo natural’, y es lo suficientemente fuerte como para ‘disciplinar los cuerpos cuando no se adaptan cómodamente a la lectura que se espera hacer de ellos’³⁵. En este sentido, en los casos de personas intersex, a pesar de que los doctores pueden tomar en cuenta factores biológicos, frecuentemente la asignación sexual al nacer es el resultado de consideraciones culturales como el ‘correcto’ tamaño del pene o la ‘correcta’ capacidad de la vagina” En: CIDH. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, *op. cit.*, p. 30.

41 Merry, Sally. *Gender Violence*, *op. cit.*, p. 9.

42 OMS. Disponible en: <http://www.who.int/topics/gender/es/>.

■ **Personas heterosexuales:** Mujeres que se sienten emocional, sexual y románticamente atraídas a hombres; u hombres que se sienten emocional, sexual y románticamente atraídos a mujeres.

■ **Personas gais:** Hombres que se sienten emocional, sexual y románticamente atraídos a otros hombres.

■ **Personas bisexuales:** Personas que se sienten emocional, sexual y románticamente atraídas a hombres y mujeres.

3.1.4 ALGUNAS IDENTIDADES RELACIONADAS CON LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Personas trans: El término mujeres trans se refiere a personas cuyo sexo asignado al nacer fue masculino, mientras que su identidad de género es femenina. El término hombres trans se refiere a aquellas personas cuyo sexo asignado al nacer fue femenino mientras que su identidad de género es masculina. El término persona trans también puede ser utilizado por alguien que se identifica fuera del binario mujer/hombre. Es importante anotar que no todas las personas cuya identidad de género no se ajusta al sexo que les fue asignado al nacer se identifican a sí mismas como “personas trans”.

Persona cisgénero: Aquella cuya identidad de género corresponde con el sexo asignado al nacer. El prefijo “cis” es antónimo del prefijo “trans”.

Persona intersex: Esta expresión se aplica a todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual del individuo no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino.

Persona queer: “Género *queer*” es un término general para las personas cuya identidad de género no está incluida o trasciende el binario hombre y mujer.

3.1.5 DEFINICIONES AUXILIARES⁴³

Sexo con el que se clasifica una persona al nacer: Nacer con ciertos genitales no determina si una persona es hombre o mujer. El sexo, en vez de ser un hecho biológico innato, se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales de la persona.

⁴³ Tomadas de CIDH. Conceptos básicos sobre personas LGBTI. Guía virtual de la relatoría especial LGBTI. EN: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html> Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación. “Muchas veces me canso de ser fuerte”. Informe sobre ser Lesbiana, Gay, Bisexual o Trans en las Cárceles de Colombia 2015-2016, pp. 15-16.

Expresión de género: Se refiere a la manifestación externa de distintas características culturalmente consideradas como masculinas o femeninas, lo cual puede incluir las intervenciones corporales a través de procedimientos quirúrgicos o procesos de hormonización, la vestimenta, el modo de hablar, los modales y la forma de interactuar con otras personas. La expresión de género puede dar cuenta de la identidad de género de cada persona, sea masculina o femenina, puede integrar elementos de ambas o puede no ajustarse a ninguna de las dos.

Identidades autorreconocidas: Utilización de alguna de las categorías de la sigla LGBT para identificarse la persona a sí misma.

Identidades percibidas: Percepción que se hace de una persona por otras como parte de la población LGBT por su cuerpo, sus prácticas sexuales o sus relaciones erótico-afectivas, sin que esto implique que ella misma se nombre de esa manera.

Heteronormatividad: Sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas “normales, naturales e ideales” y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género [9]. Se compone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a los individuos a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes.

Cisnormatividad: Expectativa de que todas las personas son cisgénero, que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres.

Sistema binario del sexo: Modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que considera que el género y el sexo abarcan dos, y solo dos, categorías rígidas, a saber: masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o *intersex*).

Estigma: El objeto del estigma es un atributo, cualidad o identidad que se considera “inferior” o “anormal”. El estigma se basa en una concepción social de lo que somos “nosotros”, en contraposición a “ellos”, que confirma la “normalidad” de la mayoría mediante la desvalorización de “los otros”.

Estereotipo: Un estereotipo presume que todos los miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares... [En consecuencia] se considera que una persona, simplemente por su pertenencia a dicho grupo, se ajusta a la visión generalizada o la preconcepción.

3.2 ESTUDIO DE CASOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL COMO UN PROCESO VALIOSO PARA LA SOCIEDAD: Estándares jurídicos de protección de población LGBTI y su importancia en el contexto de privación de la libertad

Este componente está diseñado sobre la premisa de que el estudio de casos representativos de vulneraciones de derechos humanos y las historias de vida de las víctimas de estas vulneraciones son un vehículo ideal para generar empatía de las personas sobre determinadas poblaciones. En este sentido, se han elegido tres casos relacionados con diferentes formas de manifestación de la diversidad sexual en América Latina para su estudio en este módulo.

Adicionalmente, se propone que el concepto “afecto”, su importancia para las personas, las relaciones humanas y la forma de manifestarlo debe funcionar como eje articulador entre todos los casos. En este sentido, el uso del concepto afecto debe funcionar como una suerte de “metarrelato” que permita conectar la forma de expresar la sexualidad diversa de las víctimas de estos casos con las experiencias propias de afecto de las personas que serán formadas en este programa. Este relacionamiento permitirá la generación de empatía y sensibilización a través de cierta forma de autoidentificación con otro.

Es importante destacar que cada uno de los casos se utiliza como una puerta de entrada a los desarrollos jurisprudenciales hechos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia. Lo anterior implica que una vez se han establecido la importancia del caso y contexto fáctico, el documento se ocupa de desarrollar algunos de los estándares más importantes en materia de protección de la población LGBTI y las obligaciones del Estado en su cumplimiento. Posteriormente, el documento aterriza estas obligaciones, donde es posible, al contexto carcelario y presenta los deberes del Estado en dicho contexto.

3.2.1 EL CASO DE KAREN ATALA RIFO. CRISTALIZACIÓN DE LA DIVERSIDAD SEXUAL COMO UN FENÓMENO PROTEGIDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL LATINOAMERICANO

El caso de Karen Atala Rifo representa un hito en la historia del derecho internacional de los derechos humanos a nivel regional dado que en el marco de este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por primera vez, que un Estado es responsable internacionalmente por un acto de discriminación en razón de la orientación sexual de una persona. El caso se relaciona con la decisión de la Corte Suprema de Chile de quitar la patria de potestad a una madre en razón de su orientación sexual.

El caso Atala pone en evidencia varios aspectos relevantes para un módulo de formación en materia de derechos de la población LGBTI, a saber:

- La creación de la diversidad sexual como una categoría protegida a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.
- La importancia de la protección de la diversidad en relación con derecho a tener una familia.
- Entender la maternidad lésbica como un escenario valioso para el ordenamiento jurídico, lo que permite el desmonte de imaginarios nocivos sobre el rol de la mujer en la sociedad.
- La compatibilidad del interés superior de los niños con el respeto por la diversidad sexual.
- La obligación de los Estados, y sus funcionarios, de eliminar contextos discriminatorios para la población LGBTI.

a. Cronología del caso Atala Riffo y niñas contra Chile

Contexto general: “La señora Karen Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes el 29 de marzo de 1993. Las niñas M., V. y R. nacieron en los años 1994, 1998 y 1999, respectivamente. La señora Atala tiene un hijo mayor, Sergio Vera Atala, nacido en un matrimonio anterior. En marzo de 2002 la señora Atala y el señor López Allendes decidieron finalizar su matrimonio por medio de una separación de hecho. Como parte de dicha separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la señora Atala mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica, con un régimen de visita semanal a la casa de su padre en Temuco (Chile)”⁴⁴.

- Año 2002: Karen Atala inició una relación sentimental con Emma de Ramón.
- Noviembre de 2002: Emma de Ramón se mudó a vivir con Karen Atala y sus hijas.
 - 14 de enero de 2003: Jaime López interpuso una acción legal en contra de Karen Atala a fin de tener la custodia de sus hijas. Esto se basó en los siguientes argumentos:

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

- La madre puso en peligro el desarrollo físico y emocional de las niñas al tener una relación lésbica.
- La madre no mostraba interés en el bienestar de sus hijas.
- La existencia de este tipo de parejas desnaturaliza el orden natural de las parejas entre los seres humanos.
- Las niñas estarían expuestas de manera permanente a enfermedades de transmisión sexual.

2 de mayo de 2003: El juzgado de menores de Villarrica decidió otorgar la custodia provisional al padre de las niñas. Esto al considerar que la madre, al tener una relación lésbica, ponía sus propios intereses por encima de los de sus hijas y encima del rol materno que le correspondía.

14 de mayo de 2003: El juez de menores de Villarrica se declaró inhibido para continuar conociendo del proceso por una solicitud de la defensa de Karen Atala.

29 de octubre de 2003: La jueza subrogante del Juzgado de Menores de Villarrica decidió negar la tuición solicitada por el señor López. Para llegar a esta conclusión la jueza tuvo en cuenta, entre otros, estudios presentados por la Universidad de Chile donde se concluía: i) “la homosexualidad es un conducta normal y que no es una manifestación de ninguna patología”, y ii) “la capacidad de amar a los hijos, cuidarlos, protegerlos, respetar sus derechos y favorecer sus opciones de vida [...] no tiene relación con la identidad ni opciones sexuales de los padres”⁴⁵.

30 de marzo de 2004: Tribunal de Apelaciones de Temuco confirma la decisión de primera instancia.

31 de mayo de 2004: La Corte Suprema de Justicia emitió una sentencia definitiva en el caso otorgándole la custodia de las niñas al padre.

24 de febrero de 2012: La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado chileno por una violación a los principios de igualdad y no discriminación en contra de Karen Atala Riffo y sus hijas. En específico la Corte determinó que

45 Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica de 29 de octubre de 2003. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

- La orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación y por lo tanto se encuentra protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos.
- El interés superior del niño no puede ser utilizado como argumento para amparar discriminación en contra de las personas por su orientación sexual.
- La posible discriminación por contextos culturales no puede ser un argumento válido utilizado por el Estado, y sus funcionarios, para discriminar menores.

b. La construcción del sujeto sexualmente diverso en el derecho internacional. Estándares de organismos internacionales

Antes de entrar a establecer los estándares más importantes de protección del sujeto sexualmente diverso en el derecho internacional de los derechos humanos, el autor de este módulo aclara que se permitirá parafrasear en extenso una parte de un artículo de su coautoría, junto con la profesora Julieta Lemaitre Ripoll, titulado *La prohibición de la discriminación por orientación sexual en el sistema interamericano y el litigio estratégico: el caso Duque vs. Colombia*. En dicho texto se describe, a grandes rasgos, cuál es el proceso que ha seguido la consolidación de la orientación sexual y la diversidad de identidad de género para ser reconocidos como fenómenos valiosos para el derecho de los derechos humanos. Posteriormente se hará un breve desarrollo de los estándares establecidos por la Corte IDH en sus dos últimos pronunciamientos sobre la materia, el caso Duque contra Colombia y el caso Flor Freire contra Ecuador.

Llevar los problemas relacionados con la orientación sexual y la identidad de género al derecho interamericano de los derechos humanos ha sido un proceso largo, y ha sucedido en buena parte de la mano de organizaciones de la sociedad civil⁴⁶. Los conceptos de “orientación sexual” e “identidad de género” no aparecen en los principales instrumentos internacionales que regulan la garantía de los derechos básicos de la persona. El único instrumento que lo tiene de forma expresa son los principios de Yogyakarta, que no tienen un estatus convencional. Así, su desarrollo ha sido por vía interpretativa que incluye no solo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino también el sistema europeo y el universal.

El primer espacio del derecho internacional que articuló la protección contra la discriminación por orientación sexual fue la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte Europea). En el caso Dudgeon contra el Reino Unido (1981) se condenó la penalización de los actos de sodomía, alegando que constituían una

⁴⁶ Yoshino, Kenji. El clóset judicial y el altar legislativo. En: Alegre, Marcelo y otros. *Derecho y sexualidades*. SELA y Librería, Buenos Aires, 2010, pp. 120-121.

injerencia ilegítima de los Estados en la vida privada de las personas, sin hacer referencia a la discriminación⁴⁷.

Hacia finales de los años 90, la Corte Europea avanzó hacia un reconocimiento más amplio de protección en el marco de los casos Praen y Beckett⁴⁸, Smith⁴⁹ y Grady⁵⁰ en contra del Reino Unido, donde declaró que excluir personas del servicio militar de un Estado por su orientación sexual resultaba contrario al Convenio Europeo. Finalmente, el tribunal declaró que la orientación sexual era una categoría protegida en contra de la discriminación en el marco del Convenio en el caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal de 1999⁵¹. En dicho fallo la Corte estableció que la lista de categorías protegidas en el marco del Convenio no es exhaustiva y otras pueden ser incluidas⁵².

En el ámbito universal, el primer litigio que intentó proteger personas por su orientación fue llevado ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso Toonen vs. Australia⁵³. En este caso también se demandaron, de manera exitosa, las leyes que criminalizaban la sodomía. El Comité consideró que las normas que criminalizaban la sodomía violaban la privacidad de las personas.

47 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Dudgeon vs. Reino Unido, sentencia del 22 de octubre de 1981. Aplicación N.º 7525/76. Reiterado en: Caso Norris vs. Irlanda. Sentencia del 26 de octubre de 1988. Aplicación N.º 10581/83 y Caso Modinos vs. Chipre. Sentencia del 22 de abril de 1993. Aplicación N.º 15070/89.

48 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Praen y Beckett vs. Reino Unido. Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicaciones N.os 31417/96 y 32377/96.

49 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Smith vs. Reino Unido. Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicación N.º 33985/96.

50 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Grady vs. Reino Unido. Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicación N.º 33986/96.

51 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal. Sentencia del 21 de diciembre de 1999. Aplicación N.º 36515/97.

52 Para un estudio más profundo en la materia, ver Ammaturo, Francesca Romana. "The 'Pink Agenda': Questioning and Challenging European Homonationalist Sexual Citizenship". *Sociology* 49, N.º 6, 2015 1151-1166, y Waele, Henry y Anna van der Vleuten. "Judicial Activism in the European Court of Justice - The Case of LGBT Rights". *Michigan State University College of Law Journal of International Law* N.º 3 2010, 639.

53 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Toonen vs. Australia, Comunicación N.º 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992, párr. 8.7: "The State party has sought the Committee's guidance as to whether sexual orientation may be considered an 'other status' for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to nothing, however, that in its view, the reference to 'sex' in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation".

El año 2006 fue un punto de inflexión en la creación de un discurso de protección a la diversidad sexual desde una perspectiva global. En ese año y por iniciativa de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, se llevó a cabo una reunión de expertos en Yogyakarta (Indonesia), donde se creó una declaración sobre “Principios sobre aplicación de la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género” (Principios Yogyakarta), presentada ante la Organización de Naciones Unidas en el año 2007⁵⁴. El documento sintetiza una serie de principios generales de protección de personas en razón de su orientación sexual o identidad de género en el marco del derecho internacional vigente. El documento, que no es un tratado internacional, hace definiciones amplias de estas categorías a fin de garantizar una cobertura suficiente a personas que no se identifiquen con las clásicas definiciones de gay, lesbiana, bisexual o transgénero⁵⁵, se ha convertido en un referente obligado en estos temas⁵⁶. Así, y a diferencia de otras iniciativas presentadas en el plano multilateral para crear un marco de protección en el seno de organismos internacionales⁵⁷, los Principios Yogyakarta han tenido un éxito considerable a la hora de ser un referente normativo para tribunales nacionales e internacionales y, en general, para organismos estatales de algunos Estados. Este éxito ha sido atribuido

54 Comisión Internacional de Juristas. *Guía para Profesionales N.º 4 Orientación Sexual e Identidad de Género y Derechos Internacional de los Derechos Humanos*, 2009, p. 4.

55 De acuerdo con los Principios, se entiende por orientación sexual “La capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”; y por identidad de género “La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el 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, p. 6.

56 Aunque estas no se encuentran exentas de críticas. Ver por ejemplo Waites, Matthew. Critique of ‘sexual orientation’ and ‘gender identity’ in human rights discourse: global queer politics beyond the Yogyakarta Principles. *Contemporary Politics*, Vol. 15, N.º 1, March 2009, 137-156.

57 En el año 2003 la delegación de Brasil presentó un borrador de declaración a la Asamblea General de Naciones Unidas en el que se expresaba que el marco general de protección de derechos se debía aplicar a personas identificadas como pertenecientes a minorías sexuales, sin hacer ningún intento por crear derechos especiales. Esta resolución fue obstruida por las delegaciones de Pakistán, Egipto, Libia, Arabia Saudita y Malasia, con un fuerte apoyo del Estado Vaticano. Por otra parte, una reunión de expertos creó un documento conocido como Declaración de Montreal en el año 2006, que sintetiza las demandas del “movimiento” LGBT en los términos más amplios posibles. Esta declaración se ha convertido en un plan de acción de activistas más que en un impulso para gobiernos y Estados en la materia. En: Thoreson, Ryan Richard. *Queering Human Rights: The Yogyakarta Principles and the Norm that Dare Not Speak Its Name*. *Journal of Human Rights*, 8, pp. 326-327.

a las modestas reivindicaciones que incluyen la estabilidad de sus fundamentos argumentativos y filosóficos y la promoción estratégica que se les dio⁵⁸.

En el 2008, además, la Asamblea General de la OEA adoptó una resolución sobre “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”⁵⁹. En la resolución se manifestaba la preocupación de los Estados por la violencia causada por la diversidad sexual. En las Naciones Unidas también un grupo de países suscribió, en el marco de la Asamblea General del año 2008, una declaración sobre la materia, que no fue adoptada por la Asamblea General. Posteriormente, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones expidió su Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 2011, en la que escuetamente muestra interés sobre la materia⁶⁰.

Dentro de este contexto, la creación de un discurso de protección en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se dio en varios pasos y en diálogo con lo sucedido en los sistemas europeo y universal. El primero de ellos se dio en el marco de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, donde se han expedido constantes resoluciones relativas a la situación de la población LGBTI en el continente, como la violencia que se experimenta por los miembros de esa población y donde se incluyen, de manera más reciente, otros aspectos estructurales de discriminación⁶¹. Sin embargo, este proceso no ha estado exento de dificultades, como por ejemplo la negativa de un gran número de países a adherirse a los compromisos políticos de las resoluciones por cuestiones de falta de consenso internacional o doméstico en la materia⁶².

Adicionalmente, en el 2013 se creó una convención americana en contra de todas las formas de discriminación e intolerancia, que incluye la orientación sexual y la identidad y expresiones de género como categorías prohibidas de discriminación.

58 Thoreson, Ryan Richard, *ibidem*, pp. 328-335.

59 Asamblea General de la OEA AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

60 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.

61 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) de 2009, AG/RES. 2600 (XL-O/10) de 2010, AG/RES. 2653 (XLI-O/11) de 2011, AG/RES. 2721 (XLII-O/12) de 2012, AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) de 2013, y la más reciente resolución AG/RES. 2863 (XLIV-O/14) de 2014.

62 Negro, Dante Mauricio. Los avances más recientes en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI en el ámbito interamericano. Revista *Derecho PUCP*, N.º 73, 2014, pp. 159-167.

Sin embargo, a la fecha solo ha sido firmada por nueve Estados y no ha sido ratificada por ninguno, por lo que no está en vigor⁶³.

Un segundo paso se dio en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con la creación, en 2011, de una unidad dedicada al monitoreo de los derechos de la población LGBTI en el continente, convertida en una relatoría en el año 2014. La creación de la relatoría ha permitido que los derechos humanos de la población LGBTI hayan tomado un papel visible dentro del trabajo de la CIDH; esto ha llevado a que se hayan presentado tres casos sobre la materia a la Corte Interamericana⁶⁴, se hayan realizado varias audiencias temáticas en el marco de las sesiones de la Comisión⁶⁵ y se emitiera un informe sobre violencia en contra de personas LGBTI en las Américas⁶⁶.

El tercer escenario de creación de un discurso de protección de la diversidad sexual es el jurisdiccional. De esta forma, la Corte Interamericana ha intentado ser utilizada como el escenario de producción de discursos normativos que reconozcan, o establezcan, la existencia de estándares internacionales de protección de la población LGBTI.

Así, como ya se mencionó, en el año 2011, la Corte tuvo conocimiento del caso Atala Riffo y niñas contra Chile. El caso, sobre una jueza chilena a la que le quitaron la custodia de sus hijas por el hecho de ser lesbiana, culminó con una sentencia en la que la Corte afirmó la existencia de un conjunto de obligaciones derivadas del derecho internacional encaminadas a la prohibición de la discriminación por orientación sexual. En esa ocasión fue evidente la existencia de una pugna ideológica en el marco del litigio, dado que Chile intentó desestimar la existencia de una obligación de reconocimiento de la diversidad sexual como una categoría protegida en el derecho internacional y la inexistencia de una norma encaminada a reconocer a la familia diversa. Por su parte, la CIDH y los representantes de las víctimas hicieron una férrea defensa de la existencia de dichas obligaciones y la ilegitimidad de la

63 Para ver el estado de firmas y ratificaciones ver http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp.

64 CIDH. Demanda ante la Corte IDH en el caso Karen Atala e Hijas, Caso 12502 contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010, Nota de remisión del caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, Caso 12841. 21 de octubre de 2014, y Nota de Remisión del caso Homero Flor Freire vs. Ecuador. Caso 12743. 11 de diciembre de 2014. [En línea] <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/decisiones/cidh.asp>.

65 Estas audiencias han incluido temas como violencia estatal, discriminación sexualidades diversas ancestrales, entre otros. [En línea] <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=32>.

66 CIDH. Violencia contra Personas LGBTI. 12 de noviembre de 2015. [En línea] <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.

imposición de un modelo de heterosexualidad obligatoria a las personas que se encuentran bajo la protección de la Convención Americana⁶⁷. En la sentencia de este caso, la Corte Interamericana materializó la “orientación sexual” y la “identidad de género” como categorías protegidas en el marco de la Convención Americana.

En lo que respecta a los estándares normativos derivados de esta sentencia, en primer lugar, se resalta la importancia del principio de igualdad ante la ley y no discriminación en el marco del derecho internacional de los derechos humanos como parte del *ius cogens*⁶⁸. En segundo lugar, la Corte Interamericana reitera su postura de considerar los tratados de derechos humanos como “instrumentos vivos” cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida, doctrina que le ha permitido proteger grupos vulnerables⁶⁹, como, por ejemplo, las personas en situación de discapacidad⁷⁰ y pueblos indígenas⁷¹, a partir del principio *pro homine*, que pone la dignidad del ser humano en el centro de la interpretación de las normas de derechos humanos. De esta forma, la Corte Interamericana utiliza las resoluciones de la Asamblea General de la OEA ya mencionadas, así como el artículo 29 de la Convención Interamericana⁷² y de la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos ya mencionada, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁷³, el Comité de Derechos Eco-

67 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N.º 239.

68 *Ibidem*, párr. 80.

69 *Ibidem*, párr. 83.

70 Ver Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C N.º 298.

71 Ver Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C N.º 284.

72 En su texto literal la Convención establece: Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (...).

73 Por ejemplo: Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, Edward Young vs. Australia, Comunicación N.º 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003, párr. 10.4. Véase también Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, Polonia, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999, párr. 23. En: CortelDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. *Op. cit.*, pie de página 104.

nómicos Sociales y Culturales⁷⁴, el Comité de Derechos del Niño⁷⁵, el Comité contra la Tortura⁷⁶ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁷⁷. Adicionalmente, la Corte se vale de las declaraciones dadas en el seno de las Naciones Unidas en las que se incluyen la mencionada resolución del Consejo de

-
- 74** Así: "Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32 ['En cualquier otra condición social, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual']. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 ['en virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de [...] orientación sexual']; Observación N.º 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 13 ['el Pacto proscribe toda discriminación por motivos de [...] orientación sexual']; Observación General N.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 18 ['En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de [...] orientación sexual']. En: CortelDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. *Op. cit.*, pie de página 106.
- 75** Así: "Cfr. Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N.º 3. El VIH/sida y los derechos del niño", CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003, párr. 8 ['es preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales']; Observación General N.º 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003, párr. 6 ['Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención, sin distinción alguna (art. 2), independientemente de 'la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño'. Deb[e] añadirse también la orientación sexual']. En: CortelDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. *Op. cit.*, pie de página 107.
- 76** Así: "Cfr. Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, Observación General N.º 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 20 y 21 ['El principio de no discriminación es básico y general en la protección de los derechos humanos y fundamental para la interpretación y aplicación de la Convención. [...] Los Estados Partes deben velar porque, en el marco de las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, cualesquiera que se[a] su [...] orientación sexual']. En: CortelDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. *Op. cit.*, pie de página 108.
- 77** Así: "Cfr. Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, Recomendación General N.º 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010, párr. 13 ['La discriminación que sufren las mujeres de edad con frecuencia es de carácter multidimensional, al sumarse la discriminación por [...] orientación sexual'] y Proyecto de Recomendación General N.º 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 18 ['La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual']. En: CortelDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. *Op. cit.*, pie de página 109.

Derechos Humanos e informes de algunos relatores especiales⁷⁸. Todos estos instrumentos son citados de nuevo en el caso Duque.

Después de este ejercicio hermenéutico, la Corte estableció un estándar de protección en materia de orientación sexual e identidad de género. Este estándar tiene tres pilares fundamentales:

- Primero, afirma que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención, con lo cual se prohíbe la discriminación⁷⁹.
- Segundo, sostiene que no es necesario que exista un consenso sobre la materia que obligue a perpetuar la discriminación histórica⁸⁰.
- Finalmente, la Corte estableció que basta con constatar que de manera “explícita o implícita” se haya tenido en cuenta la orientación sexual de la persona para determinar que esta viola el principio de igualdad⁸¹.

A partir de este estándar la Corte falla en contra de Chile, y además defiende un concepto amplio de familia que permita una protección suficiente de la vida privada⁸². Sin embargo, la Corte en este caso no se refirió a la aplicación de estos estándares en el caso de las parejas del mismo sexo, y el derecho a la familia se predica en relación con la madre lesbiana y sus hijas, y no en relación con una pareja. Para el proceso de ampliación de los estándares a través del litigio, ese era el siguiente caso, y fue la función que cumplió el caso Duque⁸³.

El caso de Ángel Alberto Duque en contra del Estado colombiano constituyó el primer pronunciamiento del tribunal interamericano sobre derechos de parejas del mismo sexo. El caso se relaciona con la negación por parte de las autoridades de

78 CortelDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. Op. Cit., párr. 90.

79 *Ibidem*, párr. 91.

80 *Ibidem*, párr. 92.

81 *Ibidem*, párr. 94.

82 *Ibidem*, párr. 175.

83 Fragmento tomado de Contreras Fonseca, Andrés y Lemaitre Ripoll, Julieta. *La prohibición de la discriminación por orientación sexual en el sistema interamericano y el litigio estratégico: el caso Duque vs. Colombia*. En: Comisión Colombiana de Juristas. *El caso Ángel Alberto Duque Sentencia de la Corte Interamericana. La responsabilidad del Estado colombiano por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación por orientación sexual*. Bogotá, 2016, pp. 23-29.

conceder la pensión de superviviente al señor Duque tras la muerte de su pareja en el año 2002. Una vez agotados los recursos internos del Estado, el caso fue presentado ante la CIDH para su revisión.

En su análisis de fondo del caso, la Corte estableció que la negación de la mesada pensional al señor Duque constituyó un acto discriminatorio por parte del Estado colombiano y, por lo tanto, fue una actuación ilegítima a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, el tribunal reiteró que la falta de consenso sobre la existencia de determinados derechos para ciertos grupos de personas no es un argumento legítimo para restringir derechos y perpetuar marcos de discriminación. Así, la Corte estableció:

Este Tribunal ha indicado que “la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana.

124. En el presente caso, se puede concluir que el Estado no presentó una justificación objetiva y razonable para que exista una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte encuentra que la diferenciación establecida en los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 10 del decreto 1889 de 1994 con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia es discriminatoria y viola lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana”⁸⁴.

Una vez descrito el marco de protección, incipiente aún, de las parejas del mismo sexo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es de especial interés para el desarrollo de este módulo el estudio del caso del señor Homero Flor Freire en contra del Estado de Ecuador. En líneas generales, el señor Freire, quien no se identifica como miembro de la población LGBTI, fue separado de su cargo en las fuerzas militares de Ecuador por, supuestamente, ser encontrado teniendo relaciones sexuales con otro hombre dentro de una instalación militar, cargo que a la fecha no se ha confirmado.

84 Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C N.º 322, párrs. 123 y 124.

Si bien el caso no se relaciona con el contexto de privación de la libertad, es muy importante entrar a estudiar la falta de legitimidad que tiene cualquier tipo de sanción discriminatoria en razón de la orientación sexual y la identidad de género, aun en contextos en los que se admiten ciertas restricciones a los derechos sexuales. Este estándar será muy importante a la hora de estudiar la prohibición de este tipo de sanciones en el marco del nuevo Reglamento General del Inpec.

Para el caso concreto, la Corte encontró que en el contexto de las fuerzas militares y la disciplina que estas requieren se establecía una diferencia de trato para las relaciones sexuales entre parejas heterosexuales y del mismo sexo. Así, *“existía una diferencia de trato en la regulación de los ‘actos sexuales ilegítimos’ y los ‘actos de homosexualismo’ en dos sentidos: (i) respecto de la gravedad de la sanción, pues la sanción para los ‘actos sexuales ilegítimos’ oscilaba entre 10 días de arresto y 30 días de suspensión, mientras que la sanción para los ‘actos de homosexualidad’ era la baja del oficial, y (ii) respecto del alcance de la conducta sancionada, pues los actos sexuales ilegítimos eran sancionados si eran cometidos ‘en el interior de repartos militares’, mientras que los ‘actos de homosexualismo’ eran sancionados incluso si eran realizados fuera del servicio”*⁸⁵.

Al respecto, el Tribunal estableció que resulta razonable establecer algún tipo de limitaciones a las relaciones sexuales en las instalaciones militares; esta idea podría ser aplicable también al contexto carcelario. Sin embargo, al encontrarse que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo traían consigo una sanción mayor, se estableció que esta diferenciación es ilegítima a la luz de las obligaciones de la CADH. En ese sentido, *“con el propósito de preservar la disciplina militar, podría resultar razonable y admisible la imposición de restricciones a las relaciones sexuales al interior de las instalaciones militares o durante el servicio. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales homosexuales genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Asimismo, resalta que la diferencia de regulación existente en el presente caso frente a los actos homosexuales tenía como efecto excluir la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas. En este sentido, la Corte recuerda que la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual de una persona incluye la protección de la expresión de dicha orientación sexual (supra párr. 119). Al sancionar los ‘actos de homosexualidad’ dentro o fuera del servicio, el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar castigaba*

85 Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C N.º 315, párr. 117.

*toda forma de expresión de esta orientación sexual, restringiendo la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas ecuatorianas*⁸⁶.

Finalmente, es importante resaltar que el señor Flor Freire no se identifica como parte de la población LGBTI. En ese sentido, la CortelDH recordó que no es necesario ser parte de esta población para sufrir actos de discriminación o violencia en razón de la orientación sexual o identidad de género percibidas. Al respecto, la Corte establece:

*La Corte advierte que la discriminación puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida. Este Tribunal ya ha señalado que “[e]s posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la autoidentificación de la víctima”. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre*⁸⁷.

c. Ideas fuerza el eje de formación

Una vez que se hayan realizado actividades de capacitación y sensibilización relativas a este componente, se espera que los estudiantes tengan claras, como mínimo, las siguientes ideas:

- La sexualidad humana está marcada por la fluidez de actos e identidades. Es un derecho de las personas identificarse como parte de la población LGBTI o no hacerlo.
- La orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.
- Es una obligación de los Estados eliminar los contextos de violencia y discriminación en contra de la población LGBTI.

86 Ídem, párr. 127.

87 Ídem, párr.120.

- Las sanciones de la sexualidad diversa que obedezcan exclusivamente a la orientación sexual y la identidad de género están proscritas en el derecho internacional de los derechos humanos.

3.2.2 EL CASO DE SERGIO URREGO. VIOLENCIA Y EJERCICIO DE LA SEXUALIDAD EN CONTEXTOS ESCOLARES Y SU RELACIÓN CON EL CONTEXTO CARCELARIO

El caso de Sergio Urrego es uno de los casos de violencia contra población LGBTI más mediáticos de los últimos años en Colombia. En líneas generales, el caso se refiere al suicidio de un menor de edad en la ciudad de Bogotá debido al matoneo, violencia y persecución que sufrió por parte de las autoridades de su colegio. El estudio del caso de Urrego busca despertar intervenir pedagógicamente en los estudiantes a diferentes niveles:

- Identificación de la sexualidad diversa como un motivo ilegítimo de violencia y discriminación.
- Visibilizar la violencia homofóbica, institucional y no institucional como dañina para la integridad del ser humano y una amenaza para la vida misma.
- Pensar en la importancia del uso de la disciplina en contextos institucionales como un reproductor de violencia y discriminación.

Al igual que el caso Atala, el caso de Sergio Urrego será utilizado como puerta de entrada para hacer una breve descripción de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y algunos desarrollos legislativos y administrativos en materia de protección de la población LGBTI en Colombia. Este estudio pondrá en perspectiva al sujeto sexualmente diverso en el ordenamiento jurídico colombiano y permitirá entrar a pensar las obligaciones específicas que el Estado tiene en materia de protección de esta población en el contexto carcelario.

a. Cronología del caso de Sergio Urrego

Contexto general: “Sergio David Urrego Reyes era un joven de 17 años de edad, hijo de la señora Alba Lucía Reyes Arenas, que se encontraba inscrito en el colegio Gimnasio Castillo Campestre, como estudiante de grado once. Para su madre, era un joven brillante, excelente ser humano, devorador de libros y preocupado por las problemáticas sociales y el medio ambiente. Al momento de los hechos, según

el relato de Alba Lucía, Sergio sostenía una relación sentimental con Horacio⁸⁸, un compañero de su curso, sin que los padres de ambos adolescentes lo supieran.

En mayo de 2014, una amiga en común de los estudiantes les tomó una foto mientras se daban un beso, como expresión de esa relación sentimental. La foto quedó registrada, con consentimiento de los dos jóvenes, en el celular de esta persona⁸⁹.

- Mayo de 2014. La foto fue encontrada por un profesor del colegio y fue mostrada a las autoridades de la institución.
- Mayo de 2014. Los estudiantes fueron llamados para tener “apoyo psicológico”. La psicóloga del colegio les dijo que estaban incurriendo en una falta grave al no tener la autorización de los padres para mantener una relación. Debido a esto se les pidió firmar un compromiso para “mantener la distancia” entre ellos.
- Junio de 2014. Los dos jóvenes fueron llamados varias veces a la oficina de la psicóloga de la institución para discutir su relación. Finalmente, se les informó que sus padres serían llamados al colegio para informarles de la situación.
- Junio de 2014. Los jóvenes decidieron comunicarles la situación a sus padres. La madre de Sergio Urrego decidió apoyar a su hijo. Sin embargo, los padres de su pareja decidieron tomar otro curso de acción.
- 20 de junio de 2014. La rectora del colegio se reunió con los padres de Sergio y les comunicó que existían quejas por un supuesto “acoso sexual” a otro alumno. Sergio fue obligado a tener acompañamiento psicológico externo.
- 22 de julio de 2014. Los padres de la pareja de Sergio presentaron una denuncia penal por acoso sexual.
- 25 de julio de 2014. Alba Reyes, madre de Sergio, fue notificada de la presentación de una queja en su contra ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- 31 de julio de 2014. La madre de Sergio solicitó el retiro de su hijo del colegio producto de este acoso.

88 Nombre ficticio creado por la Corte Constitucional.

89 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-478 de 2015. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

4 de agosto de 2014. Sergio Urrego decidió acabar con su vida lanzándose desde el cuarto piso de un centro comercial en Bogotá. Antes de quitarse la vida, dejó dos cartas en las que expresan que los problemas que tuvo en el colegio hicieron parte del “detonante” para su decisión y con pruebas de su inocencia con respecto al cargo de acoso.

Agosto de 2014 en adelante. Las autoridades del colegio, de manera sistemática, culparon a Sergio de su suicidio debido a sus posturas “anarquistas, feministas y su orientación sexual”.

3 de agosto de 2015. La Corte Constitucional emitió una sentencia en el caso donde consideró que se habían violado los derechos fundamentales de Sergio. En este sentido ordenó al colegio hacer un acto público de desagravio, reconocer públicamente el legado de Sergio Urrego y ordenó al Ministerio de Educación Nacional tomar medidas concretas en la protección a la sexualidad diversa y su manifestación en el entorno escolar.

b. Estándares de protección de la diversidad sexual derivados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

En el marco del caso de Sergio Urrego, la Corte Constitucional de Colombia desarrolló diversos estándares de protección de la población LGBTI desde de la perspectiva de un contexto de sujeción de las personas a regímenes disciplinarios, como el colegio y la cárcel, y cuál es el alcance de los derechos fundamentales de las personas en estos contextos.

Además de ilustrar sobre las principales líneas de razonamiento de la Corte en el caso de Sergio Urrego, este apartado entrará a dilucidar la postura de la Corte Constitucional en la relación con la posibilidad de restricción de derechos en el contexto carcelario.

i. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género y la orientación sexual

En su jurisprudencia constante, la Corte Constitucional ha entendido que el derecho a la igualdad constituye un principio, un valor y un derecho fundamental a la luz del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que el marco de protección derivado de la igualdad y la prohibición de discriminación representa uno de los pilares del Estado colombiano⁹⁰. La principal obligación derivada de este principio constitucional

90 Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

para el Estado, todos sus funcionarios y los particulares es “*abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginación o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad*”⁹¹.

A fin de cristalizar un marco de protección adecuado para las personas sometidas al orden jurídico, la Corte Constitucional ha desarrollado tres elementos fundamentales del principio de igualdad:

- i. *Una regla de igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas.*
- ii. *Una prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato discriminatorio a partir de criterios sospechosos contruidos a partir de –entre otras– razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión u opinión política; y*
- iii. *Un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)*⁹².

A partir de este marco general, la Corte Constitucional reiteró la línea de protección que ha venido desarrollando en los últimos años de la orientación sexual diversa y de la identidad de género diversa en ambientes educativos. Sin embargo, antes de entrar a mencionar dicha línea, es necesario hacer una breve exposición de la forma en la que el orden jurídico colombiano ha llegado a considerar la diversidad sexual como un fenómeno valioso en la sociedad.

Para Diego López, la sentencia C-481 de 1998 puede ser considerada como el punto inaugural de la protección de la diversidad sexual y de una tendencia “*proteccionista y garantista*”⁹³ para la población LGBTI. En dicha decisión la Corte es clara al establecer que la preferencia e identidad sexual de las personas hace parte de los derechos derivados del orden constitucional. Ese marco de protección se deriva de los artículos 1.º, dignidad humana; 13, igualdad de trato y prohibición de discriminación; y 16, libre desarrollo de la personalidad, de la Constitución Política.

91 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-478 de 2015. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

92 Ídem.

93 López, Diego. *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Universidad de los Andes - LEGIS, 2016, p. 6.

En ese sentido, la Corte determinó que *“La específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental ‘la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales’, lo cual implica ‘la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social’. Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es, a un escrutinio estricto”⁹⁴. (Subrayas fuera del texto).*

En la misma decisión la Corte Constitucional estableció que para el derecho colombiano la orientación sexual diversa no puede ser considerada como una enfermedad o una anomalía; por el contrario, es una opción legítima de vida, lo que lleva a que *“todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta”⁹⁵.*

Si bien en un primer momento la jurisprudencia de la Corte se relaciona solo con la protección de la orientación sexual, en pronunciamientos posteriores se ha ampliado ese marco para incluir la diversidad de identidad de género como una opción legítima y válida a la luz del derecho colombiano. Adicionalmente, el Tribunal ha reconocido que la sexualidad es un fenómeno fluido y cambiante y que esta condición no afecta su marco de protección.

Así, *“La identidad de género y la orientación sexual de las personas son conceptos que se transforman continuamente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad. Por lo tanto, estas definiciones no se pueden tomar como criterios excluyentes sino como ideas que interactúan constantemente y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a su sexualidad y su desarrollo identitario. La orientación sexual abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse frente a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros. La 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*

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁵ Ídem.

*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)*⁹⁶. (Subrayas fuera del texto).

Por otra parte, el régimen constitucional colombiano ha tomado un camino de eliminación de las barreras de protección de las relaciones de pareja y familiares de las personas que se identifican con identidades sexuales diversas. En este sentido, con una línea jurisprudencial constante desde la sentencia C-075 de 2007, donde se redefinió el concepto de compañeros permanentes para incluir a parejas del mismo sexo⁹⁷, la Corte ha ido eliminando diferentes obstáculos para que las parejas del mismo sexo gocen de un derecho a la igualdad plena.

Así, se ha determinado que es una obligación del Estado garantizar la afiliación de compañeros permanentes al sistema de seguridad social en salud⁹⁸, garantizar la sustitución pensional de compañeros permanentes⁹⁹, protección alimentaria en parejas del mismo sexo¹⁰⁰ y la porción conyugal¹⁰¹.

Posteriormente, desde el año 2011, el orden constitucional ha reconocido a la familia compuesta por parejas del mismo sexo como un sujeto de derechos y, por lo tanto, son objeto especial de protección por parte de las autoridades estatales. De esta manera, en su icónica sentencia C-577 de 2011, la Corte determinó que la protección a la familia es uno de los fines fundamentales del Estado colombiano, artículo 42 de la Carta. Sin embargo, el Tribunal encontró que el concepto de familia protegido por la Constitución Política no se reduce a la familia heterosexual; muy por el contrario, las parejas del mismo sexo que así lo decidan tienen derecho a tener acceso a formas jurídicas que les permitan oficializar sus vínculos familiares y acceder a toda la protección legal que de esto se deriva¹⁰².

A pesar de esto, la Corte le dio dos años al Congreso de la República para que legisle sobre la materia; esto abrió la puerta para que el poder legislativo instaurara una suerte de régimen diferencial en materia de matrimonio para parejas del mismo

96 Corte Constitucional. Sentencia T-099 de 2015. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

97 Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

98 Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

99 Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008. M. P.: Clara Inés Vargas.

100 Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

101 Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 2001. M. P.: Jorge Pretelt Chaljub.

102 Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M. P.: Gabriel Mendoza Martello.

sexo, algo como un “contrato innominado” y el régimen de parejas de diferente sexo, el matrimonio. Sin embargo, el Congreso nunca se pronunció sobre la materia.

En ese sentido, la Corte Constitucional retomó el estudio del déficit de protección que se había verificado en el 2011 en su sentencia SU-214 de 2016 y declaró la obligación del Estado de reconocer el derecho al matrimonio por parejas del mismo sexo. En dicha decisión, la Sala Plena de la Corte estableció que *“Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que, para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no solo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de este”*¹⁰³.

Finalmente, la Corte Constitución abordó la discusión del reconocimiento de los derechos a la paternidad y a la maternidad por parte de parejas del mismo sexo en el año 2015. En su primera decisión, sentencia C-071 de 2015, el Tribunal se enfrentó a una discusión sobre si era legal que el Estado no permitiera la adopción de los hijos del compañero o la compañera permanente de una persona de su mismo sexo, cuando se entendía que dicha posibilidad *sí* estaba incluida para el caso de parejas heterosexuales a través de la figura de la adopción complementaria¹⁰⁴. En este sentido, la Corte recordó que la figura de la adopción está destinada a que *“El menor que no tiene padres logre ser parte de una familia rodeado de las condiciones propicias para su desarrollo armónico e integral”*¹⁰⁵. En esa línea argumentativa, la Corte encontró que

Cuando por cualquier motivo un niño ha crecido de la mano de su padre o madre biológico, quien a su vez convive con su pareja del mismo sexo, y en ese entorno se han forjado vínculos de afecto y solidaridad estables donde se comparte la crianza, cuidado y manutención del menor en forma conjunta, entonces impedir la adopción complementaria o por consentimiento conduci-

103 Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

104 En palabras de la Corte, “La adopción complementaria o por consentimiento tiene lugar cuando se adopta el hijo o hija biológica del compañero o compañera permanente contando para ello con la anuencia del progenitor biológico. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con la adopción conjunta, donde el menor carece de vínculos filiales, estos lazos ya existen con el consanguíneo directo y a menudo también se han construido vínculos de crianza entre el menor y el compañero o compañera permanente del padre o madre biológico”. Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. M. P.: Jorge Iván Palacio.

105 Sentencia C-071 de 2015. M. P.: Jorge Iván Palacio.

ría a destruir esos mismos lazos de amor, respeto, socorro, etc., contruidos durante años, lo cual afecta a todos los integrantes del grupo familiar (dentro de los cuales se encuentran incluidos tanto la pareja como el menor de edad), quienes se han integrado con éxito en el hogar que se ha creado, en detrimento del derecho a conformar libre y responsablemente una familia y a no ser separados de ella (art. 42 C. P.)”. (Subrayas fuera del texto).

Como se ve, en su decisión la Corte reconoció que los niños que crecen en hogares de padres o madres del mismo sexo no sufren, per se, ningún tipo de daño o afectación por este hecho. Sin embargo, es evidente que la Corte creó un escenario de desequilibrio entre los padres y madres que quieren adoptar conjuntamente y aquellos que lo hacen a través de la adopción complementaria. Al respecto, el Tribunal no tardó mucho en pronunciarse nuevamente para eliminar ese desbalance.

Así, en la sentencia C- 682 de 2015 la Corte estableció que *“No es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 C. P.)”¹⁰⁶.*

En un juicioso análisis, la Corte se mostró favorable a aceptar que las evidencias científicas han determinado que no existe ningún tipo de riesgo para el buen desarrollo de los menores cuando estos son criados en hogares conformados por parejas del mismo sexo. En ese sentido, la Corte concluyó que

- i. La adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar ni la salud física o mental de los menores.*
- ii. En caso de existir alguna afectación, la misma proviene de otros factores como la situación económica, las relaciones dentro del grupo familiar, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres.*
- iii. El ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso en algunas ocasiones aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual.*

106 Sentencia C-683 de 2015. M. P.: Jorge Iván Palacio.

iv. *Los procesos de adopción deben basarse en asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la orientación sexual de los padres*¹⁰⁷.

Hasta este punto es claro que el sujeto sexualmente diverso goza de una especial protección a la luz del régimen constitucional vigente. Esta protección se ha materializado en diferentes ámbitos dentro de la práctica judicial colombiana y, en especial, frente a regímenes disciplinarios. Así, por ejemplo, la mencionada sentencia C-481 determinó que es inconstitucional que identificarse como homosexual pueda ser considerado como una falta disciplinaria para docentes oficiales; de igual manera se pronunció sobre el régimen de disciplina de los notarios¹⁰⁸. Por su parte, la sentencia T-099 de 2015 determinó que las mujeres transgénero no son destinatarias de las normas de reclutamiento y prestación del servicio militar obligatorio.

Volviendo a la sentencia del caso de Sergio Urrego, la Corte reiteró su precedente en materia de protección de la diversidad sexual y de género como un fenómeno válido y legítimo en el derecho interno colombiano. En este sentido, y lo que concierne a los contextos de disciplina escolar, la Corte estableció:

*Las decisiones que toman los ciudadanos con respecto a su reconocimiento en la identidad y orientación sexual hacen parte del núcleo esencial de su dignidad, libertad y autonomía. Así, resulta contrario a los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad cualquier conducta de un tercero encaminada a privilegiar una determinada identidad u orientación sexual o a imponer sanciones en razón de que una persona, en este caso un estudiante, no siga una conducta mayoritaria de identidad de género u orientación sexual. Esto implica que el hecho de que los estudiantes opten, en ejercicio de su autonomía y con plena conciencia, por una opción sexual diversa no puede constituir una falta disciplinaria ni menos aún un fundamento constitucionalmente válido para la imposición de sanciones en el ámbito educativo, particularmente la suspensión*¹⁰⁹. (Subrayas fuera del texto).

En este sentido, la Corte hace un llamado a las autoridades de establecimientos educativos para prevenir y eliminar los hostigamientos a las personas bajo su cuidado por parte de funcionarios y otros alumnos. Así, *“La prohibición de discriminación por razón de género o de orientación sexual es absoluta y ningún tercero, ya sean*

107 Ídem.

108 Corte Constitucional. Sentencia C-373 de 2002. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

109 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-478 de 2015. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

otros estudiantes o las autoridades del colegio, pueden perseguir o amedrentar a los estudiantes que deciden asumir voluntariamente una opción sexual diversa. Cualquier actitud en ese sentido, como se explicará en el capítulo siguiente, constituye un trato de hostigamiento que debe ser reprochado y a toda costa prevenido¹¹⁰. Al respecto, parece ser bastante útil la clasificación que hace el Tribunal de los actos de hostigamiento y se propone su estudio para evitarlos en el contexto carcelario.

Cuadro 1. Tipos de hostigamiento escolar¹¹¹

| Tipo de hostigamiento | Contenido |
|--------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Intimidación física | Este tipo de intimidación ocurre cuando a alguien, de manera permanente, lo agreden de manera física. |
| Intimidación verbal | Ocurre cuando a alguien lo insultan de manera reiterada con palabras soeces o apodos relacionados con aspectos físicos o íntimos de la persona. |
| Intimidación relacional o indirecta | Ocurre cuando permanentemente le hacen daño a una persona a través de rumores que lo desprestigian frente a los demás, la excluyen de los grupos sociales o la agreden de manera encubierta, sin que la víctima sepa quién lo hizo. |
| Intimidación virtual¹¹² | Es el fenómeno de intimidación que se configura cuando se agrede a alguien por medios electrónicos como internet o redes sociales. |

Finalmente, es válido preguntarse cómo puede ser aplicado este marco de protección en un contexto de restricción de la libertad personal, y otros derechos fundamentales, como lo es la cárcel. Al respecto, más adelante este documento propondrá un estudio del caso de Erick Yosimar Lastra Ortiz donde la Corte Constitucional desarrolló un marco de estudio sobre la materia. Sin embargo, hasta este punto, se considera que cualquier estudiante o funcionario que se haya acercado a los componentes de formación debe tener ciertas ideas claras:

- Las personas que se identifican con identidades sexuales y de género diversas son sujetos valiosos y protegidos a luz del ordenamiento jurídico.
- Los regímenes disciplinarios no pueden imponer sanciones relacionadas con la orientación sexual y manifestaciones de identidad de género. Esto debe ser ponderado en el contexto carcelario.
- Las parejas del mismo sexo pueden ser consideradas como familias en los mismos casos en que son consideradas como tal las parejas de diferente sexo. No es válido o legal hacer distinciones basadas en el sexo de los miembros de la pareja.

110 Ídem.

111 "Cuadro elaborado por el despacho de la magistrada sustanciadora a partir de información recogida en: CHAUX, Enrique. *Educación, convivencia y agresión escolar*. Ediciones Uniandes. Bogotá [2012] y MONKS, Claire P. y COYNE, Iain. *Bullying in Different Contexts*. Cambridge University Press. Cambridge [2011]". En: ídem.

112 Evaluar si puede ser útil su estudio para el contexto carcelario.

Las parejas del mismo sexo tienen el derecho constitucional a ser reconocidos como padres o madres.

Los niños que crecen con parejas del mismo sexo no sufren afectaciones derivadas de este hecho.

ii. El derecho al buen nombre y a la intimidad. Del caso de Sergio Urrego al contexto carcelario

Aún en el caso de Sergio Urrego, en lo que respecta al contenido del derecho al buen nombre, el Tribunal reiteró su jurisprudencia constante al entender que este derecho se relaciona con *“la idea de reputación, buena fama u opinión que de una persona tienen los demás”*¹¹³. En ese sentido, el orden constitucional colombiano protege a las personas de la difusión de información falsa, inexacta o que verdadera, que se tiene el derecho a mantener en reserva, como la orientación sexual, que se difunda a fin de causar afectaciones al prestigio público de una persona¹¹⁴.

De manera complementaria, la Corte estableció que las personas también se encuentran protegidas por el derecho a la intimidad, el cual está destinado a la protección de la información que hace parte de la esfera de la vida personal de los seres humanos y que no debe ser difundida sin su consentimiento¹¹⁵. Este ha sido interpretado como *“La facultad de exigirles a los demás el respeto pleno por un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones”*¹¹⁶.

En la misma línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha desarrollado en torno a diversos niveles de protección de la intimidad de las personas, a saber:

1. **La esfera más íntima:** Corresponde a los pensamientos y sentimientos que los individuos solo han expresado a través de medios de alta confidencialidad, como cartas o diarios. En este ámbito, la garantía de protección es casi absoluta.

113 Ídem.

114 Ídem. Ver también Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2002. M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 2004. M. P.: Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011. M. P.: Humberto Sierra Porto.

115 Corte Constitucional. Sentencia C-640 de 2010. M. P.: Mauricio González Cuervo.

116 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-478 de 2015. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

2. **La esfera privada:** Tiene que ver con los ámbitos privados en sentido amplio, como la casa o el ambiente familiar de las personas. En este nivel hay una intensa protección constitucional, pero hay mayores posibilidades de injerencia legítima.
3. **La esfera social:** En este nivel se encuentran las características propias de una persona en sus relaciones de trabajo o más públicas. La protección a la intimidad en este nivel es mucho menor; sin embargo, no desaparece. Al respecto, la Corte es enfática en la medida en que no se deriva de la esfera social un derecho absoluto para indagar y publicar sobre todas las actuaciones que una persona desarrolla fuera de su casa¹¹⁷.

De esta manera, es preciso aclarar que la protección de estos derechos no se limita al ámbito de la vida personal de un individuo, también incluye sus relaciones familiares y a sus familiares¹¹⁸. Adicionalmente, dentro del razonamiento del tribunal es claro que este derecho no se extingue al morir una persona¹¹⁹.

En lo que respecta a la titularidad de derechos fundamentales en el contexto de reclusión, es importante resaltar que el orden jurídico colombiano reconoce la necesaria restricción de derechos de las personas privadas de la libertad. En este sentido, la jurisprudencia constitucional establece que en el contexto de privación de la libertad los derechos fundamentales pueden estar en una de tres categorías: suspendidos, plenamente vigentes y restringidos o limitados. Al respecto, la Corte ha sido enfática al afirmar que a pesar de la necesaria restricción de derechos, es deber del Estado velar por la adecuada protección de los derechos fundamentales que no son suspendidos de manera absoluta. Con respecto a qué derechos hacen parte de cada una de las categorías, la Corte se ha pronunciado en el sentido de fijar la siguiente distinción:

- i. Aquellos **derechos suspendidos** como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Dentro de este grupo encontramos derechos como la libre locomoción y los derechos políticos como el derecho al voto.
- ii. Los **derechos intocables**, conformados por los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad, que se encuentran intactos, pues derivan directamente de la dignidad del ser humano; son ejemplo de estos el derecho a la vida y el derecho al debido proceso.

117 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-478 de 2015. M. P.: Gloria Stella Ortiz

118 Corte Constitucional. Sentencia T-259 de 1994. M. P.: José Gregorio Hernández

119 Corte Constitucional. Sentencia C-640 de 2010. M. P.: Mauricio González Cuervo.

iii. Se encuentran por último los **derechos restringidos o limitados** por la especial sujeción del interno al Estado. Esta restricción tiene sentido porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Encontramos limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, al trabajo y a la educación. Respecto de los derechos fundamentales de los reclusos que admiten restricción, es importante tener en cuenta que su limitación es constitucionalmente válida en la medida en que se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹²⁰.

De este modo, se tiene que el derecho a la intimidad de las personas privadas de la libertad es un derecho sujeto a restricciones y limitaciones derivadas de las necesidades propias del contexto de reclusión. A pesar de esto, desde temprana jurisprudencia, la Corte Constitucional ha establecido que el libre ejercicio de la sexualidad debe ser garantizado como un componente importante del derecho a la intimidad. Así, en su sentencia T-424 de 1992, el Tribunal estableció que *“El derecho a la intimidad comprende una temática amplia que cobija muchos aspectos de la vida pública y privada de las personas, entendiendo esta última como aquel espacio personalísimo que por su naturaleza no les atañe a terceros. La realización personal y el libre desarrollo de la personalidad exigen de parte de los particulares y del Estado el reconocimiento y el respeto de las conductas que la persona realiza para vivir de manera sana y equilibrada, física y emocionalmente. La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad. // Como se expuso inicialmente, nuestro texto constitucional no excluye a los reclusos en establecimientos carcelarios de los derechos y libertades consagrados para las demás personas, pero es necesario que el reconocimiento de las libertades constitucionales se realice sin perjuicio de las limitaciones propias de la sanción que se les impone...”*¹²¹.

En este punto se puede adelantar que el derecho a la intimidad en los contextos de restricción de la libertad personal está claramente relacionado con el ejercicio de la sexualidad y con el deber de garantía de acceso a la visita íntima que tiene el Estado. Así, en lo relativo a los derechos sexuales se entiende que *“Su contenido, aunque tiene en principio un alcance restrictivo o limitado por cuanto se trata de un derecho vinculado a la intimidad, implica comunicarse con su pareja, manifestar*

120 Corte Constitucional. Sentencia T-815 de 2013. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

121 Corte Constitucional. Sentencia T-424 de 1992. M. P.: Fabio Morón Díaz.

*sentimientos, tener contacto, expresión emocional y, sobre todo, sentirse apreciado y querido por otra persona*¹²².

De esta forma, es importante que toda persona que sea capacitada a la luz de este contenido tenga claras las siguientes ideas principales:

- El orden constitucional vigente en Colombia protege a las personas de la difusión de información falsa o inexacta que pueda afectar su derecho al buen nombre.
- El derecho a la intimidad tiene carácter fundamental en el marco jurídico colombiano. La indagación y difusión de información que toque el ámbito de la intimidad personal está prohibido por la ley. Su nivel de protección depende del ámbito al que pertenezca la información.
- El orden legal vigente reconoce la necesidad de restricción o limitación de algunos derechos de las personas privadas de la libertad. El derecho a la intimidad está restringido legítimamente en el contexto carcelario. Sin embargo, toda restricción de este derecho se debe apegar al principio de proporcionalidad desarrollado por la Corte Constitucional.
- El ejercicio de la sexualidad hace parte fundamental del derecho a la intimidad personal. Es obligación del Estado colombiano, y de sus servidores, garantizar su libre ejercicio en el contexto carcelario conforme a las necesidades de los centros de reclusión.

3.2.3 EL CASO DE ÉRICK YOSIMAR LASTRA ORTIZ. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE POBLACIÓN LGBTI EN CONTEXTOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

El caso de Érick Yosimar Lastra dio como resultado la sentencia T-062 de 2011 de la Corte Constitucional. En esa sentencia la Corte dio respuesta a una pregunta que ya se ha planteado en este texto, la que se refiere al ejercicio de los derechos relacionados con la diversidad sexual en el contexto de restricción de la libertad personal. En este sentido, este caso buscará formar a los estudiantes de este módulo en los siguientes aspectos:

- Importancia de la garantía de ejercicio de la sexualidad diversa en el contexto carcelario.

122 Corte Constitucional. Sentencia T-815 de 2013. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

La obligación de los centros de reclusión y de sus funcionarios de permitir las manifestaciones de sexualidad diversa en el marco de sus funciones y conforme a los términos del Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional, Resolución 006349 de 2016.

La compatibilidad entre el respeto de la diversidad sexual y el buen funcionamiento de los centros de reclusión.

El deber de adecuar todas las actuaciones estatales a los principios de derechos humanos y fundamentales.

Para el desarrollo de este apartado, se utilizará la misma metodología de los casos anteriores.

a. Cronología del caso Érick Yosimar Lastra Ortiz

Contexto general: “Érick Yosimar Lastra Ortiz, interno¹²³ del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare), manifestó que tiene la condición de “gay transexual”. Por este motivo porta el cabello largo y usa productos de maquillaje y accesorios que considera acordes con su identidad sexual.

Manifestó que en razón de dicha identidad, fue sometido a tratamientos discriminatorios y violentos por parte de la guardia penitenciaria. Señala que ha “... *sido objeto de burlas [y he sido] irrespetado por parte del personal de custodia y vigilancia, y algunos cuadros de mando como el Sr. Sargento Laguado, subalterno del Sargento Argote, me ha ordenado y amenazado que me cortara el cabello calvo, como todos los demás internos que ingresan al establecimiento carcelario, a lo cual yo me negué rotundamente, porque con esto violaría flagrantemente mis principios constitucionales, ya que estos protegen la diversidad de género, raza y religión. No se me cortó el cabello, pero el Sargento Laguado me dijo que en cualquier momento daba la orden para hacerlo, y me decomisó aretes, kit de maquillaje y moñas para recoger el cabello*”¹²⁴.

123 Este pie de página fue extraído literalmente de la sentencia: “La identidad sexual diversa del actor lleva a cuestionarse la denominación de género que en esta sentencia debe otorgársele. El hecho de que el accionante se reconozca como travesti llevaría a que la Corte lo identificara bajo el género femenino, a fin de hacer compatible su tratamiento en sede judicial con su identidad. No obstante, el mismo ciudadano se autorreconoce de manera mixta, y en muchas ocasiones se define como el recluso, interno o accionante. Por esta razón, la Sala usará la denominación masculina en este fallo, sin que ello deba entenderse como la negación de la identidad sexual del afectado”. En: Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas.

124 Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas.

- Junio de 2010: La víctima interpuso acción de tutela en contra del centro de reclusión.
- 21 de junio de 2010: El Director del centro de reclusión responde a la acción de tutela diciendo que las restricciones que se les habían hecho a los derechos de la víctima obedecían a disposiciones del Reglamento General de los ERON y al reglamento interno del centro de reclusión.
- 1 de julio de 2010: El Juez Único Penal del Circuito de Yopal profirió su decisión concediendo el amparo constitucional al peticionario. En ese sentido el Juez estableció que *“[e]sta incompatibilidad entre los derechos de los travestis en las cárceles y los reglamentos y prácticas penitenciarias no tiene ningún sustento normativo. El respeto de los derechos de los travestis, de hecho, responde a los objetivos del sistema penitenciario en un Estado social de derecho, como lo expresa nuestra Carta Política. (...) También se lesiona el libre desarrollo de la personalidad cuando las directivas del centro de reclusión y las demás personas que allí laboran (...) pretenden imponer a Érick Yosimar Lastra la obligación de comportarse como un hombre por encontrarse en un reclusorio para varones, cuando bastante ha demostrado que para nada le interesa ser un varón, y que por el contrario desea verse y sentirse como mujer. (...)”*¹²⁵. Con respecto a la restricción al uso de prendas de vestir y artículos de belleza, el mismo Juez establece que *“[e]stas medidas son, en lo que a los derechos de las travestis recluidas en las cárceles se refiere, desproporcionadas. Las personas privadas de la libertad tienen derecho a adoptar y a mantener una identidad personal, a expresar su individualidad y sexualidad, a un nombre, a la intimidad y a una forma de vestir acorde con su identidad cultural. En cuanto a las travestis, el pelo y el vestido tienen una relación directa con su identidad de género, son parte integral de su construcción social y sexual. Así las cosas, forzarlas a cortarse el pelo y a vestirse como hombre viola su proyecto de vida y afecta el núcleo esencial de sus derechos”*¹²⁶.
- 20 de agosto de 2010: El Tribunal Superior de Casanare decidió revocar la sentencia de primera instancia al determinar que *“[c]ada recluso debe soportar la privación de sus derechos aun fundamentales, que solo se conservan en el límite aceptable para el ser humano, como las necesidades básicas de vestuario, alimentación, salud y trabajo, aunque éste con ciertas limitaciones igualmente. Un homosexual en estas condiciones de dominación legítima por parte del Estado debe soportar las limitaciones como se le imponen a todo recluso, masculino*

125 Ídem.

126 Ídem.

o femenino. Su condición sexual en tal estado no le da la condición de persona especial”. Posteriormente, el Tribunal sostiene que “... las limitaciones que se imponen al preso en este caso, que se contraen a peluquería, vestuario y no maquillaje, no son de tal envergadura que éste vea frustrada su vida. No es tal el sentido de la protección de los derechos fundamentales que se provee por medio de la tutela, pues debe existir un daño real, un resultado trascendente y negativo. No meramente una indignación o discurso por no usar una prenda o por no pintarse los labios”¹²⁷.

4 de febrero de 2011: La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional revoca la sentencia de segunda instancia y sienta las bases para la protección de la población LGBTI en contextos de reclusión.

b. Estándares de la Corte Constitucional sobre la prohibición de discriminación derivada de la identidad sexual diversa, en específico sobre las personas internas en establecimientos penitenciarios y carcelarios

En sus consideraciones sobre el caso, la Corte Constitucional expresó que la situación de la víctima del caso ya no constituía una vulneración de derechos fundamentales en la medida en que había sido trasladado a otro centro de reclusión. Sin embargo, el Tribunal se preocupó por determinar que la sentencia de segunda instancia constituía una vulneración flagrante al precedente de la corporación.

En ese sentido, la Corte consideró necesario reiterar su precedente jurisprudencial en materia de protección a las personas que se identifican con sexualidades no hegemónicas en el contexto carcelario.

De esta forma, el Tribunal recordó que la limitación de derechos que se deriva de la privación de la libertad de las personas no puede llevar a que se constituya una vulneración de derechos no restringidos en contextos carcelarios. Es por esto que las restricciones de derechos de las personas privadas de la libertad no pueden llevar a que

- (i) desconozcan la prohibición constitucional de discriminación en razón de la identidad u opción sexual;
- (ii) se afecte el derecho fundamental y principio constitucional de la dignidad humana, el cual conlleva la facultad del sujeto de optar por una identidad sexual y ejercer comportamientos y actitudes derivados de esta¹²⁸.

127 Ídem.

128 Ídem.

En este sentido, la Corte Constitucional recordó que toda limitación de derechos fundamentales en el contexto carcelario será constitucional siempre y cuando pueda superar un test de proporcionalidad; para el contexto de restricción de la libertad este test incluye

- (i) que las medidas adoptadas no pueden tener un grado de intensidad que implique la afectación del núcleo esencial de derechos diferentes a la libertad de locomoción y la libertad personal;
- (ii) que la medida tenga como propósito cumplir una finalidad constitucionalmente legítima, esto es, intrínseca y comprobadamente relacionada con los objetivos legítimos de la sanción penal; y
- (iii) que la medida sea idónea para cumplir el objetivo¹²⁹.

Al respecto, la Corte recuerda que las limitaciones de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad deben ser las mínimas necesarias para garantizar la seguridad de las personas puestas bajo la custodia del Estado. En este sentido, el Tribunal reitera que *“Si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección”*¹³⁰.

Al respecto, es válido preguntarse por la forma en la que los funcionarios encargados de la administración de centros de reclusión deben interpretar y aplicar los derechos de las personas privadas de la libertad. En este sentido, la jurisprudencia colombiana ha sido enfática en reconocer que es un deber esencial de las autoridades penitenciarias garantizar la disciplina, seguridad y la salubridad dentro de los centros de reclusión.

Sin embargo, también es muy claro dentro de la jurisprudencia constitucional que esa garantía debe ser entendida dentro de un catálogo de obligaciones tendientes a garantizar los derechos que no pueden ser restringidos a las personas privadas de la libertad. Esto se materializa gracias a la relación de especial sujeción que

129 Ídem.

130 Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

tienen las personas privadas de la libertad con el Estado. Al respecto, la Corte ha establecido que esta tiene una serie de características especiales:

- (i) *La subordinación¹³¹ de una parte (el recluso) a la otra (el Estado);*
- (ii) *la cual se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial¹³² (controles disciplinarios¹³³ y administrativos¹³⁴ especiales y posibilidad de limitar¹³⁵ el ejercicio de derechos, incluso fundamentales).*
- (iii) *Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado¹³⁶ por la Constitución y la ley.*
- (iv) *La finalidad¹³⁷ del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales es garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (con medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena: la resocialización.*
- v. *Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales¹³⁸ (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habita-*

131 La subordinación tiene su fundamento en la obligación especial de la persona reclusa consistente en el deber de "cumplir una medida de aseguramiento, dada su vinculación a un proceso penal, o una pena debido a que es responsable de la comisión de un hecho punible". Sentencia T-065 de 1995. También es vista como el resultado de la "inserción" del administrado en la organización administrativa penitenciaria, por lo cual queda "sometido a un régimen jurídico especial". Sentencia T-705 de 1996.

132 Desde los primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte identificó la existencia de un "régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos", el cual incluye la suspensión y la limitación de algunos derechos fundamentales. En este sentido véase la sentencia T-422 de 1992.

133 Que se concreta por ejemplo en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos. Sentencia T-596 de 1992.

134 Que se concreta por ejemplo en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas. Sentencia T-065 de 1995.

135 Sobre los tres regímenes de los derechos fundamentales de los reclusos, según la posibilidad de la suspensión, limitación y goce pleno, ver, entre otras, las sentencias T-222 de 1993, T-065 de 1995 y T-705 de 1996.

136 En este sentido véase la sentencia C-318 de 1995. La potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción "debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio". Sentencia T-705 de 1996.

137 Sobre la finalidad de la limitación a los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, véase especialmente la sentencia T-705 de 1996. Sobre su relación con la posibilidad real de la resocialización véase la sentencia T-714 de 1996.

138 Entre los especiales derechos de los presos y su correlato, los deberes del Estado, como consecuencia del establecimiento de una relación especial de sujeción, se encuentran "el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene, lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros". Sentencia T-596 de 1992.

ción, servicios públicos¹³⁹, salud¹⁴⁰) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado¹⁴¹. (vi) Simultáneamente, el Estado debe garantizar¹⁴² de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)¹⁴³ (pies de página originales en la sentencia).

Una vez que se ha hecho claridad sobre la importancia de la aplicación de criterios de proporcionalidad al aplicar el ordenamiento jurídico a las personas privadas de la libertad, debemos preguntarnos por la forma en que estos principios deben entrar a dialogar con el tratamiento de la población sexualmente diversa en las cárceles.

Para dar respuesta a esta pregunta, la Corte ha recordado que el marco de protección de la población LGBTI está justificado a nivel constitucional debido a *“la discriminación histórica de las que han sido objeto; y la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad”¹⁴⁴*. En ese sentido, la Corte establece que cualquier actuación de particulares o de agentes estatales que *“censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o imponga sanciones o, de manera amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales”¹⁴⁵*.

139 Sobre la relación entre la continuidad en la prestación de los servicios públicos y los derechos fundamentales de los reclusos, en especial el derecho a la dignidad humana, ver sentencia T-881 de 2002.

140 Sobre la caracterización del derecho a la salud de los reclusos como un derecho fundamental autónomo, a partir de la definición normativa de las relaciones de especial sujeción y la posición de garante del Estado, ver sentencia T-687 de 2003.

141 Sobre los deberes especiales del Estado, ver sentencia T-966 de 2000.

142 Para la Corte esta garantía debe ser reforzada ya que el recluso, al estar sometido a una relación especial de sujeción, tiene limitado su derecho a escoger opciones y le es imposible autoabastecerse. En este sentido ver la sentencia T-522 de 1992. Además, se encuentra en un estado de “vulnerabilidad”, por lo cual la actividad del Estado en procura de la eficacia de los derechos fundamentales debe ser activa y no solo pasiva. En este sentido ver las sentencias T-388 de 1993 y T-420 de 1994. El deber positivo surge porque el recluso está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma los beneficios propios de las condiciones mínimas de una existencia digna (sentencia T-714 de 1995) o se encuentra en estado de indefensión frente a terceros. Sentencia T-435 de 1997.

143 Corte Constitucional, sentencia T-490/04. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

144 Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas.

145 Ídem.

De esta manera, es importante preguntarse por la forma en la que los centros de reclusión deben interpretar y aplicar sus estatutos disciplinarios. La Corte ha establecido que *“El régimen disciplinario carcelario y penitenciario debe ajustarse a las exigencias constitucionales del debido proceso. En este orden, las sanciones disciplinarias no pueden utilizarse de manera arbitraria ni como medidas de retaliación contra determinados internos (...). Por ello se permite recordar que las facultades disciplinarias de las que gozan deben ejercerse de conformidad con la Constitución y la ley, de manera que no pueden emplearse con desconocimiento de la dignidad y los derechos fundamentales de las internas”*¹⁴⁶.

Al respecto, la Corte Constitucional se enfrentó en el año 2006 a un caso donde varias internas del centro de reclusión de mujeres de Manizales alegaban que las directivas del centro imponían sanciones desproporcionadas y aplicaban un régimen disciplinario más allá de sus funciones. En dicho caso se alegó que se estaban cometiendo abusos en la medida en que

- (i) *se obliga a las internas a permanecer en silencio durante la fila de reparto de comidas, en los talleres y en las horas de la noche;*
- (ii) *se sancionan disciplinariamente las manifestaciones de afecto entre reclusas homosexuales;*
- (iii) *se obliga a las reclusas a realizar largas jornadas de aseo sin el uso de guantes, lo que ha llevado a que presenten enrojecimiento y heridas en las manos;*
- (iv) *se impongan sanciones desproporcionadas por conductas como reírse durante la hora de ver televisión o hablar durante las horas de silencio*¹⁴⁷.

Al respecto, el Tribunal hizo una evaluación de su jurisprudencia previa y estableció una serie de parámetros vinculantes para las autoridades penitenciarias y carcelarias en materia de aplicación e interpretación de regímenes disciplinarios bajo su jurisdicción. Así,

a. El personal de guardia no puede imponer sanciones humillantes o denigrantes a los internos ni impartir torturas o cualquier otro tratamiento inhumano so pretexto del ejercicio de facultades disciplinarias.

b. Se encuentra prohibido adoptar medidas discriminatorias por razones de raza, preferencia sexual, etc. (...).

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 2006. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴⁷ Ídem.

c. El régimen disciplinario debe ajustarse a las exigencias del derecho al debido proceso. En consecuencia, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución y el artículo 117 de la Ley 65 de 1993, (i) solo se podrán sancionar las faltas expresamente previstas en la ley¹⁴⁸, en el reglamento que dicte el Inpec¹⁴⁹ y en los reglamentos internos de cada institución penitenciaria o carcelaria; (ii) no podrá sancionarse dos veces a los reclusos por los mismos hechos; (iii) las sanciones solo podrán ser impuestas por el consejo de disciplina de cada centro, siguiendo las pautas señaladas en el 127 ibidem; (iv) deberá garantizarse el derecho de defensa de los reclusos; (v) las sanciones deberán ser proporcionales a la falta cometida; (vi) los procesos que se adelanten deben ajustarse a lo previsto en los artículos 134 y siguientes de la Ley 65 de 1993; y (vii) para desvirtuar la presunción de inocencia del investigado deberá adelantarse una actividad probatoria mínima y suficiente por las autoridades penitenciarias¹⁵⁰.

d. El personal de guardia no puede imponer restricciones a los internos mayores a las necesarias para conservar el orden, lo que se traduce en una exigencia de proporcionalidad de las medidas disciplinarias¹⁵¹.

e. So pretexto del ejercicio de las facultades disciplinarias, no pueden crearse restricciones desproporcionadas al derecho a la libre expresión de los reclusos¹⁵². Por tanto, el personal de guardia no está autorizado para, por ejemplo, inspeccionar la correspondencia de los internos sin previa orden judicial¹⁵³.

148 Ver el artículo 121 de la Ley 65 de 1993.

149 Resolución 5817 de 1994.

150 Ver al respecto la sentencia T-1003 de 2005. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

151 Ver al respecto el artículo 44 de la Ley 65 de 1993, que señala que son deberes de los guardianes: "g) Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario", y el artículo 131 *ibidem*, que dispone: "[p]ara obtener la finalidad que se persigue con el estímulo y la sanción, estos deberán ser proporcionales al acto o al servicio por el cual se imponen o se reconocen. La sanción nunca podrá ser lesiva del ser humano ni degradante de su dignidad".

152 Sobre el derecho a la libre expresión de los reclusos, ver la sentencia T-705 de 1996. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

153 Al respecto, el artículo 111 de la Ley 65 de 1993 dispone:
"Los internos de un centro de reclusión tienen derecho a sostener comunicación con el exterior. Cuando se trate de un detenido, al ingresar al establecimiento de reclusión tendrá derecho a indicar a quién se le debe comunicar su aprehensión, a ponerse en contacto con su abogado y a que su familia sea informada sobre su situación.
El director del centro establecerá, de acuerdo con el reglamento interno, el horario y modalidades para las comunicaciones con sus familiares. En casos especiales y en igualdad de condiciones pueden autorizarse llamadas telefónicas, debidamente vigiladas."

f. En la imposición de sanciones disciplinarias no debe perderse de vista la finalidad de la pena: la resocialización.

(...)

También cabe mencionar la sentencia T-023 de 2003¹⁵⁴, en la que la Corte indicó que la potestad reglamentaria de las autoridades administrativas carcelarias y penitenciarias en materia disciplinaria, si bien envuelve la facultad de limitar o restringir ciertos derechos fundamentales de los reclusos, debe basarse en criterios razonables, proporcionales y objetivos con miras a la finalidad resocializadora de la pena.

g. La concesión de estímulos (i) debe efectuarse por los directores de las reclusiones, previo concepto favorable del consejo de disciplina (el artículo 117 de la Ley 65 de 1993); (ii) debe hacerse para exaltar la conducta ejemplar de un interno o para reconocer los servicios meritorios que haya prestado (artículo 129 ibidem); (iii) debe tomar en cuenta los antecedentes del individuo, su personalidad, los motivos de su conducta, la naturaleza de ella o del hecho que resulte y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que influyeron en el comportamiento (artículo 129 ibidem); (iv) debe hacerse por escrito y la decisión debe ser publicada en “el orden del día”, junto con los hechos que la

Las comunicaciones orales o escritas previstas en este artículo podrán ser registradas mediante orden de funcionario judicial, a juicio de este o a solicitud de una autoridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, bien para la prevención o investigación de un delito o para la debida seguridad carcelaria. Las comunicaciones de los internos con sus abogados no podrán ser objeto de interceptación o registro.

Por ningún motivo, ni en ningún caso, los internos podrán tener aparatos o medios de comunicación privados, tales como fax, teléfonos, buscapersonas o similares.

La recepción y envío de correspondencia se autorizará por la dirección conforme al reglamento. Para la correspondencia ordinaria gozarán de franquicia postal los presos reclusos en las cárceles del país, siempre que en el sobre respectivo se certifique por el director del centro de reclusión que el remitente se encuentra detenido.

Cuando se produzca la muerte, enfermedad o accidente grave de un interno, el director del establecimiento lo informará a sus familiares. A su vez, cuando esta situación se registre en la familia del interno, el director se lo hará saber de inmediato”.

Por su parte, los artículos 21 y 24 del Acuerdo 11 de 1995 del Inpec se refieren al derecho de los reclusos a comunicarse con su familia, abogados, allegados y amigos y a comunicarse por escrito con el mundo exterior.

154 M. P.: Clara Inés Vargas. En este fallo, la Corte estudió una demanda de tutela promovida por un grupo de reclusos que decían que en el reglamento expedido por el centro penitenciario se les prohibía a los internos, por ejemplo, tener un radio de pilas o un ventilador, violaba su derecho fundamental a la igualdad, en tanto que en otras reclusiones sí se permite el acceso a estos elementos. La Corte concedió parcialmente la tutela porque consideró que no había justificación para impedir a los reclusos tener un radio de pilas, más teniendo en cuenta que el reglamento penitenciario del Inpec lo permite, pero la negó frente a la solicitud de acceso a ventiladores ya que (i) en el centro de reclusión no había infraestructura para conectarlos, y (ii) no era cierto que en otras penitenciarias sí fueran permitidos.

motivaron. Además, debe dejarse constancia en el respectivo folio de la hoja de vida del agraciado (artículo 130 ibidem); (v) debe ser proporcionada a la conducta que se pretende premiar (artículo 131 ibidem); (vi) debe ajustarse a la clasificación de estímulos previstos en el artículo 132 ibidem. En resumen, los estímulos no pueden ser empleados para favorecer discrecionalmente a ciertos internos ni como mecanismo de negociación con los mismos¹⁵⁵. (Pies de página originales en la sentencia. Subrayas fuera del texto).

Con respecto a la presunta aplicación de sanciones disciplinarias por manifestaciones de cariño entre población perteneciente a la población LGBTI, la Corte no encontró que estas estuvieran probadas. Sin embargo, reiteró su jurisprudencia al establecer que

- (i) la elección de una determinada opción sexual hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas¹⁵⁶;
- (ii) es contrario a la Carta sancionar el homosexualismo como una falta disciplinaria¹⁵⁷; y
- (iii) por razones disciplinarias pueden imponerse ciertos límites a las manifestaciones homosexuales en el marco de regímenes como el militar, el escolar y el penitenciario¹⁵⁸.

De esta forma se evidencia que la orientación sexual de las personas y su identidad de género no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser objeto de sanciones disciplinarias o represalias en el marco de contextos disciplinarios en Colombia. Sin embargo, se evidencia también que la jurisprudencia de la Corte establece una posibilidad de imponer ciertos límites a las “manifestaciones homosexuales” en determinados contextos.

155 Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 2006. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

156 Ver al respecto las sentencias T-097 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-569 de 1994, M. P.: Hernando Herrera Vergara; T-101 de 1998, M. P.: Fabio Morón Díaz; C-481 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; T-268 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; T-435 de 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; y T-301 de 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

157 Ver al respecto las sentencias C-481 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; C-507 de 1999, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; y C-373 de 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. En la primera, la Corte declaró la inexecutable del literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, que disponía que el homosexualismo era una falta disciplinaria de los docentes. En la segunda declaró la exequibilidad del artículo 184 del Decreto 85 de 1999, que señala que el homosexualismo es una falta contra el honor militar siempre y cuando se entendiera que la falta a la que se refería cobijaba al ejecutar actos sexuales de carácter homosexual o heterosexual que se realizaran de manera pública o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses propiamente dichas. En la tercera, la Corporación declaró la inexecutable de los numerales 1.º y 6.º del artículo 198 del Decreto 960 de 1970, que indicaba que el homosexualismo era una falta disciplinaria de los notarios.

158 Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 2006. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Al respecto, es muy importante aclarar que en Colombia el Estado no tiene la potestad ni la obligación de imponer determinados criterios morales o ideológicos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. En esta medida, estas limitaciones solo serán permisibles *“cuando las manifestaciones de diversidad o el ejercicio de derechos atenten indiscutiblemente contra la convivencia y la organización social”*¹⁵⁹.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática al establecer que al imponer estas limitaciones, las autoridades deben hacerlo sobre *“conductas que ‘objetivamente produzcan daño social’* y por lo tanto justifiquen la injerencia legítima del Estado frente al ejercicio de los derechos fundamentales”¹⁶⁰. (Subraya dentro del texto). De esta forma, la Corte Constitucional ha establecido que *“para garantizar que tal restricción de derechos sea legítima y, por ende, no arbitraria, se requiere no solo que goce de un ‘fundamento jurídico constitucional’ y de ‘proporcionalidad’, sino que además no llegue a anular la posibilidad que tienen las personas para construir autónomamente un modelo de realización personal. Por ende, no basta que se alegue a priori ‘el derecho de otras personas’, como lo ha criticado esta Corporación, o que ‘la facultad de la autoridad se base en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental’* analizado. En consecuencia, *‘simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales, o los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes’* para limitar el alcance de un derecho”¹⁶¹. (Subrayas fuera del texto).

En específico, el Tribunal ha establecido que para el caso de personas con orientaciones sexuales diversas, a diferencia en el trato que el Estado les dé en relación con otros grupos sociales, requiere además una fundamentación que permita desvirtuar los llamados *“criterios sospechosos”*, es decir, aquellos criterios que han servido tradicionalmente como argumentos de persecución y estigmatización en virtud de la simple diferencia por razón exclusiva de la orientación sexual¹⁶². De esta forma, la imposición de sanciones disciplinarias con ocasión de la realización de actos relacionados con la diversidad sexual debe ser capaz de ser justificada a luz de los criterios estrictos de proporcionalidad dados por la Corte Constitucional y, claramente, esta justificación no puede estar basada en criterios estereotipados sobre la sexualidad o fundamentos morales ni religiosos contrarios al orden constitucional.

159 Corte Constitucional. Sentencia T-097/94. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

160 Corte Constitucional. Sentencia C-098/96. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-481/98. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-268 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

161 Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

162 Ídem.

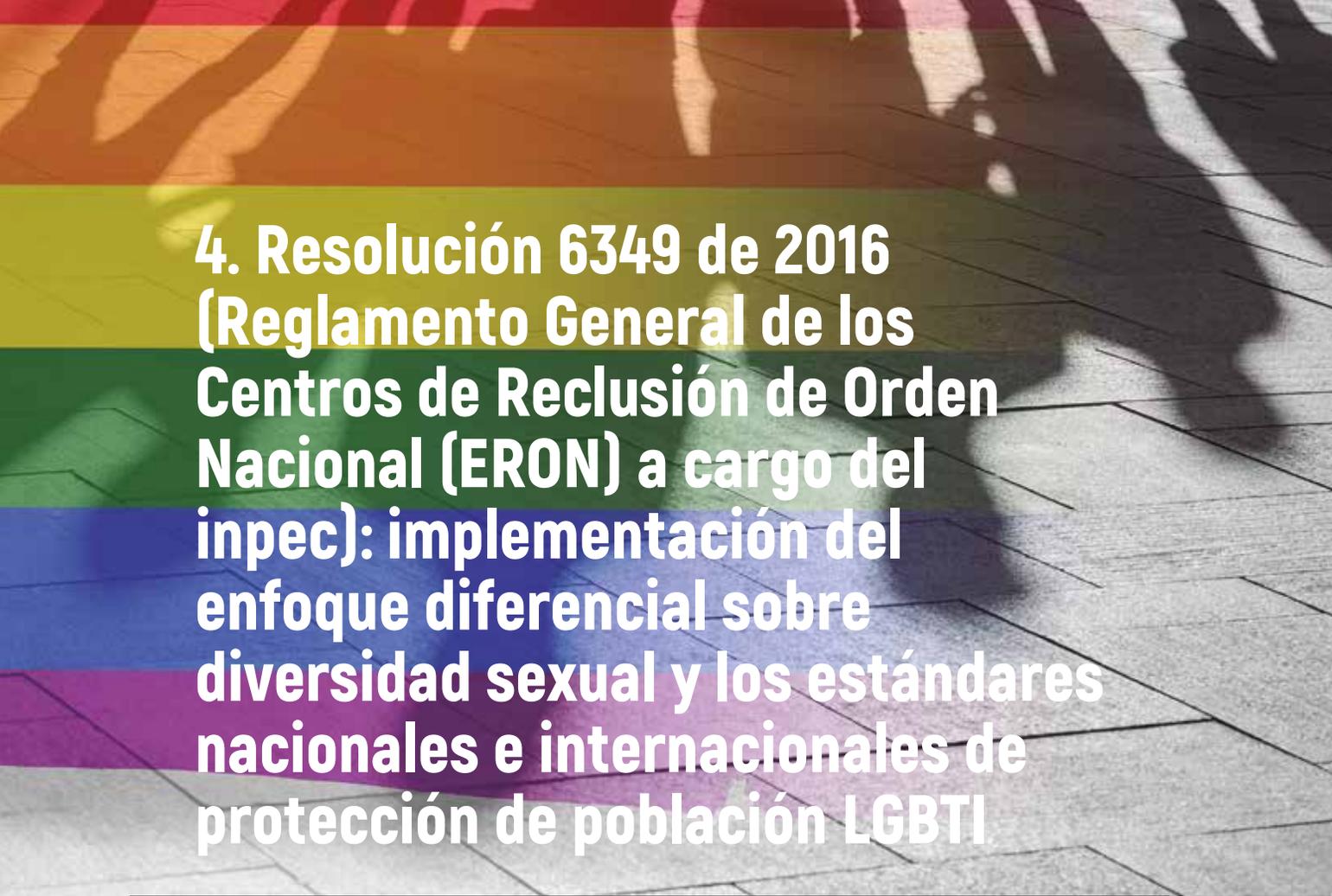
Dejando claro el marco que rige la implementación de sanciones disciplinarias por expresiones de sexualidad diversa, y volviendo al marco de la sentencia T-062 de 2011, es importante entrar a desarrollar la regulación de los derechos que tienen las personas privadas de la libertad a expresar su identidad de género en el contexto carcelario y cuáles son los límites que la Corte ha encontrado como permitidos a este ejercicio.

De esta forma, para el caso de Erick Yosimar Lastra la Corte estableció que *“La adopción de su identidad sexual está mediada por el uso de maquillaje, el pelo largo y determinadas prendas de vestir, elementos todos ellos que permiten reafirmar dicha opción y atenuar las imposiciones que le generan las características propias del sexo fenotípico. En otros términos, el adecuado ejercicio del derecho a la autonomía personal, reflejado en la determinación de la opción sexual, depende del uso de tales elementos por parte del accionante, por lo que la privación injustificada de los mismos conlleva la vulneración de sus derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad”*¹⁶³.

Así, el centro de reclusión *“impuso las restricciones de ingreso a los elementos del interno, sin que mediara una razón suficiente, más allá de un vago concepto de disciplina, fundado en el erróneo prejuicio que asimila la diversidad sexual con la anormalidad y la contradicción a entendimientos deformados de la moral social”*¹⁶⁴.

163 Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas.

164 Ídem.



4. Resolución 6349 de 2016 (Reglamento General de los Centros de Reclusión de Orden Nacional (ERON) a cargo del Inpec): implementación del enfoque diferencial sobre diversidad sexual y los estándares nacionales e internacionales de protección de población LGBTI

Como ya se ha mencionado, el 19 de diciembre de 2016, el Director General del Inpec expidió el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) a cargo del Inpec. Como consta en los considerandos generales de dicho instrumento, el cambio del reglamento obedeció a una serie de órdenes impartidas por la Corte Constitucional en sus sentencias T-062 de 2011, T-388 de 2013, T-804 de 2014, T-762 de 2015 y C-584 de 2015. Adicionalmente, el Inpec tuvo especial atención al cumplimiento de las recomendaciones dadas en el Informe de Fondo del caso 11656 Marta Lucía Álvarez por la CIDH para hacer ajustes a su funcionamiento general.

Así, es importante resaltar que, desde las disposiciones generales, el Reglamento General da cuenta de la diversidad sexual como un fenómeno valioso para la sociedad y de la obligación que tienen todos los miembros del Inpec de respetar la diversidad sexual. En este sentido, el Reglamento establece una serie de definiciones relacionadas con la diversidad sexual en sus disposiciones generales.

Al respecto, se recuerda que el concepto más importante al abordar este fenómeno es la autoidentificación como un derecho de las personas. En este sentido, no es un deber del Inpec constreñir o forzar a ninguna persona a identificarse como miembro de la población LGBTI.

El artículo 4.º del Reglamento establece el “enfoque en derechos humanos” como un eje transversal a todo el funcionamiento de los ERON. Esto debe ser interpretado a la luz de los contenidos desarrollados en el primer eje de este módulo, sobre la obligación de interpretar la normativa y ejercer la función pública conforme al derecho internacional de los derechos humanos.

De manera adicional, ese enfoque está complementado por el artículo 5.º del Reglamento, sobre el denominado enfoque diferencial. En dicho artículo se reconoce la existencia de poblaciones con diferentes características en razón de distintos rasgos, uno de ellos es la diversidad sexual. A la luz de este reconocimiento, se establece que toda medida penitenciaria y carcelaria desarrollada por el Inpec deberá contar con dicho enfoque.

Finalmente, el artículo 6.º del Reglamento establece que este debe ser interpretado a la luz de los convenios internacionales ratificados por Colombia y de las disposiciones constitucionales y desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional. En últimas, el Reglamento reconoce que su margen de aplicación y funcionamiento está condicionado por normas superiores, las cuales ya fueron mencionadas en este documento. A continuación, este documento entrará a explorar las líneas generales de protección a la población LGBTI que trae el nuevo Reglamento General.

4.1 SOBRE EL NOMBRE IDENTITARIO Y EL MANEJO DE INFORMACIÓN

Los artículos 25 y subsiguientes del Reglamento General establecen la forma en que se deberá adelantar el registro de los datos personales de las personas privadas de la libertad. Conforme al artículo 26, esta información puede incluir el nombre identitario de las personas, este debe entenderse como aquel con el que se sienten identificadas las personas conforme a su identidad de género.

En el desarrollo de los programas piloto de este módulo de formación se ha encontrado que muchos funcionarios aún tienen dudas sobre si es su obligación llamar a las personas privadas de la libertad conforme a su nombre identitario, en especial si no lo han cambiado legalmente. Al respecto, se encuentra que el Reglamento no es claro sobre si esto es una obligación. Sin embargo, se recuerda que toda disposición del Reglamento debe ser interpretada a la luz de los tratados internacionales y de las disposiciones constitucionales vigentes, por lo que se propondrá una interpretación.

En este sentido, se recuerda que en Colombia la identidad de género diversa es una dimensión valiosa, legítima y protegida a la luz del ordenamiento jurídico vigente, como ya se expuso a profundidad. Al respecto, también se recuerda que el

Gobierno nacional expidió el Decreto 1227 del 4 de junio de 2015, que permite simplificar el trámite de “corrección de sexo” ante los notarios públicos del país. Además, se recuerda que el cambio de nombre es un derecho al que tienen acceso las personas. En este sentido, en un primer escenario, si una persona accede al trámite de “corrección de sexo” conforme a estas disposiciones, es una obligación de las autoridades penitenciarias y carcelarias referirse a ella con ese nombre y utilizarlo en todos los trámites administrativos.

Por otro lado, en caso de que el nombre y el componente de sexo no hayan sido modificados legalmente, el autor de este módulo considera que las autoridades deben ser respetuosas del deseo de la persona de ser llamada por su nombre identitario. Al respecto, se recuerda lo dicho por la Corte Constitucional al establecer que *“La dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad dan contenido y alcance a la autodeterminación de la identidad de género como parte esencial e indisoluble a la personalidad, por lo cual la persona no puede ser perseguida señalada o discriminada en razón a su identidad de género”*¹⁶⁵.

Sin embargo, aún persiste el problema de cómo referirse a la persona que no ha modificado legalmente su nombre o componente de sexo en los documentos oficiales. Al respecto, se considera que seguir el ejemplo de la Corte Constitucional puede ser una buena alternativa. Así, en el marco de la sentencia T-476 de 2014, el Tribunal conoció el caso de una mujer trans que no había modificado sus documentos de identidad; se recuerda que esto no es una obligación de las personas trans. En ese sentido, el Tribunal optó por llamarla *“Iván Andrés Páez Ramírez, mujer transgénero que responde al nombre identitario de Grace Kelly Bermúdez”*¹⁶⁶. Esta podría ser una solución para ser respetuosos de la normativa vigente.

Finalmente, es importante resaltar que el Reglamento establece la obligación de las autoridades penitenciarias y carcelarias de mantener la confidencialidad de la información personal de las personas privadas de la libertad. El artículo 26 es especialmente enfático en la protección de datos como la orientación sexual, la identidad de género y estatus de VIH.

4.2 CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

Conforme al artículo 36 de Reglamento, el Inpec debe clasificar a las personas privadas de la libertad a través de la Junta de Distribución de Patios y Asignación de Celdas. Esto debe obedecer a los criterios establecidos en el artículo 63 de la Ley

¹⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-476 de 2014. M. P.: Alberto Rojas Ríos.

¹⁶⁶ Ídem.

65 de 1993¹⁶⁷. Al respecto, el mismo artículo 36 establece que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género no podrán ser, bajo ninguna circunstancia, criterios de clasificación por parte de los establecimientos de reclusión. Sin embargo, el párrafo 4 del mismo artículo establece que la administración de cada centro de reclusión podrá concertar la creación de espacios seguros con la población privada de la libertad. Esto siempre y cuando no se generen espacios de segregación o exclusión para la población LGBTI.

4.3 ELEMENTOS PERMITIDOS EN VIRTUD DEL ENFOQUE DIFERENCIAL

Conforme al artículo 49, el director de cada establecimiento de reclusión será el encargado de determinar qué objetos serán autorizados para que las personas privadas de la libertad puedan expresar su identidad de género o su orientación sexual. Al respecto, se recomienda hacer énfasis en que esta potestad debe ser interpretada a la luz de la normativa antes expuesta, en especial la sentencia T-062 de 2011.

4.4 REALIZACIÓN DE REQUISAS EN VIRTUD DEL ENFOQUE DIFERENCIAL.

Conforme a los artículos 28, párrafo único, y 68, párrafo 4, para la práctica de requisas a los internos y a los visitantes se destinará un funcionario del mismo género con el que se identifique la persona requisada. Las personas trans podrán elegir si prefieren ser requisadas por un funcionario de guardia masculino o femenino. En caso de duda, es preciso que el personal del Inpec proceda a preguntar a la persona que va a ser requisada.

4.5 SOBRE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS Y LOS TRASLADOS

Es relevante citar el artículo 149 del nuevo Reglamento General del Inpec, que parece dar cuenta de la necesidad de tener una visión amplia de los derechos sexuales en el contexto carcelario. De esta forma, el nuevo Reglamento establece una clara prohibición de una serie de prácticas discriminatorias que se han venido presentado en los ERON: *“Ninguna sanción contenida en la ley, en el reglamento disciplinario para las personas privadas de la libertad o en el presente reglamento*

167 Artículo 63. Los internos en los centros de reclusión serán separados por categorías, atendiendo a su sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental. Los detenidos estarán separados de los condenados, de acuerdo a su fase de tratamiento; los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos, los enfermos de los que puedan someterse al régimen normal. La clasificación de los internos por categorías se hará por las mismas juntas de distribución de patios y asignación de celdas y para estos efectos se considerarán no solo las pautas aquí expresadas, sino la personalidad del sujeto, sus antecedentes y conducta.

puede ser interpretada de manera discriminatoria. En el caso de las personas privadas de la libertad LGBTI no se puede considerar como conducta sancionable las manifestaciones de afecto, ni su apariencia física o cualquier manifestación corporal de su orientación sexual o expresión e identidad de género”¹⁶⁸.

No podrá disponerse el traslado de celda, patio o establecimiento de reclusión por la orientación sexual de las personas LGBTI, sus parejas, excepto por las establecidas en el artículo 75 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 53 de la Ley 1709 de 2014. Ninguna persona será sancionada por el hecho de tener una pareja en la misma celda.

Así, es preciso recordar que las causales expresamente establecidas en la Ley 65 de 1993 para los traslados son

1. *Cuando así lo requiera el estado de salud, debidamente comprobado por médico oficial.*
2. *Falta de elementos adecuados para el tratamiento médico.*
3. *Motivos de orden interno del establecimiento.*
4. *Estímulo de buena conducta con la aprobación del Consejo de Disciplina.*
5. *Necesidad de descongestión del establecimiento.*
6. *Cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad”¹⁶⁹.*

4.6 DIRECTRICES DEL INPEC Y ARTÍCULOS RELEVANTES EN LA RESOLUCIÓN 6349 DE 2016 (REGLAMENTO GENERAL DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE ORDEN NACIONAL (ERON) A CARGO DEL INPEC)

Se resalta que el Inpec ha hecho eco a las órdenes dadas por la Corte Constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de la promulgación de instrumentos que imparten órdenes contundentes a sus funcionarios para aplicar los precedentes antes descritos. Por esta razón, a manera de conclusión de este eje se hará una relación de estas directrices.

Es muy importante resaltar que estas son vinculantes para todos los funcionarios del Instituto y es deber de cada uno de los centros de reclusión dar a conocer estas disposiciones entre el personal institucional y la población privada de la libertad.

168 Inpec. Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) a cargo del Inpec. Resolución 006349 del 19 de diciembre de 2016, artículo 149.

169 Ley 65 de 1993, artículo 75.

Es importante aclarar que en este documento solo se traerán a colación algunos de los apartados más relevantes de estos instrumentos; el conocimiento de la totalidad de su contenido es una obligación de todos los miembros del Inpec.

DISPOSICIONES RELEVANTES EN DIRECTIVAS Y REGLAMENTOS DEL INPEC EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE LA POBLACIÓN LGBTI PRIVADA DE LA LIBERTAD

DIRECTIVA PERMANENTE 010 DE 2011 RESPECTO A PERSONAS LGBTI EN ESTABLECIMIENTOS DE RECLUSIÓN DEL ORDEN NACIONAL

La adopción del Estado social de derecho pone a las personas como centro de toda actividad gubernamental, razón por la que criterios de amparo y efectividad del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la libertad tienen prevalencia cuando se analizan contextos en los que se discrimina, excluye, desampara y estigmatiza por ser diferente o por ser vulnerable.

El Inpec tiene como misión fundamental garantizar la seguridad y el respeto de los derechos humanos de los privados de la libertad que por motivos de detención preventiva o pena de prisión se encuentran en los ERON. En ejercicio de esas funciones, tiene la obligación de brindar protección de manera general y en especial a aquellos que por su condición puedan ser objeto de discriminación.

Todos los integrantes del Inpec deberán tratar con respeto y tolerancia a la población reclusa que se autorreconoce como LGBTI, de conformidad con lo consagrado en la Constitución Política de Colombia (derecho a la igualdad, derecho a la honra) y en la Ley 65 de 1993 (principios rectores de igualdad y respeto por la dignidad humana).

Es importante resaltar que el Estado colombiano está obligado a permitir el libre desarrollo de la personalidad de todos los habitantes, contando para ello con las diferencias propias de cada persona; esto no escapa al ámbito carcelario, por lo que se considera que la población LGBTI que se encuentra detenida en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional tiene características que requieren la protección del Estado por cuanto son parte integral de su personalidad y su identidad sexual.

Los Directores de Establecimientos deberán abstenerse de imponer medidas o sanciones disciplinarias en los ERON como impedir el ingreso de elementos de uso personal necesarios para que los internos de identidad sexual diversa puedan garantizar el ejercicio de dicha actividad; excluir el derecho a la visita íntima en iguales condiciones que las personas heterosexuales; y de manera general, discriminar el acceso y goce de los derechos adscritos a las personas privadas de la libertad por el solo hecho de autorreconocerse como parte de la población LGBTI.

REGLAMENTO GENERAL DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE ORDEN NACIONAL (ERON) A CARGO DEL INPEC. RESOLUCIÓN 006349 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2016

| Artículos | Contenido |
|---------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Disposiciones generales | El Reglamento da cuenta de la diversidad sexual y de género como un fenómeno valioso para la sociedad. Además, reconoce la sexualidad y su fluidez al aclarar diversos términos relacionados con la diversidad sexual. |
| Igualdad - Artículo 3.º | Se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, orientación sexual, identidad, diversidad corporal, expresión de género, raza, etnia, situación de discapacidad, origen nacional o familiar, lengua, religión y opinión política o filosófica. |
| Enfoque de derechos humanos - Artículo 4.º | El presente reglamento se enmarca dentro de las normas y los estándares establecidos en la legislación internacional de los derechos humanos, las obligaciones constitucionales y legales sobre la materia como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo para las políticas relacionadas con este. |
| Enfoque diferencial - Artículo 5.º | El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, sexo, religión, identidad, expresión de género, orientación sexual, diversidad corporal, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias y carcelarias del presente reglamento contarán con dicho enfoque (...). |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Reglamento de régimen interno - Artículo 8.º | (...) En ningún caso el reglamento interno de un establecimiento de reclusión podrá desconocer, contrariar, extralimitar los principios, las obligaciones, los derechos y las disposiciones contenidas en la Constitución Política, las leyes, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, el presente reglamento y demás normas que regulen la materia. |
| Información complementaria - Artículo 26 | La cartilla biográfica adicionalmente contendrá (...) 1. Datos personales que incluyan alias, pseudónimo o nombre identitario. (...) Parágrafo 1. Los establecimientos de reclusión deben implementar un protocolo de confidencialidad que garantice el respeto del derecho al habeas data en la recolección de la información de la cartilla biográfica. En desarrollo de esta actividad se debe garantizar la confidencialidad de la información sobre la orientación sexual y la expresión e identidad de género de las personas privadas de la libertad, su estado de salud, en especial en los casos de las personas que viven con VIH, y relativa a la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Parágrafo 2. Se entiende por nombre identitario aquel con el que se identifican las personas de acuerdo con su identidad de género, independientemente que haya sido modificado en el documento de identidad. Los datos sobre orientación sexual e identidad de género podrán ser aportados voluntariamente, y en este caso será información confidencial y clasificada. |
| Requisa de ingreso - Artículo 28 | (...) Parágrafo único. En la práctica de las requisas se designará un funcionario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del mismo género con el que se identifique la persona privada de la libertad. Para las personas trans, se les preguntará si prefieren ser requisados por un funcionario hombre o mujer. |
| Examen médico de ingreso - Artículo 29 | Parágrafo único. Si durante la realización del examen de ingreso al establecimiento de la persona privada de la libertad LGBTI, se evidencia que ha tenido o tiene tratamientos hormonales y/o transformación corporal, deberá realizarse el proceso establecido en el Modelo de Atención Integral en Salud para Personas Privadas de la Libertad y en el respectivo Manual Técnico Operativo de Atención en Salud. En todo caso, debe priorizarse la atención cuando se evidencien complicaciones de salud derivadas de procesos de transformación corporal o de cualquier otra naturaleza. |
| Criterios de Clasificación - Artículo 36 | Parágrafo 2. La orientación sexual, identidad y expresión de género de las personas privadas de la libertad bajo ninguna circunstancia serán criterios para su clasificación por parte del establecimiento de reclusión. Parágrafo 4. En aras de proteger la vida e integridad de personas LGBTI, en los establecimientos de reclusión se concertarán, entre personas privadas de la libertad y la administración, espacios especiales exclusivos para su protección. No obstante, se prohíbe la creación de estos espacios de protección para segregación o exclusión de las personas por su orientación sexual, identidad y expresión de género. |
| Objetos permitidos en razón al enfoque diferencial - Artículo 49 | El Director del establecimiento permitirá el ingreso y tenencia de objetos de conformidad con los lineamientos que expida el Director General, orientados a garantizar los derechos a la igualdad, la accesibilidad, al libre desarrollo de la personalidad en razón de su sexo, género, orientación sexual, identidad y expresión de género, raza, etnia, religión y situación de discapacidad de las personas privadas de la libertad. |
| Elementos prohibidos - Artículo 50 | Parágrafo único. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, se tendrá en consideración lo previsto en los artículos 48 y 49 de la presente resolución. |
| Parámetros para el ingreso de visitas - Artículo 68 | (...) Parágrafo 4. Para la práctica de las requisas se designará a un funcionario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del mismo género señalado por el visitante. En el caso de las personas trans se tendrá en cuenta el género que estas manifiesten, con independencia de lo que establezca su documento de identidad. En caso de duda, se le preguntará si prefiere ser requisado por un funcionario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia hombre o mujer. Quedan prohibidas las requisas al desnudo y las inspecciones intrusivas. |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Derecho a la visita íntima - Artículo 71 | <p>Toda persona tiene derecho a la visita íntima.</p> <p>La visita íntima no podrá ser sujeta a sanciones disciplinarias. Se debe conceder, como mínimo, una visita íntima al mes.</p> <p>Cada establecimiento deberá contar con un espacio destinado para la visita íntima. En caso de que el centro de reclusión no cuente con el espacio pertinente, la visita podrá ser realizada en las celdas o dormitorios.</p> <p>Los visitantes podrán ingresar condones, jabones, toallas y lubricante.</p> <p>Los establecimientos dentro de su régimen interno podrán autorizar otros implementos siempre que no generen riesgos para las otras personas, la seguridad y el orden interno del establecimiento del centro de reclusión.</p> <p>En cada establecimiento se constituirá un registro de la información suministrada por la persona privada de la libertad acerca de la identidad del visitante, a efectos de controlar que la visita se efectúe por la persona autorizada.</p> <p>Ningún establecimiento penitenciario o carcelario podrá negar el derecho a la visita íntima en razón de la orientación sexual o de la identidad de la persona privada de la libertad o del visitante.</p> <p>Antes y después de la visita íntima se deberá practicar una requisa a la persona privada de la libertad y el visitante serán sujetos a una requisa conforme a los procedimientos adoptados por el INPEC.</p> |
| Requisitos para obtener el permiso de visita íntima - Artículo 72 | <p>Solicitud escrita de la persona privada de la libertad donde indique el nombre, número de cédula de ciudadanía y domicilio del (la) visitante propuesto(a).</p> <p>Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la persona visitante.</p> <p>Cuando la visita íntima demande traslado de una persona sindicada, imputada o procesada privada de la libertad a otro establecimiento de reclusión donde esté su pareja, aquel requerirá permiso de la autoridad judicial. Para el caso de los condenados, será indispensable autorización del respectivo Director Regional.</p> <p>El término de respuesta de la solicitud de la visita íntima no podrá superar los 15 días hábiles.</p> <p>Cuando la visita íntima requiera traslado de interno entre pabellones de una persona privada de la libertad, el Director del establecimiento concederá la autorización sujeta siempre al régimen de visitas establecidos (sic) en el reglamento interno del establecimiento.</p> <p>Siempre deberá adoptar, mantener y controlar las medidas de seguridad necesarias.</p> <p>Si se trata de un capturado con fines de extradición, y/o nivel uno de seguridad, estos no podrán ser trasladados a otro establecimiento o pabellón.</p> <p>La información suministrada para la visita íntima será confidencial y su tratamiento garantizará el derecho de la persona al hábeas data.</p> |
| Higiene personal - Artículo 87 | <p>(...) No está permitido el uso de barba y cabello largo, excepto en los casos en que estos sean necesarios para garantizar el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas LGBTI, el derecho a la libertad religiosa y de cultos y los derechos a la diversidad cultural y étnica.</p> <p>El corte de cabello rapado no podrá aplicarse como sanción disciplinaria.</p> |
| Vestuario - Artículo 90 | <p>Los sindicados vestirán sus propias prendas en estado de limpieza. El ingreso de ropa al establecimiento será conforme a lo dispuesto en reglamento interno.</p> |
| Trámite de quejas, reclamos y denuncias - Artículo 142 | <p>El servidor público del Inpec que reciba una queja, reclamo o denuncia y aquellas por discriminación en razón a la orientación sexual, identidad de género, violencia sexual, violación al derecho a la visita íntima a personas privadas de la libertad LGBTI, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o cualquier otra violación de derechos humanos, inmediatamente pondrá el hecho en conocimiento del Área de Atención al Ciudadano y/o del Director del establecimiento, quien de manera pronta adoptará las medidas de urgencia necesarias tendientes a evitar que continúe la amenaza o vulneración y tendrá hasta 24 horas contadas a partir del momento en que tuvo conocimiento del hecho para remitir la queja o denuncia a la Procuraduría General de la Nación o a la Fiscalía General de la Nación, según corresponda, sin perjuicio de la investigación interna que realice el Inpec.</p> |

Comités de participación de las PPL - Artículo 143

En cada establecimiento de reclusión deberán conformarse comités de personas privadas de la libertad con el fin de promover la participación en algunas actividades de desarrollo y servicios del establecimiento de reclusión, y su objeto será velar por el desarrollo normal de la actividad asignada a ellos.

Las personas privadas de la libertad, a través de los comités elevarán propuestas o sugerencias a los servidores públicos encargados de las funciones respectivas. La pertenencia a estos comités no constituye fuero o privilegio alguno.

Los comités funcionarán en los siguientes temas:

1. Derechos humanos.
2. Deportes, recreación y cultura.
3. Salud.
4. Asistencia espiritual.
5. Trabajo, estudio y enseñanza.
6. Enfoque diferencial.

Legalidad de las sanciones y estímulos - Artículo 149

(...) Ninguna sanción contenida en la ley, en el reglamento disciplinario para las personas privadas de la libertad o en el presente reglamento puede ser interpretada de manera discriminatoria. En el caso de las personas privadas de la libertad LGBTI no se puede considerar como conducta sancionable las manifestaciones de afecto ni su apariencia física o cualquier manifestación corporal de su orientación sexual o expresión e identidad de género.

No podrá disponerse el traslado de celda, patio o establecimiento de reclusión por la orientación sexual de las personas LGBTI, sus parejas, excepto por las establecidas en el artículo 75 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 53 de la Ley 1709 de 2014. Ninguna persona será sancionada por el hecho de tener una pareja en la misma celda. (...)

De esta forma, las personas formadas en este eje deberán tener claras las siguientes ideas:

- La limitación de derechos que se deriva de la privación de la libertad de las personas no puede llevar a que se constituya una vulneración de derechos no restringidos en contextos carcelarios.
- Toda limitación de derechos fundamentales en el contexto carcelario será constitucional siempre y cuando pueda superar un test de proporcionalidad. Lo aplican de la misma forma para la imposición de medidas disciplinarias.
- El marco de protección de la población LGBTI está justificado a nivel constitucional debido a “la discriminación histórica de la que han sido objeto y la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad”. En este sentido, es deber de todas las autoridades carcelarias y penitenciarias eliminar estos marcos.
- Las sanciones disciplinarias no pueden utilizarse de manera arbitraria ni como medidas de retaliación contra determinados internos.



5. La importancia de la visita íntima de la población LGBTI en el desarrollo de la sexualidad en el contexto de restricción de la libertad personal

El tercer eje del módulo se relaciona con la importancia de la garantía del derecho a la visita íntima en contextos de privación de la libertad para la población LGBTI. Para esto, se utilizará el caso de Marta Álvarez como puerta de acceso a la materia. Así, este eje del módulo propone el estudio de la cronología de los hechos más importantes del caso, además de apartes del informe de fondo emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del proceso.

Posteriormente se propone la estructuración de la importancia del reconocimiento del derecho a la visita íntima para parejas del mismo en el marco de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Finalmente, el eje se aproximará a las normas específicas que regulan la materia para los centros de reclusión en Colombia a la luz del nuevo Reglamento General.

El estudio del caso de Marta Álvarez es primordial importancia en el marco de este módulo de formación. No solo es el caso que origina el compromiso del Estado colombiano para desarrollarlo, sino que, además, permite visibilizar la importancia de la visita íntima en el contexto de privación de la libertad y las barreras que tiene la población LGBTI para poder acceder al goce efectivo de ese derecho.

Para esto, se propone la lectura y exposición de un capítulo específico del diario de Marta Álvarez, publicado por Ministerio del Interior¹⁷⁰. En dicho capítulo la víctima del caso narra cómo utilizó sus primeros tres días de permiso fuera del centro de reclusión, derecho al que tiene acceso cuando se ha cumplido un tiempo específico de la pena, para ingresar a otro centro de reclusión a visitar a su pareja. Dicha narración ejemplifica de manera contundente la importancia del acceso a la visita íntima para las personas y de su estrecha relación con el desarrollo personal y sexual de las personas privadas de la libertad. Entender la importancia del acceso a este derecho es primordial para que se puedan aprehender los estándares mínimos en materia de garantía de este derecho.

5.1 CRONOLOGÍA DEL CASO DE MARTA ÁLVAREZ¹⁷¹

- 12 de marzo de 1994: Marta Álvarez fue capturada y condenada a más de 30 años de prisión. Estuvo en prisión por más de 9 años, hasta el 18 de diciembre de 2003.
- 21 de julio de 1994: Solicitud a la Fiscalía 33 de Santuario para que se autorizara el ingreso de la pareja de Marta Álvarez a la prisión a fin de acceder al derecho a la visita íntima. Esta fue concedida el 26 de julio de 1994.
- 18 de agosto de 1994: El Director de la reclusión de mujeres de Pereira elevó una solicitud de intervención a la Dirección Regional de Fiscalías por la autorización concedida por la Fiscalía de Santuario. Esto derivó en un intercambio de comunicaciones entre la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y el Inpec.
- 27 de diciembre de 1994: La Oficina Jurídica del Inpec estableció que la regulación vigente no permitía la visita íntima para parejas del mismo sexo. Sin embargo, no existía una respuesta formal por parte del establecimiento carcelario con respecto al requerimiento de Marta Álvarez.
- 20 de enero de 1995: La Defensoría del Pueblo regional interpuso una acción de tutela por una vulneración a los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y al derecho de petición.
- 2 de febrero de 1995: El Juez Penal Municipal de Dos Quebradas concedió la tutela por violación al derecho de petición, pero la negó en lo concerniente a los otros derechos.

¹⁷⁰ Álvarez, Marta. *Mi historia la cuento yo*. Ministerio del Interior de Colombia, 2017, pp. 131 y ss.

¹⁷¹ Tomado de CIDH. Informe 3 de 2014. Caso 11656. Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 31 de marzo de 2014.

- 5 de febrero de 1995: La Directora de la Reclusión de Mujeres de Pereira informó a Marta Álvarez que su solicitud no cumplía con los requisitos de la Resolución 5889/93 para acceder a la visita íntima y por lo tanto no se le podía conceder. Esta decisión se tomó teniendo como eje de interpretación que el derecho a la “visita conyugal” solo estaba destinado a parejas de diferente sexo que ostentaran las calidades de cónyuges ante la ley.
- 7 de febrero de 1995: La Dirección de la misma reclusión amplió su respuesta para establecer que el derecho a la visita íntima entre parejas del mismo sexo no procedía dado que
 - la Ley 65 de 1993 facultaba a los centros de detención a establecer “distinciones razonables” entre personas privadas de la libertad;
 - las visitas íntimas se enmarcan en temas relativos a la planificación familiar y al control natal, lo que no se aplica para personas del mismo sexo;
 - por tratarse de una visita con una persona del mismo sexo, la persona detenida podría ser suplantada por aquella que ingresa;
 - exponer a las personas a cargo de la Dirección de la reclusión a un hecho “notorio” e “inusual” requeriría un proceso de aceptación y tolerancia que no se ha dado.
- 13 de marzo de 1995: El Juez de Segunda Instancia confirmó la decisión de primera instancia. En sus consideraciones, el Juez consideró que permitir la visita íntima de parejas del mismo sexo iría en contra de la disciplina propia de las prisiones.
- 21 de marzo de 1995: Se dio el traslado de Marta Álvarez a la cárcel del circuito de Anserma. Este había sido solicitado por la Directora de la Reclusión un día después de una de las solicitudes de Marta para tener acceso a la visita íntima. Dicha reclusión no estaba destinada para mujeres. Tras 80 días en dicho lugar, Marta Álvarez fue trasladada de vuelta a Pereira.
- Marzo de 1996: Marta Álvarez fue trasladada a la Cárcel de Mujeres de la ciudad de Medellín, donde permaneció cuatro meses.
- Julio de 1996: (aproximadamente) Marta Álvarez fue trasladada a la Reclusión Nacional de Mujeres de Bogotá. Allí fue elegida como representante de la población LGBTI en reclusión.
- 22 de marzo de 1998: Se produjo el traslado de la víctima a la Cárcel de Mujeres de Cali.

- Octubre de 1998: Traslado a la Cárcel de Mujeres de Bogotá y luego a la cárcel de varones en Pamplona.
- 19 de abril de 1999: La víctima fue trasladada a la Cárcel de Mujeres de Bucaramanga. En dicha ciudad fue objeto de fuertes presiones para renunciar a su cargo como representante de las internas al Comité de Disciplina.
- 21 de octubre de 1999: Se ordenó el traslado de Marta Álvarez a la Cárcel del Circuito Judicial del Socorro.
- Febrero del 2000: Marta fue trasladada a la Cárcel de Mujeres de Bogotá.
- Mayo del 2000: Marta fue trasladada a la Cárcel de Pereira, donde estuvo hasta enero de 2002.
- Enero de 2002-mayo de 2002: La víctima fue recluida en la prisión de Sevilla, de allí fue trasladada por cuatro meses a Caicedonia.
- Mayo-agosto de 2002: La víctima fue recluida en la prisión de Armenia.
- Mayo de 2002: La víctima empezó una nueva relación de pareja con M. S. La víctima y su pareja presentaron una solicitud para tener acceso al derecho a la visita íntima. El 6 de mayo de 2002, el centro de reclusión negó la posibilidad de tener acceso a esa visita íntima debido, supuestamente, al hacinamiento y la inexistencia de una obligación legal para garantizar dicho derecho.
- 11 de julio de 2002: M. S. fue trasladada a la Reclusión de Mujeres de Manizales.
- 6 de agosto de 2002: M. S. solicitó a la Dirección Nacional de Mujeres de Manizales autorización para recibir visita íntima de Marta Álvarez; esto fue negado por la Reclusión el 16 de agosto de 2002.
- 15 de agosto de 2002: Marta Álvarez fue trasladada a la prisión de Ibagué.
- 6 de septiembre de 2002: Marta Álvarez utilizó uno de sus permisos de salida por 72 horas para acercarse a la Reclusión de Manizales y tratar de visitar a M. S. Las autoridades de la prisión no permitieron su ingreso dado que no contaba con un certificado de antecedentes judiciales.
- 16 de septiembre de 2002: Marta Álvarez solicitó la visita íntima. Esta fue rechazada por el Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué debido a la falta de reglamentación de este derecho para parejas del mismo sexo.

- 5 de noviembre de 2002: El Defensor del Pueblo Regional Caldas interpuso acción de tutela en nombre de Marta Álvarez y M. S. en contra de la Dirección Regional del Inpec y la Dirección de la Reclusión Nacional de Mujeres de Manizales por una violación a sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.
- 20 de noviembre de 2002: El Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas falló a favor de Marta Álvarez. Esta decisión fue confirmada por el Consejo Superior de la Judicatura el 22 de enero 2003.
- 16 de diciembre de 2002: Se garantizó el acceso a la visita íntima entre Marta Álvarez y M. S. en cumplimiento del fallo de tutela.
- 12 de junio de 2003: La Corte Constitucional de Colombia falló a favor de Marta Álvarez en la sentencia T-499 de 2003. En su fallo la Corte determinó que
 - el no haber garantizado el acceso a la visita íntima vulneró de forma injustificada los derechos a la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad;
 - el ejercicio de la sexualidad dentro del ámbito carcelario debe ser garantizado en condiciones de libertad, intimidad e igualdad.
- 18 de diciembre de 2003: Se le concedió la libertad a Marta Álvarez.
- 31 de marzo de 2014: La CIDH emitió su informe de fondo sobre el caso donde se considera que el Estado colombiano vulneró sus obligaciones internacionales por los hechos acá narrados.

5.2 ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE LA CIDH DE LA VISITA ÍNTIMA EN EL MARCO DEL CASO DE MARTA ÁLVAREZ

En su análisis de fondo del caso, la CIDH recordó que la orientación sexual y la identidad de género son categorías de criterios especiales de protección a la luz de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, basándose, principalmente, en el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del caso Atala Riffo en contra de Chile, ya estudiado en este documento.

Tomando esto como base, la Comisión reiteró que la concurrencia de varias categorías de discriminación protegidas por la Convención Americana de Derechos Humanos genera un deber reforzado de protección de garantía por parte de las autoridades del Estado que busca *“condenar las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos”*¹⁷².

172 CIDH. Informe 3 de 2014. Caso 11656. Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 31 de marzo de 2014, p. 48.

Para el caso concreto, se encontró la concurrencia de las categorías de mujer, lesbiana y de persona privada de la libertad en persona de la víctima. Esto lleva a que la CIDH reconozca que cuando las mujeres son discriminadas por más de un factor, pueden verse expuestas a riesgos mayores de violación de derechos humanos, lo que exige, por parte del Estado, que se tomen medidas de protección de carácter reforzado¹⁷³.

En este sentido, la CIDH tomó especial nota de la respuesta del Inpec del 7 de febrero de 1995¹⁷⁴. Al analizar dicha decisión, la Comisión encontró que la diferencia de trato que sufrió Marta Álvarez fue originada basándose en su orientación sexual y bajo un entendimiento de la reproducción humana como el sustento de la visita íntima. Al respecto, la Comisión reiteró los estándares de protección de la persona humana, que ya han sido explicados en este documento, para establecer que cualquier restricción de ejercicio de derechos fundamentales basado en criterios sospechosos de discriminación debe superar un escrutinio estricto de proporcionalidad.

Al respecto, se recuerda que dicho escrutinio no es otra cosa que un test de proporcionalidad. Tal y como lo entiende la CIDH, cualquier restricción de derechos consagrados en la CADH debe obedecer a un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad para cumplir ese fin, necesidad de la aplicación de la restricción y proporcionalidad de la medida tomada en relación con otros derechos.

En ese sentido, al hacer un análisis de la justificación presentada por las autoridades colombianas para no acceder a la solicitud de Marta Álvarez, se encontró que hacer restricciones a derechos basadas en “seguridad carcelaria” y en “protección a derechos de terceros”, como en su momento alegó el Inpec, puede llegar a ser legítimo a la luz del derecho internacional vigente, siempre y cuando supere otros requisitos de proporcionalidad¹⁷⁵.

Sin embargo, la Comisión estableció que considerar que el acceso a la visita íntima se deriva de un fin de fomentar exclusivamente la reproducción humana invisibiliza la dimensión de disfrute de la sexualidad humana como un escenario legítimo y

173 Ídem.

174 Esta decisión ya fue reseñada en este documento, en esta se estableció que “i) La Ley 65 de 1993 facultaba a los centros de detención a establecer ‘distinciones razonables’ entre personas privadas de la libertad. ii) Las visitas íntimas se enmarcan en temas relativos a la planificación familiar y al control natal, lo que no aplica para personas del mismo sexo. iii) Por tratarse de una visita con una persona del mismo sexo, la persona detenida podría ser suplantada por aquella que ingresa. iv) Exponer a las personas a cargo de la Dirección de la reclusión a un hecho ‘notorio’ e ‘inusual’ requeriría de un proceso de aceptación y tolerancia que no se ha dado”.

175 CIDH. Informe 3 de 2014. Caso 11656. Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 31 de marzo de 2014, p. 50.

protegido por el derecho internacional. Al respecto, la Comisión muestra especial preocupación porque la negativa para conceder el acceso a la visita íntima a Marta Álvarez reitera una visión de condena del ejercicio de la sexualidad de las mujeres más allá de la reproducción.

Sobre este punto, es necesario ampliar la concepción de la mujer como un sujeto de derechos sexuales, que incluyen la autodeterminación sexual sobre su cuerpo, la libre elección de parejas y actos que quiera desarrollar en el ejercicio de esa sexualidad y el derecho a disfrutar de los actos sexuales que haya decidido desarrollar. De esta forma, se puede interpretar que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres incluyen *“las capacidades de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, de procrear y la libertad de hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Lo anterior lleva implícitos los derechos a obtener información para planear la familia de su elección, a utilizar métodos para regular la fecundidad seguros y eficaces y a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos”*¹⁷⁶.

Para desarrollar este punto, la CIDH se remite a la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing, en la que se estableció que las mujeres tienen el derecho a tener control sobre cuestiones relativas a su sexualidad sin coerción, discriminación y violencia¹⁷⁷. El contenido de los derechos sexuales no está claramente delimitado en los instrumentos internacionales. Sin embargo, al leer los derechos sexuales a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, y los desarrollos jurisprudenciales ya estudiados en este documento, se puede establecer una serie de mínimos que deben ser respetados por los funcionarios estatales. En este sentido, como lo ha interpretado la profesora Rocío Villanueva, *“deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma, se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros. Es preciso recalcar que en virtud de estos derechos, las personas deben recibir educación e información sexual”*¹⁷⁸.

Todo lo anterior se encuentra reforzado bajo la premisa de que los derechos sexuales y la autodeterminación sexual están derivados del principio de autonomía

176 Cruz Pérez, María del Pilar. Mujeres con discapacidad y su derecho a la sexualidad. *Política y Cultura*. N.º 22, México, ene. 2004.

177 ONU. Informe de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres [Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995]. A/CONF.177/20/flev.1, párr. 96.

178 Villanueva Flores, Rocío. Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. *Revista IIDH*, vol. 43. 2006, p. 400.

de las personas. Al respecto, Carlos Nino ha establecido que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”¹⁷⁹.

De esta forma, siguiendo el derecho internacional vigente y los estándares de la Comisión Interamericana, se debe entender la sexualidad humana como un fenómeno complejo y amplio, y el desarrollo sexual de las personas como un proceso libre de injerencias arbitrarias y violentas de los funcionarios estatales y de terceros.

En el desarrollo de los programas piloto de estos módulos de capacitación y sensibilización, se encontró que es común que algunos funcionarios encargados de la custodia de la población privada de la libertad sienten que el control del comportamiento sexual y la moral de las personas bajo su cuidado hace parte de sus funciones. En ese sentido, es muy importante que las personas encargadas de la formación en derechos de la población LGBTI apunten a desmontar este imaginario, que indefectiblemente lleva a que se entienda que los derechos de esta población sean percibidos como privilegios y no como derechos.

Teniendo esto claro, es preciso resaltar que cualquier medida estatal que pretenda desproteger las esferas de la sexualidad humana que no se relacionan con el fin de la reproducción es ilegítima a la luz del derecho internacional vigente y, por ende, puede llevar a la existencia de responsabilidad internacional del Estado.

Continuando con la decisión de la CIDH con respecto a las limitaciones del acceso al derecho a la visita íntima de Marta Álvarez por razones de “seguridad carcelaria” y en “protección a derechos de terceros”, la Comisión encontró que la medida de restricción del acceso a la visita íntima no supera el criterio de idoneidad en ninguno de los dos casos.

Por un lado, con respecto al argumento de “seguridad carcelaria”, dado que la restricción de la visita íntima llevaría a la prevención de posibles intercambios de personas en el centro de reclusión, la Comisión encontró que este argumento no es razonable en la medida en que para que esto fuera posible, los centros de reclusión deberían carecer de medidas de seguridad mínimas para prevenir este tipo de situaciones. Adicionalmente, la CIDH resaltó que si esto fuera un argumento válido,

179 Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 205.

se debería prohibir el ingreso de cualquier persona del mismo sexo de las personas que se encuentran privadas de la libertad en un centro de reclusión¹⁸⁰.

Por otra parte, la Comisión es enfática al determinar que el argumento utilizado por el Inpec sobre la protección de “derechos de terceros” se deriva de una visión estereotipada y discriminatoria de la sexualidad. En ese sentido, el ente internacional recuerda que los Estados tienen la obligación de tomar medidas para erradicar contextos de discriminación y violencia y nunca perpetuarlos¹⁸¹.

Una vez establecido que las razones por las cuales el Estado colombiano negó que los derechos al acceso a la visita íntima de Marta Álvarez son discriminatorios y prohibidos por el derecho internacional, la CIDH determinó que esa misma negativa constituyó una vulneración del derecho a la vida privada de la víctima.

Al respecto, la Comisión reiteró que *“La orientación sexual de una persona constituye un componente fundamental de la vida privada de una persona, el cual debe estar libre de injerencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público”*¹⁸². En esa misma línea, el organismo mostró su preocupación por la interferencia de las autoridades estatales en el desarrollo sexual de las mujeres. En este sentido, determinó que *“Las circunstancias que interfieren en la posibilidad de una mujer de decidir asuntos relativos al ejercicio de su sexualidad deben estar libres de conceptos estereotipados sobre el alcance y el contenido de este aspecto de su vida privada, especialmente cuando se combinan con la consideración de su orientación sexual”*¹⁸³.

Como ya se ha hablado en extenso, el derecho internacional de los derechos humanos y el orden constitucional colombiano reconocen la necesidad de limitar los derechos de las personas privadas de la libertad. Al igual que los estándares ya desarrollados, la CIDH reconoce esa realidad; sin embargo, también establece que dicha restricción no puede sobrepasar los fines propios de la reclusión de la persona.

De esta forma, la CIDH recuerda que uno de los principales derechos de toda persona privada de la libertad es mantener el contacto con el mundo exterior dentro de los límites que lleva el encarcelamiento. Este derecho, por supuesto, incluye

180 CIDH. Informe 3 de 2014. Caso 11656. Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 31 de marzo de 2014, p. 51.

181 Ídem.

182 *Ibidem*, p. 53.

183 Ídem.

que se mantenga el contacto con la pareja y familia de la persona recluida¹⁸⁴. Es claro que la materialización de este aspecto se da, principalmente, a través de la garantía del acceso del derecho a las visitas de las personas privadas de la libertad. En ese contexto, la Comisión ha venido reiterando a través de los años que las personas privadas de la libertad tienen derecho a que se les garantice una visita de carácter íntimo, así:

Los Estados deben garantizar que las visitas íntimas de pareja de los reclusos y reclusas también se realicen dignamente en condiciones mínimas de higiene, seguridad y respeto por parte de los funcionarios. Esto implica que deben crearse locales destinados a este propósito y evitar la práctica de que los reclusos y reclusas reciban a sus parejas en sus propias celdas. Además, los Estados deben supervisar adecuadamente y ejercer un monitoreo estricto de la forma como se llevan a cabo este tipo de visitas para prevenir cualquier tipo de irregularidad, tanto en la concesión de los permisos de visitas conyugales como en la práctica de las mismas. La falta de controles en este ámbito permite la comisión de irregularidades que pueden ir desde el cobro de cuotas indebidas para acceder a este tipo de visitas, hasta el ejercicio ilegal de la prostitución¹⁸⁵.

Por todo lo anterior, la Comisión determinó que el Estado colombiano incurrió en responsabilidad internacional al haber negado el derecho a la visita íntima de Marta Álvarez. Así, la CIDH estableció que *“La decisión del Inpec no hizo una valoración objetiva sobre el cumplimiento de los requisitos claramente establecidos en la normativa interna para conceder el derecho reclamado, sino que analizó la vida sexual de Marta Álvarez, incluyendo su orientación sexual y la expresión de la misma, como un criterio relevante y decisivo para restringir de forma absoluta el ejercicio de este derecho. Esta valoración interfirió arbitrariamente en la autonomía de Marta Álvarez para tomar decisiones sobre su vida personal, ámbito que pretendía ser protegido por la legislación interna al regular el derecho a la visita íntima, por lo que no existió una relación lógica con la alegada naturaleza del ré-*

184 *Ibidem*, p. 56. CIDH. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131 período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio XVIII. ONU, Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1995 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977, párrs. 37-39. ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General N.º 21 sobre el Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Trato humano de las personas privadas de la libertad”. 44 período de sesiones. U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992), párr. 12.

185 CIDH. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II Doc. 64, 31 de diciembre de 2011, párr. 586.

*gimen de privación de libertad, para justificar la restricción absoluta de un derecho que el mismo régimen reconocía*¹⁸⁶.

Como es claro en la cronología del caso de Marta Álvarez anteriormente presentada, la lucha de esta mujer por el reconocimiento del derecho a la visita íntima no se limitó a su primera solicitud en los años 90. En este sentido es muy importante que los estándares dados por el sistema interamericano de protección de derechos humanos sean leídos a la luz de los desarrollos pertinentes de la jurisdicción interna colombiana. En este sentido, las próximas secciones de este módulo ilustrarán sobre i) la importancia de la visita íntima en el contexto carcelario; ii) el derecho a la visita íntima de las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; y iii) normas aplicables al acceso a la visita íntima en el nuevo Reglamento General del INPEC e instrumentos relevantes.

5.3 LA IMPORTANCIA DE LA VISITA ÍNTIMA EN EL CONTEXTO CARCELARIO

A la luz del orden constitucional y legal vigente, se ha entendido que la visita íntima representa un derecho para toda persona privada de la libertad en Colombia. Así, la Corte Constitucional ha entendido en reiterada jurisprudencia que esta “*es una relación jurídica de carácter fundamental, derivada de otras garantías como son la intimidad personal y familiar y el libre desarrollo de la personalidad en su faceta de libertad de sostener relaciones sexuales. Estos presupuestos hacen parte del proceso de resocialización al que está sometido el individuo y de su bienestar físico y psíquico*”¹⁸⁷. De este carácter fundamental se deriva que otorgar la visita íntima y garantizar su goce efectivo es un deber del Estado y no una concesión graciosa o discrecional de las autoridades.

En esta misma línea, desde temprana jurisprudencia, la Corte Constitucional ha afirmado que es un deber esencial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario garantizar la existencia digna para las personas que han sido puestas bajo su custodia. Así, se puede entender que de estas obligaciones se “*derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentran el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno*”¹⁸⁸.

186 CIDH. Informe 3 de 2014. Caso 11656. Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia. 31 de marzo de 2014, pp. 60-61.

187 Corte Constitucional. Sentencia T-686 de 2016. M. P.: María Victoria Calle.

188 Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992. M. P.: Ciro Angarita Barón.

Así, la garantía del derecho a la visita íntima hace parte fundamental de las obligaciones de las autoridades penitenciarias en Colombia. De esta forma, es muy claro que *“la persona reclusa conserva la libertad de escoger su pareja y de mantener relaciones sexuales, siempre y cuando cumpla con las exigencias de salubridad, orden y seguridad propias de los establecimientos carcelarios”*¹⁸⁹.

A pesar de esto, la Corte Constitucional ha dejado claro que el derecho de las personas privadas de la libertad a recibir visitas no tiene un carácter absoluto y debe estar en concordancia con el buen funcionamiento del centro de reclusión. Así, *“el régimen de visitas tiene que estar regulado y vigilado, sin menoscabar el núcleo esencial del derecho a la intimidad, en cuanto sea posible. Una libertad absoluta de visitas impediría el normal desarrollo de la vida penitenciaria, y además facilitaría el desorden interno, con detrimento de la seguridad, tanto del establecimiento como de la ciudadanía”*¹⁹⁰.

Sin embargo, ese deber de vigilancia y regulación que tienen en la cabeza las autoridades carcelarias y penitenciarias no puede ser entendido como una discrecionalidad absoluta para intervenir en la esfera de la intimidad de las personas privadas de la libertad¹⁹¹. Esto implica que *“Es obligación de las autoridades públicas eliminar los obstáculos administrativos y físicos que impidan al recluso el disfrute de ese espacio de privacidad al que tiene derecho”*¹⁹². En consecuencia, *“Los derechos a la intimidad personal y familiar, y al libre desarrollo de la personalidad de los internos constituyen un límite a las actuaciones de los directores que administran los centros de reclusión”*¹⁹³.

En este punto es importante reconocer que el margen de restricción que tienen las autoridades penitenciarias y carcelarias sobre la restricción de la visita íntima es muy limitado. En general, este sólo puede ser utilizado por razones de salud, salubridad y seguridad que la norma prevé, esto siempre a la luz de limitaciones que sean proporcionales y compatibles con la dignidad humana¹⁹⁴.

Adicionalmente, es importante recalcar que a pesar de que el Estado tiene la obligación de garantizar que la visita íntima se desarrolle en un espacio idóneo para el

189 Corte Constitucional. Sentencia T-424 de 1992. M. P.: Fabio Morón Díaz.

190 Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 1995. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

191 Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

192 Corte Constitucional. Sentencia T-686 de 2016. M. P.: María Victoria Calle.

193 Ídem.

194 Corte Constitucional. Sentencia T-424 de 1992. M. P.: Fabio Morón Díaz.

contacto sexual entre personas, la visita íntima no está exclusivamente enfocada a esto. Así, en términos amplios *“brinda a la pareja un espacio de cercanía, privacidad personal y exclusiva que no puede ser reemplazado por ningún otro”*¹⁹⁵. De esta forma, no es potestad ni responsabilidad de las autoridades penitenciarias verificar que las personas privadas de la libertad tengan relaciones sexuales en el marco de la visita íntima y, mucho menos, negar el acceso a futuras visitas por el hecho de que no se tenga este tipo de actividad en su desarrollo.

Finalmente, es muy importante resaltar que es deber de las autoridades penitenciarias y carcelarias facilitar en la mayor medida de lo posible que las personas privadas de la libertad gocen del acceso a la visita íntima, en especial en el momento de aplicar mecanismos para garantizar la seguridad de los centros carcelarios, como requisas y prohibiciones de uso de determinados elementos. En este sentido, *“Si bien los mecanismos orientados a garantizar la seguridad de los establecimientos penitenciarios y carcelarios constituyen un instrumento legítimo para mantener el control y la disciplina en los centros de reclusión, dichos mecanismos no pueden constituir un obstáculo que dificulte o haga nugatorio el ejercicio del derecho a la visita íntima. Sobre el particular, la Corte ha afirmado que las medidas como las requisas a quienes realizan la visita íntima, o la exigencia de utilizar determinadas prendas de vestir o portar ciertos documentos, no pueden comportar una violación de su derecho fundamental a la dignidad humana y en consecuencia una razón para el no ejercicio del derecho en comento. En todo caso, ante la existencia de diferentes mecanismos para garantizar la seguridad de los centros de reclusión, la Corte ha dicho que las autoridades carcelarias deben optar por aquellos que resulten estrictamente necesarios y acordes con la Constitución y la ley”*¹⁹⁶.

Es claro que esta obligación incluye un deber de las autoridades penitenciarias de evitar cualquier tipo de estrategia dilatoria para garantizar el acceso a la visita íntima de las personas privadas de la libertad. Es el caso de la sentencia T-795 de 2006, donde la Corte determinó que *“Aunque las solicitudes de traslados conllevan la adopción de una serie de medidas para asegurar la vida e integridad tanto de los detenidos como de los guardias que custodian el traslado para hacer efectiva la visita conyugal, tal riesgo no puede convertirse en una disculpa genérica para impedir, de manera indefinida, el goce del derecho a la intimidad de los internos. Por tanto, esta Sala advertirá a las entidades demandadas para que en adelante se abstengan de dilatar este tipo de solicitudes y de restringir el goce del derecho a la intimidad de los internos en la medida en que ello sea posible”*¹⁹⁷.

195 Corte Constitucional. Sentencia T-269 de 2002. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

196 Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2013. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

197 Corte Constitucional. Sentencia T-795 de 2006. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

5.4 EL DERECHO A LA VISITA ÍNTIMA DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

El caso de Marta Álvarez no solo es paradigmático en el derecho internacional. Como está expuesto en el diario de la víctima, y se refirió anteriormente en este texto, durante el año 2003 ella tuvo que librar una batalla jurídica en contra del Inpec para que le fuera garantizado su derecho a la visita íntima con su pareja, que se encontraba recluida en otro ERON.

En ese sentido, la Corte Constitucional conoció del caso de Marta Álvarez en el año 2003, así el Tribunal emitió su sentencia T-499 de 2003 sobre el asunto. Como se relata en el diario de la víctima, en dicha ocasión el centro de reclusión de mujeres de Manizales se negaba a garantizar el derecho a la visita íntima de Marta Álvarez y su pareja, recluida en ese centro, durante los permisos de salida del centro de reclusión, Armenia, de 72 horas a los que Álvarez tenía derecho. El argumento de la Dirección del centro de reclusión para negar dicha visita era que la víctima no tenía un “pasado judicial” o certificado de antecedentes judiciales, documento necesario para ingresar al establecimiento. Como resulta obvio, al estar aún privada de la libertad, Marta Álvarez no tenía, ni podía tener, dicho documento. De esa forma, la Corte Constitucional, después de hacer una reiteración de la importancia del derecho a la visita íntima, tema estudiado ya en este texto, estableció:

Ahora bien, no conoce esta Sala los términos de la consulta advertida por el Director Regional del Inpec accionado, a efectos de resolver la procedencia de la visita que solicitan las accionantes, ni la decisión que al respecto puede haber tomado el Juez consultado; pero los antecedentes indican que en este caso no se discute el derecho a que la interna M¹⁹⁸ sea visitada por su pareja, sino los requisitos que se deberán cumplir para el efecto, dado que la señora Marta Lucía Álvarez no posee certificado judicial y pretende visitar a la primeramente nombrada, cada mes, en uso del permiso de 72 horas.

(...)

Al parecer de la Sala, los accionados no discuten la libre opción sexual de las accionantes –como quedó dicho–, pero las reiteradas e injustificadas negativas de la Directora del Reclusorio de Manizales y su refrendación por parte

198 Nombre modificado por el autor.

*del Director Regional del Inpec quebrantan los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad (...)*¹⁹⁹.

Como es claro a partir de la lectura de estos extractos, la Corte establece implícitamente que las parejas del mismo sexo deben tener garantizado el acceso a la visita íntima. En este mismo sentido, la Corte parece bastante preocupada por el abuso de los funcionarios del Inpec al poner trabas injustificadas al acceso al derecho a la visita de la accionante. Así, *“Vale precisar que nada aporta el certificado judicial que la señora Alvarez Giraldo no posee ni puede conseguir para el mantenimiento del orden y la seguridad del reclusorio de Manizales durante las visitas que la nombrada solicita se le permitan hacer a su pareja, habida cuenta de que las autoridades carcelarias conocen los antecedentes de una y otra y son conscientes de su grado de resocialización, pero no se puede desconocer que la insistente negativa de los directores accionados compromete la estabilidad afectiva y emocional de las tutelantes, y por ende la seguridad de los establecimientos carcelarios, donde las mismas se encuentran recluidas”*²⁰⁰.

La Corte se enfrentó a un problema similar en el marco de la sentencia T-372 de 2013. En dicho caso se analizó la solicitud de dos internas del complejo penitenciario de Medellín a quienes no se les había autorizado disfrutar de su derecho a visita íntima en la medida en que una de ellas estaba casada con un hombre. A pesar de que esta interna alegaba que estaba separada de su esposo, el Director del centro le informó que *“(...) a esta dependencia llegó el estudio de la relación afectiva que usted lleva con la señora Sánchez María Elena, el concepto arrojó como resultado que no hubo consolidación de una relación estable, revisado el sistema Sispec Web usted aparece casada, y la finalidad del establecimiento es contribuir en el afianzamiento y fortalecimiento de un grupo familiar entre personas privadas de la libertad”*²⁰¹. De esta forma, el centro de reclusión, interpretando el reglamento general vigente para la época, determinó que la finalidad de la visita íntima estaba ligada a la protección de la unión familiar y por esto no podía otorgarse la autorización para la visita.

Una vez más, en dicho caso la Corte no encuentra que *per se* el establecimiento de reclusión niegue el acceso a la visita íntima por el hecho de que las solicitantes se identifiquen como pertenecientes a la población LGBTI. Sin embargo, el Tribunal sí encuentra que la interpretación que el Inpec le dio al reglamento vigente para la época sí era discriminatoria. Así,

199 Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 2003. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

200 Ídem.

201 Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2013. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

¿Significa lo anterior que solo es posible ejercer ese derecho cuandoquiera que se demuestre la existencia de una “relación estable” o cuando se pruebe la intención de conformar una familia? ¿Quedan excluidos de la posibilidad de disponer de una visita íntima aquellos solteros y solteras que en el momento de ingresar al establecimiento carcelario no lograron consolidar alguna relación afectiva? O, como en este caso, ¿están restringidos los encuentros sexuales para aquellos internos casados sobre quienes acaezca, de hecho, una separación de cuerpos?

Debido al conjunto de derechos adscritos al encuentro íntimo de las personas privadas de la libertad, en especial el libre desarrollo de la personalidad, la respuesta a esos interrogantes debe ser negativa. Aunque aparentemente el fin perseguido por los dos numerales es constitucional ya que protegen el fortalecimiento de la familia, una interpretación taxativa de ellos impide que los internos e internas puedan conformarla libremente, lo que en realidad termina por desconocer uno de los elementos básicos y más importantes de esa institución conforme a lo definido en el artículo 42 superior²⁰². En otras palabras, no es compatible con los valores consignados en la Carta Política que se obligue, a través del encierro penitenciario, a que una pareja permanezca unida y mucho menos lo será que a partir de ese objetivo se restrinja y niegue la facultad esencial de relacionarse en el ámbito sexual²⁰³ a aquellas personas que sean solteras, separadas de cuerpos o que den por terminado su vínculo durante el cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Además, la medida de limitar la visita íntima a quienes demuestren la preexistencia de una “relación estable” no es idónea o útil para garantizar la seguridad o la salubridad en el penal, ya que no se vislumbra una sola conexión entre esa restricción y el éxito de las estrategias para mantener el orden. En todo caso, es discutible que la protección de la familia a través de esa salvedad constituya un fundamento que conduzca a la resocialización del interno o a la prevención del delito.

La Sala también evidencia que la definición de qué tipo de relación tiene la condición de estabilidad y el reconocimiento de la existencia de una unión marital de hecho también escapan a las competencias de las instituciones penitenciarias y otorgan un margen de apreciación extremadamente amplio a

202 “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

203 Sentencia T-269 de 2002, citada.

los servidores públicos que termina por afectar el ejercicio cierto del derecho. A diferencia de lo concluido por el juez de instancia, esta Sala evidencia que en la práctica dicho poder puede generar límites arbitrarios que harían nugatoria la facultad de contactarse con la pareja. Así las cosas, para comprobar la existencia del vínculo bastará con la afirmación del interno o interna quien, para evitar el abuso del derecho, no podrá disponer de un número indefinido o arbitrario de parejas.

Con todo, es incompatible con la Constitución permitir que la cárcel constituya una justificación para suspender la función afectiva del sancionado. Como consecuencia, una interpretación compatible con la Carta Política y con los derechos de las personas privadas de la libertad es que una vez obtenida la autorización del director del centro penitenciario y del director regional, siempre que se identifique plenamente al visitante y se cumplan cabalmente las condiciones de seguridad y salubridad, las personas privadas de la libertad pueden disfrutar de su derecho a la visita íntima: (i) de manera prioritaria con quien identifiquen como su cónyuge o compañero permanente en el momento de ingresar al penal; o (ii) en caso de que no se haya efectuado lo anterior o cuando se dé por terminada la relación matrimonial o de hecho, con la persona con quien demuestren o declaren que mantienen un vínculo actual²⁰⁴.

De esta forma, es importante resaltar una vez más que no es función de las autoridades penitenciarias y carcelarias entrar a emitir juicios de valor sobre las actuaciones afectivas y sexuales de las personas que están bajo su custodia. También es importante dejar claro que no es legítimo que las autoridades penitenciarias intenten imponer algún tipo de sesgo ideológico o moral a las personas que están bajo su cuidado.

Finalmente, se recalca que parece que la práctica que han adoptado, o adoptaron, algunos funcionarios del Inpec fue crear barreras administrativas para garantizar el acceso a la visita íntima de las parejas del mismo sexo. Sin embargo, como es claro en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la creación de dichas barreras no es compatible con el orden legal y constitucional vigente y no soporta un escrutinio estricto de proporcionalidad.

Finalmente, la sociedad civil, a través de las ONG Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación, ha denunciado la existencia de otras barreras de hecho a las que se ve enfrentada la población LGBTI para el acceso efectivo al derecho a la visita íntima. De esta manera, se han identificado varios tipos de obstáculos:

204 Ídem.

1. *Obstáculos relacionados con la infraestructura de los centros de reclusión:* Según las mencionadas organizaciones, la mayor parte de los centros de reclusión del país no cuenta con un espacio destinado para la realización de la visita íntima. Esto lleva a que esta se tenga que llevar a cabo en las celdas o dormitorios de las personas privadas de la libertad. Esto lleva a que “*En algunos establecimientos las personas tienen que pagar para poder tener su visita íntima en una celda o cambuche improvisado en el patio (...). En razón de los prejuicios hacia las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans, es poco probable que ellas o sus parejas puedan alquilar una celda o un cambuche. Por el contrario, intentar llevar a cabo la visita íntima las expone a agresiones por parte de otras personas*”²⁰⁵.
2. En segundo lugar, las mencionadas organizaciones encontraron que muchos centros aprovechaban interpretaciones arregladas del Reglamento General, como las mencionadas arriba, para retrasar injustificadamente el acceso al derecho a la visita íntima²⁰⁶.
3. *Día y duración de la visita:* Las mismas organizaciones han hallado que “*En algunas cárceles, el día de la visita íntima de las personas LGBT coincide con el de la visita familiar general. Debido a esto, las personas deben escoger entre recibir a su pareja o encontrarse con sus demás amistades, familiares o personas allegadas*”²⁰⁷.

De esta forma, se recuerda que las personas privadas de la libertad se encuentran en una relación de especial sujeción con el Estado colombiano. En este sentido, es un deber del Estado y, de manera especial, del Inpec velar por el acceso efectivo a la visita íntima y eliminar toda barrera, legal y fáctica, que impida el goce de este derecho.

5.5 NORMAS APLICABLES AL ACCESO A LA VISITA ÍNTIMA EN EL NUEVO REGLAMENTO GENERAL DEL INPEC E INSTRUMENTOS RELEVANTES

Es claro que muchos de los abusos cometidos para evitar garantizar el derecho a la visita íntima entre parejas del mismo sexo se derivaban de la aplicación del anterior reglamento general de los ERON. En este sentido es importante reconocer la existencia del nuevo reglamento general e invitar al Inpec a socializarlo y aplicarlo de la mejor manera posible. De esta forma, se presentará una revisión de las disposiciones más relevantes en materia de visita íntima en dicho instrumento.

205 Colombia Diversa, Santamaría Fundación, Caribe Afirmativo. “*Muchas veces me canso de ser fuerte*” *Ser lesbiana, gay, bisexual o trans en las cárceles de Colombia, 2015-2016*, p. 38.

206 Ídem, p. 39.

207 Ídem, p. 40.

REGULACIÓN DE LA VISITA ÍNTIMA EN EL REGLAMENTO GENERAL DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE ORDEN NACIONAL (ERON) A CARGO DEL INPEC - RESOLUCIÓN 006349 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2016

| | |
|--------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Derecho a la visita íntima - Artículo 71 | Toda persona tiene derecho a la visita íntima. |
| | La visita íntima no podrá ser sujeta a sanciones disciplinarias. |
| | Se debe conceder, como mínimo, una visita íntima al mes. |
| | Cada establecimiento deberá contar con un espacio destinado para la visita íntima. En caso de que el centro de reclusión no cuente con el espacio pertinente, la visita podrá ser realizada en las celdas o dormitorios. |
| | Los visitantes podrán ingresar condones, jabones, toallas y lubricante. Los establecimientos dentro de su régimen interno podrán autorizar otros implementos siempre que no generen riesgos para las otras personas, la seguridad y el orden interno del establecimiento del centro de reclusión. |
| | En cada establecimiento se constituirá un registro de la información suministrada por la persona privada de la libertad acerca de la identidad del visitante, a efectos de controlar que la visita se efectúe por la persona autorizada. |
| | Ningún establecimiento penitenciario o carcelario podrá negar el derecho a la visita íntima en razón de la orientación sexual o de la identidad de la persona privada de la libertad o del visitante. |
| | Antes y después de la visita íntima se deberá practicar una requisita a la persona privada de la libertad y el visitante serán sujetos a una requisita conforme a los procedimientos adoptados por el Inpec. |
| Requisitos para obtener el permiso de visita íntima - Artículo 72 | Solicitud escrita de la persona privada de la libertad donde indique el nombre, número de cédula de ciudadanía y domicilio del (la) visitante propuesto(a). |
| | Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la persona visitante. |
| | Cuando la visita íntima demande traslado de una persona sindicada, imputada o procesada privada de la libertad a otro establecimiento de reclusión donde esté su pareja, aquel requerirá permiso de la autoridad judicial. Para el caso de los condenados, será indispensable autorización del respectivo Director regional. |
| | El término de respuesta de la solicitud de la visita íntima no podrá superar los 15 días hábiles. |
| | Cuando la visita íntima requiera traslado de interno entre pabellones de una persona privada de la libertad, el Director del establecimiento concederá la autorización sujeta siempre al régimen de visitas establecidos (sic) en el reglamento interno del establecimiento. Siempre deberá adoptar, mantener y controlar las medidas de seguridad necesarias. |
| | Si se trata de un capturado con fines de extradición, y/o nivel uno de seguridad, estos no podrán ser trasladados a otro establecimiento o pabellón. |
| | La información suministrada para la visita íntima será confidencial y su tratamiento garantizará el derecho de la persona al hábeas data. |

Finalmente, se propone que las personas que hayan sido formadas en este módulo tengan claridad de las siguientes ideas principales:

- La visita íntima no puede ser interpretada desde una perspectiva que priorice de manera exclusiva la reproducción humana o el mantenimiento de los vínculos familiares heterosexuales.

- El objetivo de la visita íntima es garantizar el libre desarrollo sexual de las personas en un marco de respeto por su dignidad humana. Es importante aclarar que esto no quiere decir que necesariamente se tengan que dar relaciones sexuales en el ejercicio de este derecho.
- Cualquier limitación que se imponga al goce de la visita íntima debe ser capaz de soportar un escrutinio estricto de proporcionalidad.
- Para el caso de las mujeres, es importante recordar que cuentan con derechos de autonomía sexual al igual que los hombres. En este sentido, no es deber o potestad de las autoridades carcelarias hacer ningún tipo de escrutinio de carácter moral o imposición ideológica sobre la sexualidad de las mujeres puestas bajo su cuidado.
- Las autoridades carcelarias y penitenciarias tienen la obligación de eliminar las barreras de acceso al disfrute del derecho a la visita íntima.
- Es deber de las autoridades carcelarias y penitenciarias conocer y aplicar a cabalidad la nueva normativa aplicable para las visitas íntimas que contiene el Reglamento General.



6. La importancia de la eliminación de la violencia física en contra de la población LGBTI en el contexto carcelario

El último de los componentes que hace parte de este módulo de sensibilización y capacitación debe dar cuenta de la importancia de la eliminación de los patrones de violencia en contra de la población LGBTI en el contexto carcelario.

Para esto, el módulo propone el estudio del caso de Daniel Zamudio, un joven chileno asesinado por el hecho de ser gay, como puerta de sensibilización y entrada al tema por abordar. En segundo lugar, el módulo dará cuenta de algunas de las dinámicas de violencia por prejuicio que se viven en las cárceles en contra de población LGBTI documentadas por la sociedad civil. En tercer lugar, el documento planteará las líneas generales de las obligaciones del Estado en materia de eliminación de contextos de violencia en sus instituciones. Finalmente, se abordará, brevemente, la importancia del derecho de petición y de la ruta de denuncias que tiene el nuevo Reglamento General del Inpec.



6.1 EL CASO DE DANIEL ZAMUDIO

El caso de Daniel Zamudio, un joven gay chileno asesinado en el año 2012, es un caso que visibiliza de manera fuerte y directa la forma en la que identificarse, o ser identificado, como una persona que ejerce su sexualidad o identidad de género de un manera diversa puede llevar a alguien a ser víctima de aberrantes actos de violencia, que incluso pueden llevar a la muerte.

Para el componente de sensibilización en este caso no se propone una línea del tiempo, se propone la lectura de una nota de prensa, publicada por medios chilenos, donde se puede evidenciar al detalle la forma en la que la orientación sexual llevó a la muerte a Daniel Zamudio.

SANTIAGO.- Fabián Mora Mora, quien permanece en prisión preventiva por la muerte del joven Daniel Zamudio, decidió ayer entregar una vez más su versión de los hechos y dar cuenta a la justicia de detalles desconocidos de la brutal golpiza que sufrió el joven.

Emol tuvo acceso al interrogatorio realizado este 15 de mayo, cuyo extracto viene publicado hoy en “El Mercurio”, en el cual el imputado relató a la Fiscalía Centro Norte los hechos ocurridos durante la madrugada del 3 de marzo y que 23 días después provocaron el deceso de quien se convertiría en un icono de la lucha contra la discriminación.

Mora señaló que el día de los hechos se encontraba en el frontis del Eurocentro. En ese lugar decidió, con un grupo de amigos, ir hasta el Parque San Borja, debido a que ahí estaban otras personas consumiendo alcohol.

Declaró que a eso de las 19:30 horas de ese viernes, los guardias del lugar los expulsaron, por lo que decidieron ir por más “copete” al supermercado más cercano. Luego se volvieron a reunir en el lugar.

“Al rato –una media hora– queda solo la mitad del grupo, unos diez, y yo observo que está en la media luna durmiendo Daniel (Zamudio, la víctima). Cuando lo veo, él está con dos niñas quienes luego se van y lo dejan solo. Ahí le digo al Alejandro (Angulo, imputado) y al Chupa (no recuerda su apellido) que estaba durmiendo él y que fuéramos a despertarlo. Cuando lo despertamos él se asustó porque nos vio a su lado”, relató.

Daniel lloraba

Según el imputado, le dijeron al joven que se fuera a su casa. Se había retirado hacia avenida Portugal, pero después volvió junto a Raúl López –también imputado en el

caso— con una botella de ron en la mano. Dijo que lo había encontrado botado en el paso de cebra.

“Luego, vemos que a Daniel —que estaba cerca de nosotros pero a unos seis o siete metros— le tratan de robar y lo vamos a buscar. Lo sentamos más cerca de nosotros y en ese minuto ya quedábamos cuatro personas (Alejandro, Raúl, el Pato (Core) y yo”, sostuvo.

De acuerdo al imputado, en un momento Zamudio comenzó a llorar y López le habría preguntado si acaso era “gay”. “Daniel le dice que sí lo es, que tiene miedo porque los nazis lo buscan y cree que le pueden pegar a él. Raúl le dice que son bromas, que es leseo, que no le pasará nada, pero se burla de él por su condición sexual. Vuelve la calma. Pero recuerdo que Raúl le sacó un dinero a Daniel y con eso fue a comprar más ron”, indicó. Mora sostuvo que Patricio Ahumada, “Pato Core”, le intentó robar pertenencias a Zamudio, pero que en ese momento el joven despertó y comenzó a bailar al ritmo de una música que él había puesto.

Después, el joven se quedó nuevamente dormido en el suelo. “Como las 23:30 horas aproximadamente, ‘Pato Core’ se acerca y dice que va a despertar a Daniel y le ‘pone’ una patada en la sien con el talón y otra patada en la nuca (...) Me sientan al lado de un árbol y comienzan (los dos, Alejandro y Pato) a pegarle a Daniel patadas en la guata, en la cabeza, las patadas que le daban sonaban. Pararon para tomar y luego Alejandro primero empieza a orinar en el estómago a Daniel y luego hace lo mismo el ‘Pato Core’. Ahí se sientan a tomar y a reírse de lo que le hicieron”.

Quemaduras de cigarrillos

Según la declaración de Mora, el joven Zamudio estuvo inconsciente durante todo ese lapso, mientras sangraba por la nariz debido a los golpes. Luego de esto, “‘Pato Core’ le rompe la botella en la cabeza de Daniel. Alejandro en eso, pesca el gollete de la botella, le levanta la polera y le dibuja una esvástica en la guata y le propina dos ‘punzasos’ (sic) en el lado izquierdo. Ahí Alejandro se pone al lado de Daniel y le grita ‘gay, lacra, ensucias mi patria’ y le propina una patada en la cabeza”.

El imputado declaró que en ese momento la víctima aún estaba viva. “Alejandro toma un cigarro que pidieron y que yo fumaba y con eso quema a Daniel. A su vez Patricio le tira una colilla en la cara”.

Pero los vejámenes no terminaron ahí. “Va el Raúl, se sienta encima del pecho del Daniel, le pesca la cabeza de las orejas y la comienza a azotar en el suelo y empieza a pegarle combos, demorándose sólo en eso unos 15 minutos. El Raúl se para y comienza a pegarle una patada en la cabeza. Alejandro orina nuevamente a Daniel

y dice: tengo ganas de cagarlo encima. Luego el Pato da vuelta a Daniel y le quiebra otra botella de ron en la cabeza, pesca el gollete y le hace dos esvásticas en la espalda, diciéndole al Alejandro: ‘aprende, así se hacen los cortes’”.

Mora señaló después cómo le quebraron una pierna al joven. “Ahí toma la piedra y Alejandro hace como que se le cae en la cabeza de Daniel. Luego, Alejandro dice: ‘ya, quebrémosle la pierna’ y tira nuevamente la piedra en la pierna de Daniel. Patricio hace lo mismo. Fueron tres veces que tiraban ellos tres la piedra sobre la pierna de Daniel. Raúl se aburre y le tira varias veces la piedra en la pierna de Daniel, y viendo que no pudo quebrársela con la piedra le hace una palanca con las manos y se la quiebra. Ellos se ríen y dicen que sonó como hueso de pollo”.

La declaración de Mora concluye con que los imputados tomaron una fotografía de la pierna fracturada de Zamudio.

El testimonio será clave en el juicio, sobre todo para configurar la alevosía del brutal crimen que sacudió a país.

Tomado de

Emol.com - <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/05/16/540737/brutal-relato-de-imputado-del-caso-zamudio-le-pegaron-punzazos-y-lo-orinaron-publicar-a-las-7-am.html>.

6.2 DINÁMICAS DE VIOLENCIA POR PREJUCIO QUE SE VIVEN EN LAS CÁRCELES EN CONTRA DE POBLACIÓN LGBTI

El uso de la violencia en contra de la población LGBTI en diferentes contextos sociales no es un fenómeno aleatorio o gratuito; esta tiene una dinámica estructural. La violencia que viven las personas que se identifican con identidades sexuales no hegemónicas está destinada a relegarlas a un determinado espacio social, inferior por supuesto, y esto representa un componente discriminatorio, o eliminarlas de un contexto específico, y esto representa un componente de exclusión. Pensar los usos de la violencia en razón de la diversidad sexual ha ocupado gran parte del trabajo de la profesora María Mercedes Gómez, quien ha establecido:

“‘Discriminar’ significa, en una primera acepción, ‘separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra’; pero también ‘dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.’. ‘Excluir’, en cambio, significa ‘descartar, rechazar o negar la posibilidad de alguna cosa’ o ‘ser incompatibles dos cosas’. De la definición de ‘exclusión’ quiero enfatizar la incompatibilidad entre elementos, mientras que de la noción de ‘discriminación’ quiero señalar, en primera instancia, el aspecto jerárquico o de inferiorización

entre los elementos. A primera vista esta distinción sugiere que las prácticas que llamo ‘excluyentes’ serían aquellas que operan para eliminar ‘objetos materiales o inmateriales’ de un determinado orden. Estas prácticas no aspirarían, primordialmente, a inscribir el “objeto de la práctica” como inferior dentro de un orden jerárquico, sino a suprimirlo del orden como tal. Las prácticas que llamo ‘discriminatorias’, por el contrario, estarían orientadas, primordialmente, a jerarquizar como inferior una cosa o persona en un determinado orden²⁰⁸”.

De esta manera, Gómez conceptúa que en su mayoría, la violencia que es ejercida en contra de personas que se identifican con sexualidades no hegemónicas ha tenido un tinte de exclusión. Esto es, que está destinada a aniquilar la diferencia sexual de la sociedad:

Las sexualidades despreciadas son paradigmáticas de la lógica de la exclusión. Esta lógica se articula a través de lo que he dado en llamar un uso excluyente de la violencia que apunta a aniquilar al otro u otra antes que a mantenerlo como inferior o subordinado. El uso excluyente de la violencia se puede ilustrar con algunas de las prácticas médicas, legales y políticas que han caracterizado el trato de las sexualidades despreciadas en EE. UU. desde los años cincuenta. Por ejemplo, el uso de fármacos y de la lobotomía, cuando se consideraba la homosexualidad como una enfermedad mental, eran prácticas de exclusión destinadas a “aniquilar” una conducta antes que a mantener a quien la ejercía como subordinado. En otros ejemplos, es posible mostrar cómo, para algunos discursos religiosos y de extrema derecha, las sexualidades disidentes encarnan el mal, la perversión y el peligro para “las buenas costumbres y la moral”; por eso se trata de suprimirlas, no de mantenerlas subordinadas²⁰⁹.

En la misma línea, Gómez encuentra que la violencia en contra de población LGBTI tiene usos diferenciados cuando se usa en contra de “homosexuales masculinos” y lesbianas. Esto en cuanto

Las sexualidades despreciadas han experimentado ciertas transiciones desde la exclusión a la discriminación. No es este el lugar para extenderme en consideraciones más precisas, pero cabe mencionar el papel “instrumental” del homosexual masculino y de la representación de prácticas sexuales entre mujeres en la economía del deseo masculino heterosexual. En el caso del

208 Gómez, María Mercedes. *Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia*. En: Cabal, Luisa y Motta, Cristina. Más allá del derecho. Siglo del Hombre Editores, 2005, p. 26.

209 *Ibidem*, p. 28.

homosexual masculino, este suele ocupar el lugar del chivo expiatorio que “paga” por actuar el deseo prohibido y se hace necesario en tanto otro, es decir, como fuente de cierto placer erótico colateral que permite un ejercicio del poder en la violencia jerarquizante: el perpetrador necesita mantener a ese otro como inferior para disfrutarlo (en privado) y gozar (en público) de la violencia que ejerce sobre él.⁴² Asimismo, el homosexual masculino cumple el papel de referente en la construcción binaria de la identidad (hetero)sexual. Las credenciales de masculinidad aparecen dadas en, al menos, tres órdenes de construcción diferenciada de la identidad: no ser mujer, no ser niño y, sobre todo, no ser homosexual.⁴³ Si la oposición sexual binaria está regida por lo masculino como la norma y lo femenino como lo que se deriva de la norma, la heterosexualidad está dada asimismo por una oposición binaria masculino (norma)-femenino (sujeto a la norma), en un polo, y lo homosexual masculino (diferencia con la norma), en el otro polo de la oposición. Es la homosexualidad masculina, inscrita en un orden de supremacía heterosexual obligatoria, lo que primero aparece como desestabilizador para la jerarquía instaurada por la norma, es decir, para la diferenciación entre lo masculino y lo femenino; diferenciación que permite a lo masculino gozar los privilegios de su supremacía. Así pues, en un orden del mundo social fundado en y sostenido por oposiciones binarias, mantener al homosexual masculino discriminado pero vivo parece ser instrumental para la producción y reproducción de la heterosexualidad obligatoria.

En el segundo caso, esto es, el de las prácticas sexuales entre mujeres, es posible decir que por cuanto estas son objeto de la fantasía –masculina y femenina– heterosexual, su aceptación y “uso” estarían indicando que no hay propiamente exclusión, al menos en el orden de lo imaginario. Sin embargo, la sexualidad lésbica como tal, la que no es permeada ni permeable a la participación heterosexual, carece –al menos políticamente y para esta lógica– de articulación; es un sinsentido.

Estos loci de la sexualidad hacen posible afirmar que hay caminos recorridos por las sexualidades despreciadas, desde la mera exclusión hasta la discriminación; es decir, de ser blanco de aniquilación se han configurado como sujetos (necesarios) pero considerados inferiores (...)²¹⁰.

La CIDH ha tomado la misma línea de análisis sobre la violencia que experimenta la población LGBTI en el hemisferio. En este sentido, la Comisión ha encontrado que “muchas manifestaciones de esta violencia están basadas en el deseo del per-

210 *Ibidem*, pp. 33-34.

petrador de ‘castigar’ dichas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer. Esta violencia se dirige, entre otros, a las demostraciones públicas de afecto entre personas del mismo sexo y a las expresiones de ‘feminidad’ percibidas en hombres o ‘masculinidad’ en mujeres. La violencia se puede manifestar en el uso de la fuerza por parte de agentes de seguridad del Estado, encargados de hacer cumplir la ley amparados en normas sobre la ‘moral pública’. También puede tomar la forma de violencia médica ejercida contra personas cuyos cuerpos difieren de los estándares socialmente aceptados de cuerpos masculinos o femeninos, en intentos por ‘arreglar su sexo’, entre otros”²¹¹.

Por su parte, el Centro Nacional de Memoria Histórica ha establecido que *“Históricamente se ha configurado un sistema sexo/género que margina a los sujetos que no cumplen con los parámetros establecidos por un orden de género hegemónico y los define como hombres y como mujeres. Como resultado de ese orden de género, las mujeres han sido subalternizadas, al igual que algunos varones, tales como aquellos que tienen orientaciones sexuales o identidades de género no normativas. Estas formas de subalternidad se manifiestan en las representaciones sociales, los códigos normativos cotidianos, las instituciones, en las prácticas y las subjetividades de las personas. En este marco se crean ciertos imaginarios y provoca prácticas violentas contra aquellos que se salen de la norma hegemónica”²¹².*

En este sentido, es posible evidenciar que en la sociedad en general existen diversas prácticas de violencia en contra de la población LGBTI que están destinadas a relegarla a un determinado lugar social o a erradicarla, con todo y los cuerpos que las representan, de la estructura de la sociedad.

El contexto carcelario no se escapa a esta realidad. En su informe de la situación de las personas LGBTI en las cárceles del país del 2014, Colombia Diversa estableció que en la actualidad aún *“existen formas silenciosas y sutiles de violencia que pasan a ser de alguna manera asimiladas por las personas LGBT y que responden a prejuicios, creencias e imaginarios que producen formas naturalizadas de relacionarse con esta población”²¹³.*

En este sentido, esa misma organización ha evidenciado que las prácticas de violencia dentro de las cárceles son bastante variables y diferenciadas en términos

211 CIDH. Violencia contra Personas LGBTI. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36. 2015, párr. 25.

212 Centro Nacional de Memoria Histórica. *Aniquilar la diferencia. Lesbianas, gais, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*. 2015, p. 67.

213 Colombia Diversa. *Del amor y otras condenas: Personas LGBT en las cárceles de Colombia*, 2015, p. 45.

de visibilidad o intensidad. Así, estas van “desde una palabra, un grito, una burla, un empujón, arrojar tomates, y terminan en violaciones graves como la violencia sexual, golpes, torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes”²¹⁴. Un ejemplo de esto es la práctica de la sábana, documentada por la organización:

*“La sábana” es una de las prácticas con mayor nivel de violencia, tanto física como psicológica, en contra la población LGBT. Usualmente, es agredido un hombre heterosexual que ha sido descubierto teniendo relaciones sexuales con una mujer trans u hombre gay. Un grupo de internos lo cubre con una sábana y lo golpean, le arrojan agua encima, le dan patadas y todo lo que quede dentro de los límites. La sábana se usa para causar menos marcas en el cuerpo. Pese a las denuncias presentadas en varias oportunidades por las mujeres trans, la cárcel no ha tomado ninguna medida*²¹⁵.

En su segundo informe sobre la situación de la población LGBTI en las cárceles, la misma organización reportó que la violencia física en contra de personas identificadas con sexualidades no hegemónicas es más intensa en las cárceles de hombres que en las de mujeres. Así, “En las cárceles asignadas para mujeres, los hechos de violencia por parte de la población privada de la libertad tienden a ser menores. En general, en las cárceles donde la mayoría son hombres hay más violencia hacia gais, bisexuales y mujeres trans. Insultos, burlas, empujones, acoso sexual son algunas de las situaciones más frecuentes relatadas por las personas entrevistadas. En ocasiones las violencias pueden escalar a mayores niveles”²¹⁶. Esto se puede evidenciar en la transcripción de la siguiente entrevista hecha a un hombre en la Cárcel Modelo de Bogotá:

Entrevistado: Ah, no, si acá llegan a ver a alguien teniendo relaciones, primero lo boletean (sic), segundo le pegan, les pegan a los dos, y tercero lo meten al tanque.

Entrevistadora: ¿Qué es el tanque?

Entrevistado: El tanque es el lavadero grande de agua, los meten ahí pa’ que se mojen, cuando se duermen en la contada, se queda dormido y los meten al tanque, como cuando tú metes a alguien a una piscina, pero a la fuerza, los boletean y les pegan con chanclas, eso me han contado.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 46.

²¹⁵ Ídem.

²¹⁶ Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación. “Muchas veces me canso de ser fuerte”. Informe sobre ser Lesbiana, Gay, Bisexual o Trans en las Cárceles de Colombia 2015-2016, pp. 20-21.

Entrevistadora: ¿Tú has visto?

Entrevistado: Sí, sí he visto que los meten al tanque. Y los boletean (sic), los humillan, “asqueroso, fenómenos”, todas las palabras que existan para humillar a esa persona”²¹⁷.

Denuncias similares a las ya expuestas fueron expresadas por la población privada de la libertad en los centros en los que se realizaron los pilotos de sensibilización y capacitación. Algunas de estas son

- Sanciones disciplinarias por parte de la guardia, que incluso llegan a afectar el tiempo de redención de pena que los internos han logrado, por problemas relacionados con actos de discriminación por orientación sexual e identidad de género.
- El uso de la reasignación de patio o celda como castigo por tener una pareja del mismo sexo dentro de la cárcel.
- Relegar a la población trans a espacios de confinamiento o calabozos, hasta por un año, por no tener espacios seguros dentro del centro de reclusión.
- Difusión de información sensible por personal administrativo. En especial, llamó la atención la difusión del estatus de VIH por personal médico y comunicarle a la pareja en libertad, hombre, de mujeres que tienen relaciones dentro de la cárcel de la existencia de dicha relación.

Una vez reflejados el importante rol que tiene el uso de la violencia en contra de la población LGBTI y la manera en la que se experimenta en el contexto carcelario, es importante entrar a analizar cuáles son las obligaciones del Estado en prevención de esta violencia y cuáles son las rutas de denuncia que tiene la población LGBTI de estas situaciones.

6.3 OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE ELIMINACIÓN DE CONTEXTOS DE VIOLENCIA EN SUS INSTITUCIONES

Si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha conocido de un caso contencioso sobre violencia en la cárcel relacionado con población LGBTI, es importante reiterar los avances que en materia de protección de la vida e integridad de la población privada de la libertad ha tenido la CortelDH. En este sentido, se

²¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

recomienda el estudio del caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, en el que la Corte declaró al Estado responsable internacionalmente por la muerte de decenas de hombres privados de la libertad durante un incendio.

En dicho fallo, la Corte estableció:

Este Tribunal ha establecido que, de conformidad con los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Además, el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los privados de libertad, en razón de que este se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre estas²¹⁸.

De esta forma, el Tribunal reitera la necesidad de que los Estados garanticen el cabal cumplimiento de los estándares internacionales en relación con el tratamiento de personas privadas de la libertad²¹⁹. En ese sentido, es de vital importancia recordar que la garantía de condiciones mínimas de dignidad en los centros de reclusión puede incidir positivamente en las condiciones de seguridad. Al respecto, la Corte ha establecido que se debe cumplir, como mínimo, con los siguientes estándares:

- a. *El hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal⁶¹; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios;*
- b. *La separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición;*

218 Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N.º 241, párr. 63.

219 Ver ONU, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; ONU, Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990. Ver también ONU, Observación General N.º 21 del Comité de Derechos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP), Sustituye la Observación General N.º 9, Trato humano de las personas privadas de libertad (art. 10): 44 período de sesiones 1992, y CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Adoptados durante el 131 Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

- c. *Todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia;*
- d. *La alimentación que se brinde en los centros penitenciarios debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente;*
- e. *La atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario;*
- f. *La educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad a fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos;*
- g. *Las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias;*
- h. *Todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene;*
- i. *Los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad;*
- j. *Los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano; y*
- k. *Las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso, están estrictamente prohibidas²²⁰.*

Como es bien sabido, Colombia padece de un “estado de cosas inconstitucional” en el sistema penitenciario colombiano²²¹. Sin embargo, dicho estado no puede ser

220 *Ibidem*, párr. 67.

221 Así, en sentencia T-762 de 2015, la Corte estableció: “Esta Corte se ha pronunciado mediante las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013, en las cuales la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional (ECI) ‘en las prisiones’ y en el ‘Sistema Penitenciario y Carcelario’, respectivamente. En dichas sentencias esta Corporación evidenció fallas de carácter estructural que requieren la colaboración armónica de las entidades del Estado para lograr su superación. Así mismo, estas dos sentencias son importantes referentes jurisprudenciales a partir de los cuales se ha diagnosticado y comprendido la problemática carcelaria y penitenciaria del país, en especial por parte del juez constitucional. La sentencia T-153 de 1998, después de realizar un análisis histórico del fenómeno de la ocupación carcelaria en el país, identificó como uno de los focos de acción contra la sobrepoblación, entre otros, la necesaria adecuación de la infraestructura física del sistema penitenciario y carcelario de la época. Casi 15 años después, la sentencia T-388 de 2013 reconoció que los esfuerzos en la creación de una infraestructura penitenciaria que ampliara la cobertura fueron, en su mayoría, exitosos. Por tal motivo y al evidenciar que a pesar de los esfuerzos la crisis permanecía vigente, en dicho fallo se hizo mayor énfasis en la necesidad de adecuar la política criminal del país a los estándares y marcos de protección de los derechos de las personas

un argumento válido para que el Estado no cumpla con sus obligaciones de protección de la población LGBTI en el contexto carcelario en contra de posibles actos de violencia. En ese sentido, es muy importante recordar que las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación de especial sujeción frente al Estado y, por ende, es su deber eliminar cualquier contexto que pueda llevar a que se ejerza violencia sobre su cuerpo.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en ese sentido al establecer que

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el Estado es quien tiene la obligación de impedir que otros reclusos (obligación de protección) así como el personal penitenciario (obligación de respeto) amenacen la vida del interno. Dicha obligación aparece la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos.

Lo anterior trae consigo la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, como por ejemplo la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible proteger su vida y su integridad física. Por ello se ha insistido por parte de la jurisprudencia que las medidas de protección de los mismos reclusos que adopten las autoridades carcelarias han de ser compatibles con la Constitución y no pueden suponer una restricción inadmisibles a sus derechos constitucionales, así como tampoco impedir la realización de la función resocializadora de la pena²²².

Así las cosas, conforme a la Corte Constitucional, el Inpec tiene el deber de crear espacios seguros para que la población LGBTI privada de la libertad goce efectivamente de sus derechos y no tenga que soportar cargas extras a las que legítimamente impone la pena. Es importante aclarar, como ya se estableció en este documento, que estos espacios no pueden constituirse como lugares de segregación. Por esto se recomienda que el funcionamiento de estos sea concertado con la población privada de la libertad y la ubicación de las personas en estos se haga de manera voluntaria.

6.4 RUTAS DE PETICIONES Y DENUNCIAS

Durante el desarrollo del piloto de las sensibilizaciones y capacitaciones se encontró que la población privada de la libertad y algunos miembros del personal de

privadas de la libertad, pues desde esa perspectiva se pueden lograr resultados mucho más sostenibles".
Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-762 de 2015. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

222 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-283 de 2016. M. P.: Gloria Stella Ortiz.

custodia y vigilancia desconocen las principales rutas de realización de peticiones y denuncias ante las autoridades competentes. En este sentido se recomienda que la EPN y la Dirección de Atención y Tratamiento del Inpec realicen capacitaciones a profundidad en todos los centros de reclusión del país.

Sin perjuicio de lo anterior, este documento se permitirá recordar el rol fundamental que tiene el derecho de petición para las personas privadas de la libertad y la nueva ruta de denuncias que está contenida en el artículo 142 del nuevo Reglamento General.

Sea lo primero recordar que el derecho de petición es un derecho de carácter fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano y no se encuentra restringido en el contexto de privación de la libertad. En este sentido, la Constitución Política establece en su artículo 23 que *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

Como es obvio, la pronta respuesta a los derechos de petición presentados por la población privada de la libertad está directamente relacionada con la garantía de condiciones mínimas de seguridad. En este sentido, a través de este mecanismo los reclusos pueden poner en conocimiento de las autoridades situaciones de peligro o afectaciones a sus derechos fundamentales.

De esta forma, el Congreso de la República reguló los tiempos de respuesta del derecho de petición en la Ley 1755 de 2015 así:

Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

- 1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.*
- 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.*

Parágrafo. *Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.*

En lo que respecta al contexto carcelario, la Corte Constitucional ha reconocido la relevancia del derecho de petición al establecer que este debe ser respondido “(i) de fondo, esto es, que resuelva la cuestión sometida a estudio, bien sea favorable o desfavorable a los intereses del peticionario, (ii) congruente frente a la petición elevada, y (iii) puesta en conocimiento del peticionario. Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental. La Corte también ha indicado que el derecho de petición es una garantía que conservan las personas privadas de la libertad, cuyo ejercicio debe ser pleno, esto es, no existe razón alguna para que sea objeto de restricción, máxime cuando puede llegar a ser el principal o incluso el único mecanismos con el cual cuentan los reclusos para procurar el cumplimiento de los deberes por parte del Estado, ante la especial sujeción en la que se encuentran”²²³.

Finalmente, es importante establecer que en materia de quejas relacionadas con posibles afectaciones a la integridad personal, el nuevo Reglamento General de los ERON fija el siguiente procedimiento especial de trámite en el artículo 142:

- Las quejas por discriminación en razón de la orientación sexual, identidad de género, violencia sexual, violación al derecho a la visita íntima a personas LGBTI, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o cualquier otra violación a derechos humanos pueden ser presentadas a cualquier servidor público del Inpec, quien deberá remitirla de manera inmediata al director del establecimiento y/o al Área de Atención al Ciudadano.
- El establecimiento deberá tomar de manera pronta las medidas necesarias para tratar la situación.
- El establecimiento tiene 24 para trasladar la denuncia a la Fiscalía General de la Nación o a la Procuraduría según sea el caso.

223 Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 2014. M. P.: Andrés Mutis Vanegas.

- La queja deberá ser remitida siempre al Grupo de Atención al Ciudadano de la Dirección General del Inpec.
- La Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público podrán recibir estas denuncias.
- Si la denuncia se relaciona con un posible delito, los funcionarios del Inpec con funciones de policía judicial realizarán las labores de su competencia y remitirán la información a la autoridad competente.
- La violación al principio de inmediatez en el cumplimiento de este artículo podrá acarrear sanciones disciplinarias.

6.5 IDEAS FUERZA DEL EJE DE FORMACIÓN

Una vez que se hayan realizado actividades de capacitación relativas a este eje, se espera que los estudiantes tengan claras, como mínimo, las siguientes ideas:

- La violencia en contra de la población LGBTI es estructural y, por regla general, está orientada a discriminar o excluir a esta población de la sociedad.
- Las personas LGBTI privadas de la libertad se encuentran en una relación de especial sujeción al Estado, por lo que es responsabilidad de este proteger su integridad y velar por la garantía de su dignidad humana.
- El hacinamiento y demás características del estado de cosas inconstitucional en las cárceles no es una excusa válida para dejar de proteger a la población LGBTI.
- La creación de espacios seguros para la población LGBTI en las cárceles no puede tener efectos discriminatorios o de segregación. Se recomienda que estos espacios sean concertados con la comunidad.
- El derecho de petición y el artículo 142 del Reglamento General son vías idóneas para tratar quejas relacionadas con vulneraciones a la integridad personal.



7. Casos de trabajo para los ejercicios de sensibilización y capacitación

Por sugerencia de la asesora pedagógica de este módulo, el autor se permite proponer el trabajo de cuatro casos a lo largo del desarrollo del proceso de formación en derechos de la población LGBTI privada de la libertad. Estos casos permiten la apropiación de algunos de los conceptos básicos desarrollados en este documento y la verificación del conocimiento que las personas que son formadas tienen del nuevo Reglamento General.

7.1 CASO 1: ARMANDO Y ÓMAR. Derechos de las parejas del mismo sexo

Armando y Ómar son dos hombres gays de la ciudad de Bogotá. En el año 1989 se conocieron en una fiesta y empezaron una relación de pareja. Unos meses después de conocerse decidieron empezar una vida juntos y tomaron en arriendo una habitación en el sur de la ciudad.

Armando y Ómar no tenían una formación educativa alta ni un nivel de ingresos elevado. Sin embargo, durante algunos años Ómar continuó su educación a nivel de bachillerato y luego técnico, lo que posibilitó que aumentara sus ingresos.

En 1993 la pareja decidió comprar una vivienda postulándose al programa del Gobierno Casa para todo el Mundo. Ese programa estaba enfocado en subsidiar una parte del costo de vivienda de interés social para parejas que estuvieran casadas o vivieran bajo una unión marital de hecho. Para la época, la legislación colombiana no consideraba a las parejas del mismo sexo como parejas de hecho ni tenían la opción de acceder al contrato de matrimonio. Por esta razón, Ómar decidió pedirle a Soraida, amiga de la familia, que declararan de manera ficticia que constituían una unión marital de hecho para poder acceder al programa gubernamental.

En el año 2003 Ómar sufrió un ataque cardíaco y murió. Tras la muerte de su pareja, Armando le pidió a Soraida que transfiriera la titularidad de la casa, que habían pagado él y su pareja, a su nombre. Sin embargo, ella se negó e inició una acción civil para sacar a Armando de su vivienda. Adicionalmente, Armando solicitó al Estado colombiano que le otorgara la pensión de superviviente de Ómar, a lo que el Estado se negó.

Analizar:

- Estado de protección o desprotección de Armando ante la ley de la época.
- La situación jurídica de la vivienda, ¿a quién debe corresponderle?
- ¿Deben ser las parejas del mismo sexo protegidas de la misma manera que las parejas heterosexuales a la luz de la legislación?

7.2 CASO 2. DE JULIA Y BERTA. Visita íntima lésbica

Julia y Berta son dos mujeres privadas de la libertad desde el año 2005. Se conocieron en la RM Moñitos, de la ciudad de Facatativá, donde estaban recluidas, en el año 2007. Al enterarse de su relación, por darse un beso durante el día de visitas, la directiva del establecimiento decidió separarlas de patio y hacer una estrecha vigilancia de su comportamiento.

Una noche de 2007 la señora Berta fue descubierta a altas horas de la noche en la celda de la señora Julia, que estaba asignada a un patio diferente al suyo. Fruto de este incidente, las dos fueron trasladadas a centros de reclusión diferentes. Berta fue remitida a la RM María Mulata de la ciudad de Santa Marta y Julia a la RM Sol Caribe de la ciudad de Barranquilla.

En el año 2008 Berta decidió utilizar parte de uno de sus permisos de 72 horas de salida para visitar a Julia, por lo que solicitaron la autorización de una visita íntima a la Directora de la RM Sol Caribe. Dentro del reglamento interno del centro de reclusión se establece que cualquier persona que desee ingresar a tener una visita, incluso íntima, debe presentar un certificado de antecedentes penales para obte-

ner la autorización de ingreso. Como resulta obvio, al estar Berta aún privada de la libertad no podía acceder a dicho documento, por lo que se le negó el derecho a la visita íntima.

Analizar:

- ¿Deben las parejas del mismo sexo ser separadas de patio en los centros de reclusión?
- ¿Fue el traslado de las internas un castigo excesivo para la falta cometida?
- ¿Es la solicitud de un certificado de antecedentes disciplinarios un requisito excesivo para el ingreso a un establecimiento de reclusión?

7.3 CASO 3: DE EDNA Y RUBY. Visita íntima lésbica

Edna es una mujer de 45 años privada de la libertad en la RM Moñitos de la ciudad de Facatativá. Ha estado casada por 20 años con Ramiro, como consta en el Sisippec. Sin embargo, no mantiene contacto con su esposo desde hace más de cuatro años. Durante el 2012 Edna conoció a Ruby, otra mujer privada de la libertad, e iniciaron una relación sentimental.

En el mismo 2012 las dos mujeres solicitaron a la Dirección de la RM que se les autorizara el acceso a la visita íntima. Una vez verificados los requisitos por parte de las autoridades del centro de reclusión, decidieron negar la autorización para la visita íntima dado que la señora Edna tenía registrado cónyuge. Por lo tanto, esta debía proceder a divorciarse para obtener el permiso.

Analizar:

- ¿Cuáles son los requisitos de acceso a la visita íntima a la luz del nuevo reglamento general de los ERON?
- ¿Pueden las autoridades carcelarias hacer exigencias como la que se planteó en el caso?
- ¿Es necesario un vínculo determinado entre las dos personas que solicitan acceder a la visita íntima?

7.4 CASO 4: KASUK AWÁ Y ERIBERTO. Violencia en las cárceles

Kasuk Awá es miembro de una comunidad indígena del Cauca. Durante el año 2016 fue condenado a cuatro años de prisión por las autoridades de su pueblo por intentar robar algunos objetos. En dicho año, el cabildo indígena solicitó al Inpec que Kasuk permaneciera en un centro de reclusión del orden nacional, haciendo expreso que es su deseo que este no pierda sus costumbres tradicionales durante

el tiempo de reclusión. El pueblo de Kasuk considera los actos sexuales entre personas del mismo sexo como prohibidos.

De esa forma, el Inpec decidió tener a Kasuk en la reclusión de hombres de Popayán. Durante su primer año de reclusión, Kasuk conoció a Eriberto, otro hombre privado de la libertad, y decidieron iniciar una relación sentimental. De esa forma, los dos hombres solicitaron a las autoridades del centro de reclusión la autorización para disfrutar de su visita íntima. Después de quince días, la Dirección del centro de reclusión autorizó a los internos a acceder a la visita íntima, aduciendo que no tiene competencia para negarla por razones de “mantenimiento de costumbres tradicionales”.

Sin embargo, por las condiciones del centro de reclusión, las visitas íntimas se realizan en las celdas de la prisión. Adicionalmente, es sabido que debido a las dinámicas propias del centro de reclusión, algunos internos toman en alquiler los espacios para realizar la visita íntima y que los “caciques” de los patios tienen prohibido que este alquiler se haga a parejas del mismo sexo.

Analizar:

- ¿Fue correcta la actuación de las autoridades penitenciarias al autorizar el acceso a la visita íntima?
- ¿Cómo podrían las autoridades penitenciarias lograr que las personas privadas de la libertad tengan acceso a su visita íntima?

8. Referencias bibliográficas

JURISPRUDENCIA E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Tratados e instrumentos internacionales

- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES. 2435 (XXXVI-II-O/08).
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES.2504 (XXXIX-O/09) de 2009.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES.2600 (XL-O/10) de 2010.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES.2653 (XLI-O/11) de 2011.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES.2721 (XLII-O/12) de 2012; AG/RES.2807 (XLIII-O/13) de 2013.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. AG/RES.2863 (XLIV-O/14) de 2014.
- Carta de la Organización de Estados Americanos, Serie de Derechos y Tratados N.º 23, Unión Panamericana, Washington, D. C., 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15 de junio de 2011.
- Principios Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Marzo de 2007.
- Naciones Unidas. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
- Naciones Unidas. Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos. Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Observación General N.º 21 sobre el Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Trato humano de las personas privadas de la libertad". 44 período de sesiones. U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH. Demanda ante la Corte IDH en el caso Karen Atala e Hijas, Caso 12502 contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010.
- CIDH. Informe de Admisibilidad 112/10. Petición Interestatal PI-02. Franklin Guillermo Aisalla Molina. 21 de octubre de 2010.

- CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II Doc. 64, 31 de diciembre de 2011.
- CIDH. Sistema de Peticiones y Casos. Folleto Informativo. Año 2012. Publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. [En línea] http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf.
- CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre de 2015, p. 28. [En línea] Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>.
- CIDH. Informe N.º 3/14. Caso 11656. Informe de Fondo. 31 de marzo de 2014.
- CIDH. Nota de remisión del caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, Caso 12841. 21 de octubre de 2014.
- CIDH. Nota de Remisión del Caso Homero Flor Freire vs. Ecuador. Caso 12743. 11 de diciembre de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N.º 220.
- Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N.º 221.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 239.
- Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N.º 241.
- Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C N.º 298.
- Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C N.º 284.
- Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C N.º 322.
- Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C N.º 315.

Corte Europea de Derechos Humanos

- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Dudgeon vs. Reino Unido, Sentencia del 22 de octubre de 1981. Aplicación N.º 7525/76.
- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Norris vs. Irlanda. Sentencia del 26 de octubre de 1988. Aplicación N.º 10581/83.

- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Modinos vs. Chipre. Sentencia del 22 de abril de 1993. Aplicación N.º 15070/89.
- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Praen y Beckett vs. Reino Unido. Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicaciones N.ºs 31417/96 y 32377/96.
- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Smith vs. Reino Unido. Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicación N.º 33985/96.
- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Grady vs. Reino Unido. Sentencia del 27 de septiembre de 1999. Aplicación N.º 33986/96.
- Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal. Sentencia del 21 de diciembre de 1999. Aplicación N.º 36515/97.

Comités de Naciones Unidas

- Comité de Derechos Humanos. Toonen vs. Australia, Comunicación N.º 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 de abril de 1992.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales, Polonia, CCPR/C/79/Add.110, 25 de julio de 1999.
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General N.º 3. El VIH/sida y los derechos del niño, CRC/GC/2003/3, 17 de marzo de 2003.
- Comité de Derechos del Niño. Observación General N.º 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003.
- Comité de Derechos Humanos. Edward Young vs. Australia, Comunicación N.º 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 de septiembre de 2003.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 18. El derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.
- Comité contra la Tortura. Observación General N.º 2. Aplicación del artículo 2.º por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2.º, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. Recomendación General N.º 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, CEDAW/C/GC/27, 16 de diciembre de 2010.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. Proyecto de Recomendación General N.º 28 relativa al artículo 2.º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA INTERNAS DE COLOMBIA

Normativa nacional

- Ley 65 de 1993. Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.
- Inpec. Directiva Permanente 010 de 2011.
- Inpec. Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) a cargo del Inpec. Resolución 006349 del 19 de diciembre de 2016.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

- Corte Constitucional. Sentencia T-424 de 1992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150 de 1993. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-097 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-259 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-569 de 1994. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 1995. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-098/96. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-705 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-159 de 2002. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-373 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2002. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 2004. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia T-490 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montelegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1003 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montelegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-058 de 2006. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. Varios ponentes.

- Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-795 de 2006. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional. Sentencia C-798 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. Sentencia C-640 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas.
- Corte Constitucional. Sentencia C-283 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Mendoza Martello.
- Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-815 de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional. Sentencia C-269 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 2014. Magistrado Ponente: Andrés Mutis Vane-gas.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-478 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-476 de 2014. Magistrado Ponente: Alber-to Rojas Ríos.
- Corte Constitucional. Sentencia C-500 de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-976 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pre-telt Chaljub.
- Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-099 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-283 de 2016. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 2015. Magistrado Ponente: Andrés Mutis Va-negas.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-478 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-762 de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-283 de 2016. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-686 de 2016. Magistrada Ponente: María Victoria Calle.

DOCTRINA

- Ammaturo, Francesca Romana. "The 'Pink Agenda': Questioning and Challenging European Homonationalist Sexual Citizenship." *Sociology* 49, no. 6, 2015 1151-1166.
- Comisión Internacional de Juristas. Guía para Profesionales N.º 4 Orientación Sexual e Identidad de Género y Derechos Internacionales de los Derechos Humanos, 2009.
- Contreras Fonseca, Andrés y Lemaitre Ripoll, Julieta. *La prohibición de la discriminación por orientación sexual en el sistema interamericano y el litigio estratégico: el caso Duque vs. Colombia*. En: Comisión Colombiana de Juristas. *El caso Ángel Alberto Duque Sentencia de la Corte Interamericana. La responsabilidad del Estado colombiano por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación por orientación sexual*. Bogotá, 2016.
- Cruz Pérez, María del Pilar. Mujeres con discapacidad y su derecho a la sexualidad. *Política y Cultura*. N.º 22, México, enero 2004.
- Ferrer, Eduardo y Pelayo, Carlos María. *La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. *Estudios Constitucionales*, Año 10, N.º 2, 2012, pp. 141-192.
- Goldman, Robert, Historia y Acción: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: Covarrubias Velasco, A. y Ortega Nieto, D. (Coords.), *La protección internacional de los derechos humanos un reto en el siglo XXI*, México, D. F., 2007, pp. 101, 109-148.
- Gómez, María Mercedes. Los usos jerárquicos y excluyentes de la violencia. En: Cabal, Luisa y Motta, Cristina. *Más allá del derecho*. Siglo del Hombre Editores, 2005.
- López, Diego. *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Universidad de los Andes - LEGIS, 2016.
- Medina, Cecilia y Nash, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2007.
- Merry, Sally. *Gender Violence*. Wiley Blackwell, 2009.
- Negro, Dante Mauricio. Los avances más recientes en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI en el ámbito interamericano. *Revista Derecho PUCP*, N.º 73, 2014, pp. 159- 167.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ariel, Barcelona, 1989.
- Nussbaum, Martha. *Justicia poética*. Editorial Andrés Bello, 1997, capítulo 3.
- Posner, Erick. Derecho y Emociones. *Revista de Derecho Público*, 2008 (traducción de Laura Rico de Piñeres).

- Quintero, Marieta, Sánchez Keyilin y otras. *Pedagogía de las emociones para la paz*. Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015.
- Quinche Ramírez, Manuel. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 12, 2009, pp. 163-190.
- Thoreson, Ryan Richard. Queering Human Rights: The Yogyakarta Principles and the Norm that Dare Not Speak Its Name. *Journal of Human Rights*, 8.
- Urueña, Rene. *Derecho de las organizaciones internacionales*. Ediciones Universidad de los Andes y Ediciones Temis. Bogotá, 2008.
- Villanueva Flores, Rocío. Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. *Revista IIDH*, Vol. 43. 2006.
- Waele, Henry y Anna van der Vleuten. “Judicial Activism in the European Court of Justice - The Case of LGBT Rights.” Michigan State University College of Law Journal of International Law no. 3 2010, 639.
- Waites, Matthew. *Critique of ‘sexual orientation’ and ‘gender identity’ in human rights discourse: global queer politics beyond the Yogyakarta Principles*. Contemporary Politics, Vol. 15, No. 1, March 2009, 137-156.
- Yoshino, Kenji. El clóset judicial y el altar legislativo. En: Alegre, Marcelo y otros. *Derecho y sexualidades*. SELA y Librería, Buenos Aires, 2010.

OTRAS FUENTES

- Colombia Diversa. *Del amor y otras condenas: Personas LGBT en las cárceles de Colombia*, 2015.
- Colombia Diversa, Caribe Afirmativo y Santamaría Fundación. “Muchas veces me canso de ser fuerte”. Informe sobre ser Lesbiana, Gay, Bisexual o Trans en las Cárceles de Colombia 2015-2016.
- Acuerdo de Cumplimiento de las Recomendaciones del Informe Artículo 50 (Fondo) N.º 3/14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso N.º 11656.

9. Anexos

9.1 Tabla de jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con garantía de derechos de personas LGBTI en establecimientos de reclusión

A continuación se presenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha sido seleccionada por el Observatorio de Decisiones Judiciales del Consejo Superior²²⁴.

| SENTENCIA | RESUMEN |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Aislamiento como sanción disciplinaria y debido proceso | |
| T-622 de 2010 | <p>Una mujer reclusa en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo Mujeres fue sancionada con 30 días de aislamiento en celda de seguridad o calabozo tras haber besado a una compañera del centro penitenciario. Ella reclama que se revoque el proceso disciplinario y se le permita regresar al Pabellón Esperanza del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Sogamoso, de manera inmediata.</p> <p>Dado que no se encontró ninguna irregularidad ni violación al debido proceso, pero también debido a que la interna cumplió con los 30 días de sanción antes de que este proceso fuera llevado a cabo, se consideró que la acción instaurada por la interna carecía de objeto.</p> |
| Dignidad humana y derechos fundamentales de personas privadas de la libertad | |
| T-062 de 2011 | <p>Una mujer trans privada de la libertad en Yopal solicitó la protección de su derecho al libre desarrollo de la personalidad para que le fuera permitido portar el cabello largo, usar maquillaje y accesorios femeninos acorde con su identidad sexual, y dejar de recibir tratos discriminatorios y violentos de parte del personal de guardia. La Corte Constitucional decidió tutelar los derechos de la accionante y ordenó que se realizara una campaña de sensibilización y capacitación a los funcionarios del establecimiento penitenciario con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo.</p> |
| T-1096 de 2004 | <p>Un hombre que se encontraba recluso en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá solicitó ser trasladado a la cárcel de Chaparral, Tolima, tras haber sido agredido sexualmente. El traslado fue realizado en su lugar a la cárcel de Espinal, Tolima, donde el interno señaló estar siendo objeto de abusos sexuales sistemáticos por parte de otros reclusos. Por lo anterior, sospechó haber sido contagiado de VIH. También señaló las condiciones de hacinamiento del centro penitenciario. Además, la situación que vive el interno le ha llevado a atentar contra su vida en más de una ocasión.</p> <p>La sentencia ordena el traslado del interno a un centro penitenciario que no suponga riesgo alguno para su integridad física y su libertad sexual. Asimismo, se ordena investigar los hechos y circunstancias de la vulneración sistemática de derechos a la que fue sometido el interno y que se adelanten los exámenes médicos necesarios para determinar si el interno fue contagiado con VIH, así como cualquier otro perjuicio que haya sufrido en su salud.</p> |
| T-283 de 2016 | <p>Un hombre bisexual recluso en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá (La Picota) interpuso acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la vida digna, así como al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, y de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI, debido a que estaba siendo agredido por otros reclusos por su condición sexual. Asimismo, manifiesta que las celdas del establecimiento carcelario no cuentan con las condiciones de salubridad dignas necesarias. La Corte Constitucional ordena hacer la debida investigación de los hechos por los cuales se considera que se está vulnerando la dignidad humana y la libertad sexual por parte de los demás reclusos en los establecimientos.</p> |

²²⁴ Para más información, puede consultar la página <http://www.politicacriminal.gov.co/Observatorio/Decisiones-judiciales-LGBTI>.

| SENTENCIA | RESUMEN |
|-----------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Estado de cosas inconstitucional | |
| T-153 de 1998 | <p>La Corte Constitucional decide acerca de dos acciones de tutela que pretenden la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad afectadas por la situación de hacinamiento en los establecimientos de reclusión de Bellavista en Medellín y La Modelo en Bogotá. La Corte decide declarar el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario debido a las condiciones de vida de las personas privadas de la libertad, en las cuales se evidencia una amenaza a sus derechos a la integridad personal, dignidad humana, trabajo, educación, alimentación, salud, familia, recreación, entre otros. Por tanto, ordena al Inpec, Ministerio de Justicia y DNP que se cree un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a las personas reclusas condiciones de vida dignas en los penales.</p> |
| T-388 de 2013 | <p>La Corte Constitucional declara que existe un nuevo estado de cosas inconstitucional, diferente al declarado en la sentencia T-153 de 1998. Enfatiza que la existencia de condiciones de hacinamiento posibilita que se presenten tratos crueles que afecten la dignidad de las personas internas. Además, la crisis en el sistema penitenciario y carcelario está influenciada por la falta de protección a grupos poblacionales específicos, como las mujeres, debido a la falta de recursos y la incapacidad humana para atender todas las demandas de la población femenina interna. La Corte llama la atención acerca de la necesidad de garantizar la dignidad de las mujeres, las personas extranjeras, quienes se identifiquen con una orientación sexual o identidad de género diversa, los indígenas y afrodescendientes y demás sujetos de especial protección constitucional que se encuentran privados de la libertad en Colombia.</p> |
| T-815 de 2013 | <p>La Corte Constitucional reitera la persistencia del estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario y penitenciario colombiano. Recalca que las restricciones que se imponen a la población privada de la libertad están limitadas a criterios estrictos de necesidad y proporcionalidad y por tanto no pueden imponerse requisitos a la visita íntima que lleven a conculcar derechos tales como la dignidad humana, la protección de la familia, la intimidad y los derechos sexuales y reproductivos. El Estado tiene que asegurar el contacto de las personas reclusas con sus parejas y evitar cualquier interferencia abusiva de sus derechos fundamentales, independientemente del sexo, la orientación sexual o la identidad de género.</p> |
| T-762 de 2015 | <p>La Corte Constitucional reconoce que el estado de cosas inconstitucional por hacinamiento y vulneración de derechos de las personas privadas de la libertad persiste. En ese sentido, declara que la causa de la crisis radica en la política criminal colombiana, que se ha caracterizado por un endurecimiento constante. En consecuencia, hace un llamado para que la política criminal del Estado colombiano sea más preventiva, las medidas de aseguramiento sean excepcionales y se adopten medidas efectivas de resocialización.</p> |
| Requisita a visitantes | |
| T-624 de 2005 | <p>Una mujer solicita la protección de sus derechos a la igualdad, al debido proceso y a la dignidad humana debido a los tratos recibidos por el personal de guardia al ingresar al establecimiento de reclusión para visitar a su compañera sentimental. Además, le fue impuesta una sanción para ingresar debido a que ingresaba en falda y una vez dentro se cambiaba a pantalón. La Corte Constitucional decidió otorgar la tutela para que no se vuelva a exigir a las personas visitantes el uso de ninguna prenda de vestir específica y para que el Inpec tome medidas para evitar que se realicen requisas que impliquen tacto sobre los cuerpos de las personas visitantes, especialmente de sus genitales.</p> |
| Visita íntima | |
| T-499 de 2003 | <p>Dos mujeres internas en las cárceles de Ibagué y Manizales invocaron la protección de los derechos a la igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad puesto que no se les permitía acceder a la visita íntima debido a que carecían del documento de antecedentes judiciales. Además, a una de ellas la habían trasladado de centro de reclusión aduciendo que la relación existente entre ambas peticionarias ponía en riesgo la seguridad de la cárcel al crear enemistades con la anterior pareja de una de ellas. La Corte argumentó que las personas privadas de la libertad tienen derecho a su intimidad para afianzar las relaciones de pareja, por lo cual debía garantizarse que las dos mujeres puedan realizar encuentros sin que les soliciten documentos a los que no pueden acceder debido a su condición de internas.</p> |

| SENTENCIA | RESUMEN |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| T-274 de 2008 | Un hombre recluso de la cárcel de Cúcuta interpuso acción de tutela para que le fueran protegidos sus derechos a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad debido a que a su compañera permanente le fue impuesta una sanción de cuatro años, en los que no podía ingresar al establecimiento; dicha sanción excedía el tiempo de la pena y les impedía tener visitas íntimas. La Corte expresó que si bien algunos de los derechos de las personas privadas de la libertad se restringen, dicha restricción debe ser la mínima requerida para lograr el objetivo de la resocialización. En esta oportunidad la Corte subraya que la orientación sexual de las personas privadas de la libertad no puede ser usada como justificación para prohibir las visitas íntimas y que las autoridades penitenciarias y carcelarias deben garantizar este derecho a todos por igual. |
| T-372 de 2013 | Una pareja de mujeres privadas de la libertad invoca la protección de sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad con el fin de que les otorguen la posibilidad de tener visita íntima a pesar que una de ellas se encontraba casada. La Corte Constitucional recuerda que las parejas del mismo sexo privadas de la libertad gozan de unas garantías, puesto que sin el goce efectivo de la dignidad humana no se cumpliría el objetivo de la resocialización. Para que esta finalidad de la pena se cumpla no se puede simplemente apartar a la persona infractora del goce de sus derechos, sino garantizarle un mínimo de éstos para humanizar el encierro, entre los cuales se incluyen el derecho a la intimidad y la visita íntima. |
| T-599 de 2013 | Una pareja de mujeres privadas de la libertad solicita la protección de sus derechos a la intimidad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad para que les sea permitida la visita íntima. La Corte Constitucional recuerda la línea jurisprudencial construida acerca de las visitas íntimas entre parejas de internas y le advierte a la Dirección del establecimiento de Neiva (i) que no debe discriminar a las personas con orientaciones sexuales o identidades de género diversas, y (ii) que cualquier reglamentación del régimen de visita debe hacerse acorde con los principios constitucionales de igualdad y debido proceso. |
| T-709 de 2013 | Una mujer interpone acción de tutela contra el Inpec por no permitirle realizar visitas íntimas con su pareja reclusa bajo el argumento de no haberse consolidado una relación sentimental estable entre ellas. La Corte Constitucional decide por cuanto considera que la prueba de calidad de cónyuge o compañera permanente es inane. Además, al no existir en ninguna norma que haga distinción alguna frente a solicitudes de visitas íntimas dependiendo de la calidad de las partes, esta se puede dar entre cualquier pareja de individuos, indistintamente del tipo de relación que entre ellos exista. Sin embargo, no decide otorgar la protección de los derechos de la accionante por la existencia de un hecho superado. |

9.2 Tabla de artículos relacionados con garantía de derechos de personas LGBTI en el Reglamento General del Inpec

| REGLAMENTO GENERAL DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE ORDEN NACIONAL (ERON) A CARGO DEL INPEC – RESOLUCIÓN 006349 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2016 | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Artículos | Contenido |
| Disposiciones generales | El Reglamento da cuenta de la diversidad sexual y de género como un fenómeno valioso para la sociedad. Además, reconoce la sexualidad y su fluidez al aclarar diversos términos relacionados con la diversidad sexual. |
| Igualdad - Artículo 3.º | Se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, orientación sexual, identidad, diversidad corporal, expresión de género, raza, etnia, situación de discapacidad, origen nacional o familiar, lengua, religión y opinión política o filosófica. |
| Enfoque de derechos humanos - Artículo 4.º | El presente reglamento se enmarca dentro de las normas y los estándares establecidos en la legislación internacional de los derechos humanos, las obligaciones constitucionales y legales sobre la materia, como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo para las políticas relacionadas con este. |

**REGLAMENTO GENERAL DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE ORDEN NACIONAL (ERON)
A CARGO DEL INPEC – RESOLUCIÓN 006349 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2016**

| Artículos | Contenido |
|-------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Enfoque diferencial - Artículo 5.º | El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, sexo, religión, identidad, expresión de género, orientación sexual, diversidad corporal, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias y carcelarias del presente reglamento contarán con dicho enfoque (...). |
| Reglamento de régimen interno - Artículo 8.º | (...) En ningún caso el reglamento interno de un establecimiento de reclusión podrá desconocer, contrariar, extralimitar los principios, las obligaciones, los derechos y las disposiciones contenidos en la Constitución Política, las leyes, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, el presente reglamento y demás normas que regulen la materia. |
| Información complementaria - Artículo 26 | La cartilla biográfica adicionalmente contendrá (...) 1. Datos personales que incluyan alias, pseudónimo o nombre identitario. (...) Parágrafo 1. Los establecimientos de reclusión deben implementar un protocolo de confidencialidad que garantice el respeto del derecho al <i>habeas data</i> en la recolección de la información de la cartilla biográfica. En desarrollo de esta actividad se debe garantizar la confidencialidad de la información sobre la orientación sexual y la expresión e identidad de género de las personas privadas de la libertad, su estado de salud, en especial en los casos de las personas que viven con VIH y relativa a la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Parágrafo 2. Se entiende por nombre identitario aquel con el que se identifican las personas de acuerdo con su identidad de género, independientemente que haya sido modificado en el documento de identidad. Los datos sobre orientación sexual e identidad de género podrán ser aportados voluntariamente, y en este caso será información confidencial y clasificada. |
| Requisa de ingreso - Artículo 28 | (...) Parágrafo único. En la práctica de las requisas se designará un funcionario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del mismo género con el que se identifique la persona privada de la libertad. Para las personas trans, se les preguntará si prefieren ser requisados por un funcionario hombre o mujer. |
| Examen médico de ingreso - Artículo 29 | Parágrafo único. Si durante la realización del examen de ingreso al establecimiento de la persona privada de la libertad LGBTI, se evidencia que ha tenido o tiene tratamientos hormonales y/o transformación corporal, deberá realizarse el proceso establecido en el Modelo de Atención Integral en Salud para Personas Privadas de la Libertad y en el respectivo Manual Técnico Operativo de Atención en Salud. En todo caso, debe priorizarse la atención cuando se evidencien complicaciones de salud derivadas de procesos de transformación corporal o de cualquier otra naturaleza. |
| Criterios de clasificación - Artículo 36 | Parágrafo 2. La orientación sexual, identidad y expresión de género de las personas privadas de la libertad bajo ninguna circunstancia serán criterios para su clasificación por parte del establecimiento de reclusión. Parágrafo 4. En aras de proteger la vida e integridad de personas LGBTI, en los establecimientos de reclusión se concertarán entre personas privadas de la libertad y la administración espacios especiales exclusivos para su protección. No obstante, se prohíbe la creación de estos espacios de protección para segregación o exclusión de las personas por su orientación sexual, identidad y expresión de género. |
| Objetos permitidos en razón al enfoque diferencial - Artículo 49 | El Director del establecimiento permitirá el ingreso y tenencia de objetos de conformidad con los lineamientos que expida el Director General, orientados a garantizar los derechos a la igualdad, la accesibilidad, al libre desarrollo de la personalidad en razón de su sexo, género, orientación sexual, identidad y expresión de género, raza, etnia, religión y situación de discapacidad de las personas privadas de la libertad. |
| Elementos prohibidos - Artículo 50 | Parágrafo único. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, se tendrá en consideración lo previsto en los artículos 48 y 49 de la presente resolución. |

**REGLAMENTO GENERAL DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE ORDEN NACIONAL (ERON)
A CARGO DEL INPEC – RESOLUCIÓN 006349 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2016**

| Artículos | Contenido |
|---------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Parámetros para el ingreso de visitas - Artículo 68</p> | <p>(...) Parágrafo 4. Para la práctica de las requisas se designará a un funcionario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del mismo género señalado por el visitante. En el caso de las personas trans se tendrá en cuenta el género que estas manifiesten, con independencia de lo que establezca su documento de identidad. En caso de duda, se le preguntará si prefiere ser requisado por un funcionario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia hombre o mujer. Quedan prohibidas las requisas al desnudo y las inspecciones intrusivas.</p> |
| <p>Derecho a la visita íntima - Artículo 71</p> | <p>Toda persona tiene derecho a la visita íntima. La visita íntima no podrá ser sujeta a sanciones disciplinarias. Se debe conceder, como mínimo, una visita íntima al mes. Cada establecimiento deberá contar con un espacio destinado para la visita íntima. En caso de que el centro de reclusión no cuente con el espacio pertinente, la visita podrá ser realizada en las celdas o dormitorios. Los visitantes podrán ingresar condones, jabones, toallas y lubricante. Los establecimientos dentro de su régimen interno podrán autorizar otros implementos siempre que no generen riesgos para las otras personas, la seguridad y el orden interno del establecimiento del centro de reclusión. En cada establecimiento se constituirá un registro de la información suministrada por la persona privada de la libertad acerca de la identidad del visitante, a efectos de controlar que la visita se efectúe por la persona autorizada. Ningún establecimiento penitenciario o carcelario podrá negar el derecho a la visita íntima en razón de la orientación sexual o de la identidad de la persona privada de la libertad o del visitante. Antes y después de la visita íntima se deberá practicar una requisa. La persona privada de la libertad y el visitante serán sujetos a una requisa conforme a los procedimientos adoptados por el Inpec.</p> |
| <p>Requisitos para obtener el permiso de visita íntima - Artículo 72</p> | <p>Solicitud escrita de la persona privada de la libertad donde indique el nombre, número de cédula de ciudadanía y domicilio del (la) visitante propuesto(a). Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la persona visitante. Cuando la visita íntima demande traslado de una persona sindicada, imputada o procesada privada de la libertad a otro establecimiento de reclusión donde esté su pareja, aquel requerirá permiso de la autoridad judicial. Para el caso de los condenados, será indispensable autorización del respectivo Director regional. El término de respuesta de la solicitud de la visita íntima no podrá superar los 15 días hábiles. Cuando la visita íntima requiera traslado de interno entre pabellones de una persona privada de la libertad, el Director del establecimiento concederá la autorización sujeta siempre al régimen de visitas establecidos (sic) en el reglamento interno del establecimiento. Siempre deberá adoptar, mantener y controlar las medidas de seguridad necesarias. Si se trata de un capturado con fines de extradición, y/o nivel uno de seguridad, estos no podrán ser trasladados a otro establecimiento o pabellón. La información suministrada para la visita íntima será confidencial y su tratamiento garantizará el derecho de la persona al <i>habeas data</i>.</p> |
| <p>Higiene personal - Artículo 87</p> | <p>(...) No está permitido el uso de barba y cabello largo, excepto en los casos en que estos sean necesarios para garantizar el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas LGBTI, el derecho a la libertad religiosa y de cultos y los derechos a la diversidad cultural y étnica. El corte de cabello rapado no podrá aplicarse como sanción disciplinaria.</p> |
| <p>Vestuario - Artículo 90</p> | <p>Los sindicados vestirán sus propias prendas en estado de limpieza. El ingreso de ropa al establecimiento será conforme a lo dispuesto en reglamento interno.</p> |

**REGLAMENTO GENERAL DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE ORDEN NACIONAL (ERON)
A CARGO DEL INPEC – RESOLUCIÓN 006349 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2016**

| Artículos | Contenido |
|------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Trámite de quejas, reclamos y denuncias Art. 142 | <p>El servidor público del Inpec que reciba una queja, reclamo o denuncia y aquellas por discriminación en razón a la orientación sexual, identidad de género, violencia sexual, violación al derecho a la visita íntima a personas privadas de la libertad LGBTI, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o cualquiera otra violación de derechos humanos, inmediatamente pondrá el hecho en conocimiento del Área de Atención al ciudadano y/o del Director del establecimiento, quien de manera pronta adoptará las medidas de urgencia necesarias tendientes a evitar que continúe la amenaza o vulneración y tendrá hasta 24 horas contadas a partir del momento en que tuvo conocimiento del hecho para remitir la queja o denuncia a la Procuraduría General de la Nación o a la Fiscalía General de la Nación, según corresponda, sin perjuicio de la investigación interna que realice el Inpec.</p> |
| Comités de participación de las PPL - Artículo 143 | <p>En cada establecimiento de reclusión deberán conformarse comités de personas privadas de la libertad con el fin de promover la participación en algunas actividades de desarrollo y servicios del establecimiento de reclusión, y su objeto será velar por el desarrollo normal de la actividad asignada a ellos.</p> <p>Las personas privadas de la libertad, a través de los comités elevarán propuestas o sugerencias a los servidores públicos encargados de las funciones respectivas. La pertenencia a estos comités no constituye fuero o privilegio alguno.</p> <p>Los comités funcionarán en los siguientes temas:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Derechos humanos.2. Deportes, recreación y cultura.3. Salud.4. Asistencia espiritual.5. Trabajo, estudio y enseñanza.6. Enfoque diferencial. |
| Legalidad de las sanciones y estímulos - Artículo 149 | <p>(...) Ninguna sanción contenida en la ley, en el reglamento disciplinario para las personas privadas de la libertad o en el presente reglamento puede ser interpretada de manera discriminatoria. En el caso de las personas privadas de la libertad LGBTI no se pueden considerar como conducta sancionable las manifestaciones de afecto, ni su apariencia física o cualquier manifestación corporal de su orientación sexual o expresión e identidad de género.</p> <p>No podrá disponerse el traslado de celda, patio o establecimiento de reclusión por la orientación sexual de las personas LGBTI, sus parejas, excepto por las establecidas en el artículo 75 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 53 de la Ley 1709 de 2014. Ninguna persona será sancionada por el hecho de tener una pareja en la misma celda. (...).</p> |



INPEC
Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

Dirección General: Calle 26 No. 27-48
PBX (57+1) 2347474 - Bogotá, Colombia
www.inpec.gov.co