

Derechos de las minorías sexuales: retos contemporáneos de la resocialización*

Rights of the sexual minorities: contemporary challenges of the resocialization

Recibido: 23 de mayo de 2015 / Aceptado: 3 de agosto de 2015

<http://dx.doi.org/10.17081/just.20.28.1044>

Palabras clave:

Estado Social y Democrático de Derecho, Función resocializadora de la pena y Orientación e identidad sexual.

Resumen

El presente artículo de revisión se orienta a estudiar la identidad sexual como componente de la resocialización como cometido principal de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho. Lo anterior a partir de un abordaje cualitativo de las principales categorías que confluyen en el proceso de resocialización de las personas pertenecientes a las minorías sexuales, empleando como método la descripción. Se encontró que el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho condiciona la finalidad de la pena, la cual se reduce a la resocialización o reeducación del delincuente teniendo en cuenta el proyecto de vida del penado y su particular visión del mundo, siempre que no se contraríen los valores sociales. El respeto de la orientación e identidad sexual constituye un componente del proceso de resocialización que demanda de las autoridades el diseño de planes o estrategias que incentiven el respeto de estas garantías constitucionales.

Key words:

Social and democratic state of law, Resocialization function of punishment, and sexual orientation and gender identity.

Abstract

The present article of review is orientated to study the sexual identity as components of the resocialization as principal assignment of a sorrow in the Social and Democratic State of Law. This from a qualitative approach of the major categories that converge in the process of rehabilitation of persons belonging to sexual minorities, used as a method description. Finding the model of social and democratic state of law determines the purpose of punishment, which boils down to the resocialization and rehabilitation of offenders given the project of life of the convict and his unique vision of the world, provided they do not violate principles social values. Respect for sexual orientation and gender identity is a component of the process of rehabilitation which demand of the authorities design plans or strategies that encourage respect for constitutional guarantees.

Referencia de este artículo (APA): Mosquera Rentería, J. (2015). Derechos de las minorías sexuales: retos contemporáneos de la resocialización. En *Justicia*, 28, 121-138. <http://dx.doi.org/10.17081/just.20.28.1044>

* Artículo de revisión derivado del proyecto de investigación Enfoque de género en los centros de reclusión: el caso de la población LGBTI. Línea Derecho Penal Sustancial con enfoque Constitucional. Grupo Derecho Constitucional de la Universidad Libre Seccional Pereira.

** Abogada de la Universidad Libre Seccional Pereira. Estudiante en la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Libre Seccional Pereira. Investigadora auxiliar Línea de Investigación en Derecho Penal Sustancial con enfoque Constitucional adscrita al Grupo de Derecho Constitucional de la Universidad Libre Seccional Pereira. jmosquera.derecho@unilibrepereira.edu.co

INTRODUCCIÓN

La discriminación como práctica social negativa es una de las más grandes afrentas a los principios incorporados por el Estado Social de Derecho que se instituyó con la Constitución Política de 1991, en la que el libre desarrollo de la personalidad como derecho exige del Estado, las autoridades que lo representa y la sociedad, el respeto de las opciones de vida elegidas por las personas, siempre que estas no afecten derechos de terceros.

La orientación sexual ha sido y sigue siendo uno de los motivos de discriminación social más comunes y afecta notablemente la calidad de vida de las personas objeto de la misma. Esta situación se agrava cuando se trata de individuos privados de la libertad, pues además de afectar los derechos inherentes a su condición humana, ponen en riesgo el proceso de resocialización en el que se encuentran incursos.

Esta situación ha dado origen a una “línea” jurisprudencial en la que la Corte Constitucional ha abogado por el respeto y promoción de las garantías constitucionales de este sector de la población reclusa.

Es por ello que en aras de garantizar los derechos y el proceso de resocialización de los miembros de la comunidad LGTBI que se encuentran en establecimientos penitenciarios y carcelarios, es necesario indagar sobre la situación de estas personas en las cárceles, contrastándola con los fines de la pena en derecho penal colombiano para establecer la pertinencia de un tratamiento penitenciario diferenciado que atienda a las necesidades de esta población y que materialice

los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se da cuenta de la necesidad de respetar y fomentar políticas de inclusión frente a reclusos y autoridades con orientación sexual diversa.

Planteamiento del problema

El delito es un grave problema social que afecta bienes jurídicos socialmente valiosos y que distorsiona el orden y paz social. El Estado consciente de tal situación y garante –*según las tesis liberales-sociales*– de las garantías de los individuos hace uso de su poder para prevenir la comisión del delito y así asegurar la vigencia de los valores sociales –*iuspuniendi*–. La máxima expresión de este poder estatal es la pena, símbolo de la facultad que le asiste al Estado de determinar y sancionar los comportamientos que afectan bienes sociales.

La concepción y finalidad de este emblema del derecho penal ha entrañado variados y contrapuesto pronunciamientos en la doctrina, sin embargo, algunos teóricos coinciden en advertir que la pena en el derecho penal y de cara a las corrientes protectoras de los derechos humanos, debe propender por la reintegración o resocialización del individuo que ha sido “marginado” por su comportamiento asocial. Este proceso tiene enemigos como el hacinamiento, la limitación de las condiciones de salud de los reclusos, entre otros.

La discriminación es una de las afrentas más graves contra la dignidad de las personas, es un proceso irracional que afecta la forma en la cual se participa de los entornos sociales y distorsio-

na la percepción que el individuo tiene de sí mismo. La raza, la etnia, la orientación sexual, entre otros factores han propiciado esta encomiosa situación; que se acrecienta en entornos como el carcelario, en donde el individuo ve menguadas sus garantías y derechos en aras de alcanzar un fin superior –*la resocialización*–.

La discriminación es un enemigo de este proceso, base fundamental de los regímenes penitenciarios. En Colombia informes de diferentes instituciones –ONG como Colombia Diversa, Human RightsWatch, Defensoría del Pueblo– han puesto de manifiesto que en las cárceles colombianas se presenta esta distinción negativa frente a los miembros de las minorías sexuales –LGBTI–.

La Organización “Colombia Diversa”^{*} ha presentado en diferentes oportunidades informes en este sentido, ha expresado reiterativamente que las personas LGBTI reclusas en las cárceles constituyen una población en estado de vulnerabilidad, y para proteger y preservar sus derechos son necesarias medidas especiales de protección, prevención y adecuación del sistema penitenciario.

En este sentido, una de las principales y reiteradas solicitudes al INPEC y al Ministerio del Interior y de Justicia ha sido la implementación de tal enfoque. No obstante, el trabajo realizado en algunas cárceles del país, así como el conocimiento de varias denuncias de vulneración de derechos,

permiten concluir que no solamente no ha sido acogido, sino que la actitud de negación de los derechos de la población LGBTI reclusa y su consiguiente omisión han persistido” (Colombia Diversa. 2009, p.72).

En igual sentido, en el Informe presentado por la Coalición Colombiana contra la Tortura, se establecieron las principales situaciones problemáticas que afecta la población LGBTI reclusa:

Entre los años 2005 y 2007, la situación carcelaria de la población LGBTI se caracterizó por: (i) condiciones de hacinamiento y violencia física y psicológica; (ii) un estado de vulnerabilidad por los imaginarios de la prisión están marcados por el prejuicio y las lógicas de dominación machistas y homofóbicas; (iii) la ausencia de medidas por parte de las autoridades penitenciarias para garantizar plenamente sus derechos; (iv) casos de conductas violatorias de los derechos humanos relacionadas con abusos sexuales, tratos crueles, inhumanos o degradantes, represión de la identidad sexual y restricciones arbitrarias a la visita íntima de parejas del mismo sexo; (v) normas y prácticas penitenciarias abiertamente contrarias a los derechos de las personas LGBT privadas de la libertad, especialmente en relación con el debido respeto que merece la identidad travesti en los establecimientos carcelarios; (vi) la negación, por parte de las autoridades penitenciarias de la existencia de problemas o fallas en la garantía de los derechos fundamentales de las personas LGBTI en las cárceles a pesar de que la Procuraduría General, algunas defensorías regionales, los gobiernos locales de Bogotá y Medellín, y ciertos

^{*} Colombia Diversa es una institución cuyo propósito es investigar y documentar la situación de derechos humanos de la población LGBTI en Colombia y en adelantar acciones para visibilizar esta población.

establecimientos penitenciarios, consideran que son necesarias medidas especiales de protección, prevención y adecuación del sistema penitenciario, para proteger y preservar sus derechos las personas LGBTI reclusas en las cárceles (Coalición Colombiana Contra la tortura, 2009, p.13).

La discriminación de las minorías sexuales en entornos penitenciarios se erige en un obstáculo para el desarrollo de las garantías constitucionales que les asisten, así como para el progreso del proceso de resocialización, esencia y aspiración de la pena privativa de la libertad; en este sentido las decisiones de los jueces constitucionales se han constituido en espacios de respeto, reconocimiento y protección.

A nivel local –cárceles La 40 y la Badea– una de las prerrogativas que más resultan afectadas con los procesos de discriminación negativa de las minorías sexuales son las visitas íntimas o conyugales, las cuales han suscitado pronunciamientos de Tribunales nacionales e internacionales. El caso de una reclusa de la cárcel La Badea de Dosquebradas –actualmente se encuentra en la cárcel del Distrito Judicial de Ibagué– que solicita que durante su permiso de 72 horas se le conceda autorización para ejercer su derecho a la visita íntima de su compañera reclusa en la cárcel Villa Josefina de Manizales*; es conocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien decide aceptar preliminarmente la petición:

*. Los mismos hechos son conocidos por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N° 66001221000002001-00121-01, Acción de tutela de Alba Nelly Montoya Castrillón contra la Dirección de Reclusión de Mujeres “La Badea” de Dosquebradas y el Instituto Nacional Penitenciario, 11 de octubre de 2001.

1. El 18 de mayo de 1996, Marta Lucía Álvarez Giraldo (en adelante “la víctima” o “la peticionaria”) presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) una petición en contra de la República de Colombia (en adelante “el Estado” o “el Estado colombiano”) por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5(1) y (2), 11(1) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención” o la “Convención Americana”).

2. La peticionaria alega que su integridad personal, honra e igualdad, se encuentran afectados por la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar el ejercicio de su derecho a la visita íntima debido a su orientación sexual. El Estado alega que permitir visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de disciplina interna de los establecimientos carcelarios dado que, en su opinión, la cultura latinoamericana es poco tolerante de las prácticas homosexuales en general.

3. Tras analizar las posiciones de las partes, los recursos internos de que dispuso la peticionaria y el resto de los requisitos de admisibilidad previstos en los artículos 46 y 47 de la Convención, se procede a declarar admisible el presente caso (CIDH. Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo vs Colombia, 1999).

Estos mismos hechos fueron analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-499 de (2003), en la que la Corporación confirma las decisiones de instancia en la que se protegía el derecho a la visita íntima de la actora, no sin antes dejar anotada la necesidad de adecuar los reglamentos internos, para evitar que exigencias

inalcanzables mengüen las oportunidades de los reclusos –heterosexuales u homosexuales– de acceder a sus garantías y en consecuencia de avanzar en el proceso de resocialización.

En consecuencias las autoridades penitenciarias han implementado algunas tácticas como el registro de los miembros de minorías sexuales en aras de mejorar la convivencia en los penales y de orientar los procesos de resocialización de este grupo (Colprensa, 2011). Sin embargo no se conocen con claridad las líneas estratégicas –programas, acciones, instrumentos– que posee el INPEC en los establecimientos penitenciarios para cumplir los fines asignados al censo; así mismo persisten las denuncias de instituciones gubernamentales y no gubernamentales en cuanto a la violación de los derechos de este segmento de la sociedad.

Por lo anterior resulta pertinente estudiar la viabilidad de establecer un tratamiento penitenciario diferenciado o por lo menos la incorporación de ciertos componentes –programas y acciones– que morigeren los malignos efectos de la discriminación que va en aumento al interior de las cárceles colombianas.

METODOLOGÍA

Enfoque. El enfoque de la investigación es el cualitativo, puesto que la misma se orienta a abordar el objeto de estudio a partir de las cualidades que lo definen y caracterizan, desde los hechos, procesos y estructuras (Palencia, 2009); todo a partir de una revisión de literatura constante y un proceso hermenéutico de las instituciones y seres vivos relacionados con el tema de estudio.

Tipo de estudio. El tipo de estudio desarrollado es descriptivo en razón a que la investigación “tiene el propósito de describir sistemáticamente los hechos y características” (Palencia, 2009, p.81), que confluyen en el proceso de resocialización de las minorías sexuales.

Categorías de análisis. Las categorías de análisis que componen el problema jurídico planteado son:

- Minorías sexuales.
- Reclusión en condiciones igualitarias.
- Resocialización.

Técnicas de recolección de información. Lectura material bibliográfica y análisis de información.

Construcción teórica

La pena en el Estado Social y Democrático de Derecho

La pena es la principal consecuencia jurídica del delito e implica la generación de un sufrimiento que disuada a los individuos de actualizar la conducta contenida en la norma penal.

El concepto de pena en la dogmática, así como las finalidades perseguidas son un asunto que aún ofrece discusión en la dogmática jurídico penal, ello en razón a que la definición de la misma depende de manera directa de la finalidad o criterio de legitimación del derecho (Parma, 2014).

Algunos pensadores de la ciencia penal consideran que la misma persigue un propósito retributivo, esto es, pretende restablecer el orden

jurídico resquebrajado por la infracción de la norma penal a través del castigo. Hegel, precursor de esta corriente de pensamiento frente a la pena, concibe el delito como una *negación del derecho* y a la pena una *negación de la negación*, lo que en sentido práctico apunta a que si el delincuente niega el derecho el Estado está autorizado para negarle sus derechos (Cárdenas, 2014).

Otro sector importante de la doctrina penal ha asignado a la pena cometidos preventivos, esto es, motivar *–amenazar–* a las personas para que se abstengan de cometer delitos (Parma, 2014).

Estas teorías absolutas (retribucionistas) y relativas (preventivas) han venido siendo superadas y reemplazadas por conceptos resocializadores de la sanción penal. Los seguidores de las teorías mixtas o de la unión asumen que la pena persigue más de una finalidad en concreto. Claux Roxin, en un intento por humanizar la sanción penal, la vincula con tres conceptos, a saber, prevención general, prevención especial y retribución justa: “El derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazándolo, imponiendo y ejecutando penas” (Botero, 2015).

La noción de la misma también ha sido abordada por la doctrina en épocas diversas, identificándola con un mal que se produce a un individuo en aras de salvaguardar el orden social. En este sentido Fernández Carrasquilla (1998) asegura que la pena:

Acarrea sin duda sufrimiento porque, por su medio, el Estado impone al individuo la privación total o parcial, transitoria o definitiva de ciertos bienes jurídicos que le son muy caros (vida, li-

bertad, patrimonio, honor, cargos públicos, capacidad política formal, etc.) Empero, no todo sufrimiento o privación inferida por el Estado es una pena, pues esta supone la previa comisión (y debida comprobación procesal) de un hecho punible, del que precisamente aparece como consecuencia desde el punto de vista psicosocial. Es sin duda necesario que infligir dolor no sea el fin de la pena –solo pudo serlo para el expiacionismo– y que todos sus efectos dolorosos se reduzcan al mínimo posible, por estos últimos han de suponerse forzosamente inevitables (p.446).

Similar noción de la pena trae Arboleda Ripoll (2005), quien a partir de una interpretación del pensamiento del autor Günter Jakobs indica que:

La conclusión en relación con la cuestión de por qué la contradicción del delito debe producirse infligiendo dolor, Jakobs la fija en que el dolor sirve para la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma, pues no basta con tener el derecho para su ejercicio, si a ello no concurre el estado de conciencia de que no se producirá menoscabo en los intereses del titular. Este el fin de la pena y la contradicción de la negación de la vigencia de la norma, su significado (p.40).

Estas ideas vienen siendo superadas por tendencias que más que definir la pena como un elemento más de la teoría del delito, la relacionan y supeditan al cumplimiento de los cometidos de los diferentes modelos de Estado (Mir Puig, 1982, p.15).

En este sentido Mir Puig (1982) considera que el marco normativo del derecho penal español se encontraba en el Estado Social y De-

mocrático de Derecho instituido en la Constitución Política del país vasco, situación esta que implica que la pena busca prevenir la comisión del delito, entendido este como un fenómeno de carácter social. Asimismo precisa las implicaciones que tiene la fórmula tripartita del Estado –social, democrático y derecho– en la imposición y ejecución de la pena:

El planteamiento democrático no solo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a toda minoría y todo ciudadano, en la medida en que ello sea compatible con la paz social. Desde esta perspectiva el Derecho penal no solo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Lo primero impide la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro momento histórico: torturas, muerte... (Art. 15 de la Constitución española). Lo segundo obliga a ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y reinserción social (Art. 25 de la Constitución española). Ello debe reflejarse, en primer lugar, en el momento judicial de determinación de la pena: ha de impedir así la imposición de esta o de su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización. En segundo lugar, es precisa una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino solo ampliar las posibilidades de elección del condenado (Subrayas y negrilla fuera de texto) (pp.33 y 34).

De la anterior se desprende que la concepción social-democrática de la pena supone que la misma es un instrumento para proteger a la sociedad (*elemento preventivo*), que apunta a la ampliación de las posibilidades del infractor de la ley penal (*resocialización*), sin que ello signifique la imposición de una serie de valores.

Por esta misma línea de pensamiento se ubica la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En la Sentencia C-261 de 1996 –reiterada en la Sentencia C-757 de 2014–:

Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores (p. 18).

La resocialización

La pena privativa de la libertad, la de mayor usanza en la actualidad y como expresión del *ius puniendi* del Estado representó –*continúa representando*– una de las formas más fuertes de sanción. En un principio constituyó un instrumento de castigo (*uno de los más fuertes por ser corporal*) y no propiamente una estrategia de reintegración, pese a ello con el advenimiento de las corrientes humanistas que surgieron como reacción a los excesos del derecho penal de la Segunda Guerra Mundial pretendieron dotarla de un cometido acorde con tales pensamientos, esto es, convertirla en un “instrumento al servicio de la resocialización antes que al castigo de los delincuentes” (Muñoz Conde, 1985, p.90).

La resocialización como proceso propio del sistema penitenciario supone la enseñanza de las normas sociales al delincuente, para que concluido el periodo de internamiento pueda reincorporarse en condiciones sanas a la sociedad (Sáenz, 2007).

Por su parte según Muñoz Conde (1985) este proceso supone la:

“interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad que no puede ser determinado unilateralmente, ni por el individuo ni por la sociedad. El individuo no puede, en efecto, determinar unilateralmente un proceso de interacción social, porque por la propia naturaleza de sus condicionamientos sociales está obligado al intercambio y a la comunicación con sus semejantes, es decir, a la convivencia” (pp.96 y 97).

Ese proceso de interacción que implica la socialización e interiorización de los valores sociales debe estar enmarcado en el componente democrático del modelo de estado anotado, ello en virtud a que no puede existir un único sistema de valores o percepciones del mundo, en este sentido Muñoz Conde (1985) asegura que:

En toda sociedad, por hermética y monolítica que sea, hasta en la sociedad más conservadora y autoritaria, coexisten diversos conjuntos normativos, distintos sistemas de valores y distintas concepciones del mundo. Y esta diversidad, aún más evidente en una sociedad pluralista y democrática, produce inevitablemente conflictos cuando se contraponen los distintos sistemas. La tarea democrática consiste precisamente en conseguir un sistema de convivencia en el que puedan coexistir pacíficamente sistemas de valores y distintas con-

cepciones del mundo, un sistema de convivencia en el que se dé una cierta identidad entre quienes crean normas y sus destinatarios [...] Una resocialización sin esa coincidencia básica es puro sometimiento, dominio de unos sobre otros y una lesión grave a la libre autonomía individual (p.98).

En este contexto la opción de vida de los individuos si bien es una materia que puede ser orientada en los establecimientos penitenciarios de cara a la resocialización y así materializar los cometidos preventivos que se le asignan a la pena, no es menos cierto que aquella debe gravitar en torno a la voluntad y condicionamientos del individuo. El tránsito por el penal comporta la necesidad de que se eduque al individuo para que abandone los comportamientos que, contrarios a los valores sociales supremos, originaron la reacción del Estado a través de su aparato “castigador”; que se generen o suministren los elementos para que el individuo reajuste o construya un proyecto de vida conforme a las normas sociales; sin que ello implique que las autoridades penitenciarias instruyan al sujeto de la sanción penal sobre aspectos que son una expresión de su personalidad como el credo o la orientación sexual.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Derechos de los reclusos y la finalidad resocializadora de la pena

La reclusión implica la limitación de ciertos derechos y garantías a efectos de prevenir la comisión futura de delitos y de esta manera asegurar la vigencia de los cometidos social y

democráticamente fijados. Este Régimen (penitenciario) no escapa a la lógica del control propia de los Estados de Derecho. El Estado, representado en las autoridades penitenciarias encargadas de ejecutar las sanciones impuestas por los jueces, tiene una relación de especial sujeción con los reclusos en virtud a la cual se ven compelidas a garantizar *la vida en condiciones dignas* de cada uno de los miembros del personal recluso, máxime cuando como se anotó de manera precedente aquello constituye el desarrollo de la finalidad de la pena en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha venido reconociendo que en el entorno penitenciario confluyen tres categorías de derechos de los reclusos: i) los limitados, ii) los suspendidos y iii) los que permanecen incólumes. En la Sentencia T-193 de 1998 reiterada en varias oportunidades –como en la Sentencias T-266 de 2013 y T-588A de 2014– se hace mención a la referida clasificación:

En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que, si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que estos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos. Así, por ejemplo, evidentemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos.

Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad. Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular (p.68).

Frente a esta categorización de derechos de los reclusos se encuentra que algunos están estrechamente vinculados con la concreción del ideal resocializador de la pena privativa de la libertad. La diversidad sexual y el ejercicio de la sexualidad vinculadas con la garantía constitucional de la dignidad humana han sido incorporados como un componente nuclear en el anotado proceso; en relación a este tópico la jurisprudencia constitucional colombiana ha expresado que:

Como se indicó en precedencia, los derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad no son objeto de suspensión o restricción por el hecho de la privación de libertad. En ese orden de ideas y habida consideración de la especial relación de sujeción en que se encuentran las personas internas frente al Estado, este tiene la obligación de garantizarles a las minorías diversidad, identidad u opción sexual que (i) puedan ejercer a cabalidad los citados derechos fundamentales, en cuanto a las manifestaciones propias de su identidad sexual; y (ii) no sean objeto de sanciones o vejaciones en razón

de ello (Corte Constitucional T-062-2011, p.21). La Sala estimó, como se ha expresado en este fallo, que el ejercicio de la sexualidad es uno de los derechos que escapan de las suspensiones y restricciones propias de la privación de la libertad. Además, esa faceta es necesaria para lograr la resocialización de los internos, de modo tal que su privación, mucho más cuando está basada en un motivo constitucionalmente prohibido, es incompatible con el logro de tales fines (Corte Constitucional T-062-2011, p.22). Lo anterior cobra especial relevancia si se

tiene presente que la orientación e identidad sexual han generado procesos de discriminación negativa que obstruyen el ejercicio de los derechos de las personas que la padecen y que en el entorno penitenciario se obstruye el proceso de resocialización; ello en virtud a que los imaginarios colectivos asocian la heterosexualidad como una práctica correcta o ajustada a las normas. La ONG Colombia Diversa en informe reciente ha puesto de presente que:

En términos generales, la sexualidad y la orientación sexual en las cárceles sigue siendo estigma-

Principales pronunciamientos sobre el respeto de la diversidad sexual en las cárceles

Sentencia - Tema	Síntesis pronunciamiento frente a la reclusión igualitaria de la población LGBTI
T- 273 de 1993 En la providencia se estudia la constitucionalidad la exigencia de contar con algún método anticonceptivo para autorizar la visita íntima en centros de reclusión femeninos.	En virtud al artículo 13 superior, las autoridades no podrán limitar el ejercicio de derechos de los reclusos –que no se encuentran suspendidos o limitados– por cuestiones relativas al sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (p.5).
T-499 de 2003 Visita íntima de parejas homosexuales, cuando ambos integrantes se encuentran reclusos en prisión.	“El ejercicio de la sexualidad de los reclusos, en condiciones de libertad, intimidad e igualdad, comporta, es un derecho concomitante con la dignidad humana de los detenidos, para el que nada cuenta el grado de resocialización de los mismos” [...]. Las personas privadas de la libertad pueden reclamar oportunidades para afianzar en la intimidad sus relaciones de pareja, y que las autoridades carcelarias no pueden entorpecer sus propósitos, en razón de que la dignidad humana de los reclusos está especialmente protegida, en los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 15 y 16 constitucionales. [...] (p.19).
T-1096 de 2004 La Corte estudia el caso de vulneraciones sistemáticas de derechos fundamentales de que ha sido víctima un recluso –homosexual– que ha recibido malos tratos y agresiones sexuales por sus compañeros, agravado por la desidia de las autoridades penitenciarias.	Pero a las condiciones de hacinamiento, en sí mismas propicias para desatar actos de violencia, se suman los prejuicios acerca de la orientación sexual que reinan en las cárceles, que pueden convertirse en factores autónomos de violencia y discriminación hacia personas de orientación homosexual, aumentando los riesgos que enfrenta esta población. Tal situación de discriminación, constatada por esta Corporación en casos anteriores, desafortunadamente es avalada en el presente caso tanto por las autoridades penitenciarias, como por el juez de instancia. En ambos casos se presupone que el accionante es parcialmente responsable de las vejaciones a las que ha sido sometido, ‘por su condición de homosexual’, conclusión jurídicamente inadmisibles (pp.22-23). En esta oportunidad la Corte ordena que las autoridades tomen las medidas conducentes a impedir la vulneración de los derechos humanos del recluso: reubicación y medidas sanitarias (prueba VIH). Rescata la Corte que el actuar omisivo del INPEC frente a tales vejámenes constituye en sí mismo una afrenta contra los derechos a la dignidad humana, vida, integridad física y libertad sexual del accionante; que por el contrario el Instituto debe adoptar las medidas necesarias para evitar tales escenarios.

<p>T- 848 de 2005 Se estudia si las requisas que implican tacto genital y del interior del cuerpo desconocen derechos fundamentales.</p>	<p>La Corte además de asegurar que las requisas que impliquen tacto genital o con el interior del cuerpo son contrarias a los derechos fundamentales a la dignidad humana; establece los siguientes criterios:</p> <p>-Los reclusos tienen una relación de sujeción con el Estado, de la cual se derivan las siguientes consecuencias: "(i) La posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, <i>habeas data</i>, entre otros). (iii) El deber positivo¹ en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo² en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias³ que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización⁴ de los reclusos"⁵ (pp.29-30).</p> <p>-La dignidad humana en los reclusos implica no solo la órbita material que asegura las condiciones mínimas de existencia, sino que también comporta un aspecto inmaterial consistente en vivir sin humillaciones y garantizar los procesos que aseguren el retorno del individuo a la sociedad.</p> <p>-Los derechos de los reclusos se clasifican en limitados, suspendidos e inalienables.</p> <p>-Sobre el particular la Corte Constitucional recaba que la existencia de prejuicios sobre la orientación sexual puede erigirse en una forma de violencia autónoma y de discriminación, al respecto indicó:</p> <p>La Corte ha señalado que "(...) los prejuicios acerca de la orientación sexual que reinan en las cárceles, (...) pueden convertirse en factores autónomos de violencia y discriminación hacia personas de orientación homosexual, aumentando los riesgos que enfrenta esta población. Tal situación de discriminación, constatada por esta Corporación en casos anteriores,⁶ desafortunadamente es avalada [en ocasiones] tanto por las autoridades penitenciarias,⁷ como por el juez de instancia"⁸ (Sentencia T-1096 de 2004). [...] El ejercicio de una libertad fundamental, como lo es la libertad sexual, la cual, entre otros ámbitos, protege la orientación sexual de toda persona, no puede ser considerado una prueba o un indicio de una conducta ilegal. Los directores de los centros carcelarios del país tienen el deber de respetar y proteger el goce efectivo de la libertad sexual de los miembros de la comunidad carcelaria, no desconocerlos (p.58).</p>
--	---

1. Sobre el contenido de este deber positivo ver la Sentencia T-153 de 1998.
2. Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, véase las Sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998.
3. Responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, así en la Sentencia T-522 de 1992.
4. La posibilidad de reinserción social depende en buena medida de la eficacia del derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios adecuados; este derecho encuentra el fundamento de su validez en el derecho a la dignidad y en el principio del Estado social de derecho, así en Sentencia T-153 de 1998.
5. Corte Constitucional, Sentencia T-687 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).
6. En la Sentencia T-153 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), el Director de la cárcel nacional Modelo, teniente de la Guardia Penitenciaria, Pedro José Martínez, informó a esta Corporación que el hacinamiento puede incrementar la violencia, sustentando así su posición: "el problema genera espíritu de violencia, el interno se adueña de la celda múltiple y la arrienda, hay extorsión y eso genera violencia, como también la genera convivir con un drogadicto, noctámbulo u homosexual. El interno anormal y desadaptado afecta la convivencia y surgen conflictos que derivan en actos violentos. Se llegó el momento de cárceles unicelulares para una persona por celda, porque la convivencia se afectó (...)".
7. Para el subdirector de la cárcel Modelo "(...), teniendo en cuenta que el interno en su condición de homosexual y en su primer ingreso a este establecimiento fue objeto de violaciones y atropellos sexuales por parte de un grupo de internos y por este motivo para salvaguardar su integridad personal fue trasladado de este establecimiento. (...) El Director Regional Central del INPEC, por su parte, considera que la protección de la libertad sexual del recluso es asunto del centro penitenciario. Por lo que "[l]o relativo a la situación que vive el interno del establecimiento por su condición de homosexual es del resorte del Director del mismo, quien debe procurar que los hechos que él mismo dice que le han sucedido no se repitan, lógicamente con la ayuda del mismo afectado".
8. Dice en su fallo el juez de instancia: "Aunque el interno manifiesta se encuentra en grave peligro su integridad y en peligro de ser atacada su sexualidad por su condición de homosexual, lo cierto es que solo se halan [sic] sus afirmaciones en este sentido, frente al cúmulo de pruebas, demostrativas de la personalidad conflictivas y violatoria de los órdenes de convivencia (...) || (...) en esta acción, concurre denunciando amenazas a su integridad y su vida, sin prueba alguna que las soporten, por lo que carece de fundamento su pedimento, ya que como puede comprobarse con la simple lectura de su expediente, lo que se trata es de hacer prevalecer su deseo sobre la Ley".

<p>T-439 de 2006</p> <p>Discriminación de reclusas homosexuales en el acceso a derechos: retraso en procedimientos de libertad condicional, permisos de 72 horas, libertad definitiva; malos tratos por parte del personal de custodia. Expresiones de afecto de homosexuales reclusos.</p>	<p>Frente a las expresiones de afecto de los reclusos sostiene la Corte que: En lo que atañe a la sanción de las manifestaciones de afecto entre las internas homosexuales, la Sala se permite recordar (i) que la elección de una determinada opción sexual hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas⁹, (ii) que es contrario a la Carta sancionar el homosexualismo como una falta disciplinaria¹⁰, y (iii) que por razones disciplinarias pueden imponerse ciertos límites a las manifestaciones homosexuales en el marco de regímenes como el militar, el escolar y el penitenciario¹¹ (p.80)</p>
<p>T-274 de 2008</p> <p>Proporcionalidad en las sanciones por acciones irregulares de los visitantes íntimos.</p>	<p>Aclara la Corte que las sanciones impuestas a los reclusos deben estar soportadas en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Adicionalmente precisa que la orientación sexual no puede ser un elemento que limite el ejercicio de las visitas íntimas y el contenido y alcance de este derecho:</p> <p>En consecuencia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es evidente que aunque los derechos fundamentales de los presos como la libertad personal y la libertad de locomoción se encuentran suspendidos, otros derechos fundamentales como la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión, se encuentran restringidos como consecuencia de las condiciones propias de la reclusión. Sin embargo, en el mismo sentido, la jurisprudencia ha indicado que los derechos fundamentales de los reclusos a la dignidad humana, la vida, la salud, la integridad personal, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al debido proceso y de petición, no pueden ser limitados de ninguna manera por las autoridades penitenciarias y carcelarias (p.14)</p> <p>La visita íntima debe reunir las condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, en la medida en que lo permitan las limitaciones mismas que se derivan de la reclusión y las normas que regulan la materia (p.17).</p> <p>En tal sentido, esta Corporación ha señalado que la orientación sexual de las personas privadas de su libertad, no constituye una justificación razonable y proporcional a la luz de la Constitución y las leyes, para impedir la visita íntima. En consecuencia, a fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los reclusos y de sus visitantes, particularmente de su derecho fundamental a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las autoridades penitenciarias y carcelarias deben garantizar el ejercicio del derecho a la visita íntima de las parejas homosexuales [ver Sentencia T-499 de 2003] (p.19).</p>
<p>T-062 de 2011</p> <p>Caso de transexual que ha sido objeto de vejaciones por su condición y al que se le han exigido comportamientos contrarios a su identidad sexual.</p>	<p>La jurisprudencia constitucional ha precisado el alcance de los derechos fundamentales en los entornos penitenciarios; en este sentido habrán derechos que pueden ser i) suspendidos, como ocurre con la libertad de locomoción; ii) restringidos, como ocurre con la intimidad; o iii) inalterables, como ocurre con la vida, la dignidad humana, etc.</p>

9. 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.

10. 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 señalaba que el homosexualismo es un falta contra el honor militar– siempre y cuando se entendiera que la falta a la que se refería cobijaba el 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° y 6° del artículo 198 del Decreto 960 de 1970 que indicaba que el homosexualismo era una falta disciplinaria de los notarios.

11. 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, T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-301 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

	<p>Las restricciones y limitaciones mencionadas deben responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (ello para determinar su constitucionalidad y el juicio que se adelante cuando se presenta un criterio sospecho –discriminación por orientación o identidad sexual– debe ser estricto), lo que implica que la adopción de medidas que afecten derechos fundamentales diferentes a la libertad de locomoción y libertad personal i) no pueden franquear el núcleo esencial de tales derechos, ii) deben estar justificadas en el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente legítima y iii) la medida debe ser el mecanismo idóneo para alcanzar tal finalidad.</p> <p>Adicionalmente la Corte identifica las fuentes constitucionales de la protección de la identidad y opción sexual, esto es:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Dignidad humana, pues la identidad de género y la inclinación sexual se relacionan íntimamente con la definición ontológica de la persona. 2. Libre desarrollo de la personalidad, ya que comporta la elección una opción de vida válida. 3. La igualdad (artículo 13 superior), del que emana la prohibición de discriminación y en virtud al cual el sexo (léase orientación e identidad) constituyen un criterio sospechoso de discriminación. 4. La opción sexual pertenece al fuero íntimo de los seres humanos (artículo 15 superior). <p>Finalmente se refiere a las reglas jurisprudenciales sobre la protección de los reclusos con orientación e identidad sexual diversa. Los derechos fundamentales a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad no son objeto de restricción o limitación en entornos penitenciarios. En virtud a los internos de centros carcelarios tienen una sujeción especial al Estado, este debe garantizar el ejercicio de los derechos arriba señalados y que aquello no les genere sanciones o vejaciones.</p> <p>En lo relacionado con las manifestaciones de afecto entre parejas con opción sexual diferente, la Corte precisa (T-439/06) que: i) la opción sexual es una expresión del libre desarrollo de la personalidad, ii) que el homosexualismo no puede ser sancionado como falta disciplinaria, y iii) que pueden imponerse ciertas limitaciones a estas demostraciones en regímenes penitenciarios.</p> <p>El ejercicio de la sexualidad es clave para el logro de la resocialización.</p> <p>Se aclara en la providencia (T-1096/04) que la negativa de las autoridades penitenciarias a realizar determinadas gestiones en razón a la condición sexual afecta el núcleo esencial de los derechos de los internos, máxime cuando las demandas de estos se originan en omisiones o negligencias del Estado en la protección de sus garantías constitucionales.</p>
<p>T-559 de 2013 Visita íntimas parejas del mismo sexo</p>	<p>En este expediente la Corte desarrolla el alcance del derecho a la visita íntima de las personas reclusas en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, y en especial de las personas que se autorreconocen como población LGBTI. Inicialmente la Corte Constitucional insiste en que el Estado es garante de los derechos de los asociados, deber que se intensifica en relación con las personas privadas de la libertad, quienes tienen una relación de sujeción especial con este y en virtud a la cual el Estado debe asumir la obligación de hacer efectivas las necesidades básicas de esta parte de la sociedad:</p> <p>La Constitución Política impone la garantía de protección de los derechos fundamentales a todas las personas por parte de las autoridades estatales. Este deber es aún más imperioso cuando se trata de personas que están reclusas en algún establecimiento penitenciario y/o carcelario, por cuanto en dicha circunstancia se encuentran en una relación directa de especial sujeción con el Estado, que se traduce, precisamente, en la obligación de este de satisfacer las necesidades esenciales, que la misma persona, en razón a su reclusión, no se puede proveer¹².</p>

12. Sentencia T-274-08, entre muchas otras.

	<p>6. La medida de privación de la libertad conlleva la sujeción de la persona al Estado, lo cual implica una afectación diversa en el ejercicio de sus derechos fundamentales constitucionales.</p> <p>Así, mientras que algunos derechos son objeto de suspensión o restricción, otros se mantienen incólumes ante dicha medida. A manera de ejemplo, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido que evidentemente la libertad de locomoción resulta suspendida con esta medida y que los derechos como a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad pueden ser objeto de restricción; mientras que derechos como la vida, la salud, la dignidad humana, el debido proceso y petición, son derechos que no se menoscaban con la medida de privación de la libertad y, antes, le generan al Estado la obligación de su satisfacción¹³ (pp.13-14).</p> <p>La Corte precisa el contenido del derecho a la visita íntima vinculándola con los fines que la pena persiguen en el derecho penal y con algunos derechos constitucionales como el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad:</p> <p>Así, con respecto a las funciones de la pena, el Código Penal, Ley 599 de 2000, dispone en el artículo 4 que estas son las de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Asimismo, la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario” establece en el artículo 9° que la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. [...] El derecho a la visita íntima de la persona privada de la libertad, se deriva del contenido de derechos como el de la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. En otros términos, con la garantía de la visita íntima se satisfacen los derechos a la intimidad (artículo 13 C.P.) y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la C.P.), por cuanto la visita íntima permite el desarrollo de la sexualidad del interno lo cual constituye a su vez una faceta de estos derechos¹⁴.</p> <p>8.1 La visita íntima contribuye a la conservación de una vida sexual activa y a fortalecer los vínculos entre la pareja, pues el encuentro sexual trasciende el aspecto físico al psicológico y repercute en el estado de bienestar de la pareja, al ofrecer “un espacio que le brinda a la pareja cercanía, privacidad personal y que no puede ser remplazado por otro”, lo cual a su vez contribuye al proceso de resocialización y reincorporación (p.15).</p> <p>Este derecho puede ser objeto de limitaciones, las cuales según lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional se refieren a que:</p> <p>[...] a) la medida limitativa busque una finalidad constitucional; b) sea adecuada para cumplir el fin; c) sea necesaria para la realización de este –lo cual implica la no existencia de una alternativa que garantice el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido– y d) sea estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado –esto implica un no sacrificio de valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer– (p.15).</p> <p>En este sentido la Corte corrobora que el derecho a la visita íntima de las personas privadas de la libertad puede limitarse por razones de seguridad, disciplina, higiene y moral:</p> <p>El derecho a la visita íntima de las personas reclusas puede ser objeto de restricción en razón a medidas de seguridad, disciplina, higiene y moral; que para su ejercicio, es necesario presentar solicitud en la que se requiera la visita íntima y se identifique a la pareja, y que el Director de cada establecimiento tiene la facultad de verificar el estado civil del visitante (p.19).</p>
--	--

13. Ibidem.

14. Sentencia T-269-03, T-279-93

	<p>En el caso de las personas que pertenecen a una minoría sexual (LGBTI), el derecho a la visita íntima adquiere otras características, pues no solo funge como motor del proceso de resocialización, sino que a su vez comporta el ejercicio de derechos fundamentales como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad:</p> <p>Ahora bien, con la visita íntima de personas que se autorreconocen como población LGBTI no solo se garantizan los derechos fundamentales a la intimidad y al libre de desarrollo de la personalidad, sino que también y de manera especial el derecho a la no discriminación en razón del sexo (p.19).</p> <p>Sobre la discriminación por sexo u orientación sexual subraya que:</p> <p>[...] esta Corporación ha definido que “la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida”¹⁵ (p.20).</p> <p>La discriminación no puede convertirse en un obstáculo para el ejercicio de las libertades y garantías que le asisten al recluso, respecto del particular caso de la visita íntima la Corte afirma que:</p> <p>El tener una determinada orientación sexual no es un elemento de justificación razonable y proporcional para restringir las visitas íntimas en Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios¹⁶. En Sentencia T-439 de 2006 se consideró que la imposición de sanciones a las internas por la demostración pública de su condición, no es compatible con la Constitución y reiteró “(i) que la elección de una determinada opción sexual hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas¹⁷, (ii) que es contrario a la Carta sancionar el homosexualismo como una falta disciplinaria¹⁸, y (iii) que por razones disciplinarias pueden imponerse ciertos límites a las manifestaciones homosexuales en el marco de regímenes como el militar, el escolar y el penitenciario¹⁹” (p.20).</p>
--	--

Fuente: Corte Constitucional (1993) (2003)(2004)(2005)(2006)(2013)(1993).

15. Sentencia T-101 de 1998.

16. Sentencia T-274-08, T-499-03.

17. 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.

18. 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 inexecutable del artículo 184 del Decreto 85 de 1999 –que señalaba que el homosexualismo es un falta contra el honor militar– siempre y cuando se entendiera que la falta a la que se refería cobijaba el 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° y 6° del artículo 198 del Decreto 960 de 1970 que indicaba que el homosexualismo era una falta disciplinaria de los notarios.

19. 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, T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-301 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

tizada, prevalece la idea de la heterosexualidad obligatoria promovida por el INPEC y, por tanto, la orientación sexual homosexual sigue siendo cuestionada, relegada a la clandestinidad o castigada de forma directa o indirecta (p.27).

Frente a esta situación en Colombia se han hecho algunos esfuerzos para incorporar en el tratamiento penitenciario el componente relativo a la diversidad sexual como parte integrante del proceso de resocialización. La Circular del Director Nacional del Instituto Penitenciario y Carcelario 010 de 2011 cuya finalidad es *garantizar el respeto y protección a las internas e internos LGBTI que se encuentran privados de la libertad en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional*. Instrumento similar se encuentra en la Ley 1709 de 2014 en cuyo artículo 3A se incorpora el enfoque de género:

Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional.

Pese a estos importantes avances se presentan y continúan presentándose procesos de discrimi-

nación en contra de los reclusos pertenecientes a “minorías” sexuales. En el Manual de Reclusos con Necesidades Especiales se precisan las formas que este flagelo adquiere en el mundo:

Las personas homosexuales, bisexuales y transexuales comprenden un grupo particularmente vulnerable en el sistema de justicia penal y en los recintos penitenciarios. A la fecha se ha escrito muy poco acerca de sus necesidades especiales, mientras que aumenta la información de discriminación y abusos sufridos por este grupo en el sistema de justicia penal en el mundo (p.105).

CONCLUSIONES

La pena en el Estado Social y Democrático de Derecho, es una manifestación del poder estatal que propende por la protección de los valores y expectativas sociales y el cometido de esta, en este particular modelo de Estado apunta a la prevención del delito a partir de la reincorporación del sujeto, que delinque a la vida social. El desarrollo de la orientación e identidad sexuales constituyen uno de los componentes del proceso de resocialización del individuo en el Estado Social y Democrático de Derecho, el cual busca preservar los ideales sociales y permitir el avance de las diferentes formas de vida y cosmovisiones siempre que aquellas se ajusten a los postulados y principios contenidos en las normas jurídicas.

Esta situación demanda de las autoridades penitenciarias la creación de programas y actividades encaminados a materializar este cometido de la pena y los principios que inspiran el Estado Social y Democrático de Derecho. En este senti-

do se requiere materializar los contenidos de los instrumentos internacionales que dan cuenta de la igualdad y con ello de la reclusión en condiciones igualitarias, así como el enfoque de género incorporado en sistema penitenciario a partir del año 2014.

REFERENCIAS

Jurisprudencia

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-687 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-687-03.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-522 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-522-92.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-714 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-714-96.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-268-00.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-435-02.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-301-04.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-481-98-98.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-274-08.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-279 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-279-03.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1993 de 2002. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-269-93.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-507 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-507-99.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-373 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-373-02-02.htm
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-714 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-714-96.htm

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-273 de 2003. M.P. Inés Vargas Hernández. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-273-03.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-499-03.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1096 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-1096-04.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-848 de M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/T-848-05.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-062-11.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-286 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-286-11.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-559 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-559-13.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-261-96.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-193 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6907>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-757 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-261-96.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-588A de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-588A-14.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-266-13.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 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 Montenegro Lynett.

Legislación nacional

Colombia. Congreso de la República (2014). Ley 1709.

Instituto Nacional Penitenciario –INPEC (2011). Directiva Permanente 010 .

Doctrina

Arboleda F. (2005). La teoría de la pena de Günter Kakobs. En F. Arboleda Ripoll, E. Bacigalupo, & J. Camacho Flórez, *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo* (p. 649). Colombia: Legis Editores S.A.

Botero, A. (2 de febrero de 2015). *Teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria*. Obtenido de <http://www.rtf.es/numero5/16-5.pdf>

Cárdenas, M. (8 de diciembre de 2014). *Teorías de la pena y su aplicación en Código Penal*. Obtenido de http://www.derechocambiosocial.com/revista002/pena.htm#_edn9

Coalición Colombiana contra la tortura (2009). *Informe alternativo al 4º informe periódico del Estado Colombiano al Comité contra la tortura*. Obtenido de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/informe_alterno_4_tortura_re.pdf

Colombia Diversa (2009). *Informe Derechos Humanos 2008-2009*. Obtenido de Todos los deberes, pocos los derechos. Situación de derechos humanos lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-informe-dh-2008-2009.pdf>

Colombia Diversa (2015). *Del amor y otras condenas: personas LGBTI en las cárceles colombianas 2013-2014*. Bogotá D.C.: Colombia Diversa.

Colprensa (8 de julio de 2011). Inpec hará censo a gays en las cárceles. *Periódico La Tarde*. <http://www.latarde.com/historico/44566-inpec-hara-censo-a-gays-en-las-carceles-fernandez>

Fernández, J. (1998). *Derecho penal fundamental. Teoría General del delito y punibilidad*. Bogotá: Temis S.A.

Mir Puig, S. (1982). *Fin de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.

Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. España: Gráficas del Exportador. Caracuel 15. Jerez.

Naciones Unidas Oficina contra la Droga y el Delito (2009). *Manual de Reclusos con Necesidades Especiales*. New York, Estados Unidos.

Palencia, M. L. (2009). *Metodología de la Investigación*. Bogotá: UNAD.

Parma, C. (8 de diciembre de 2014). *El trabajo en cárceles. La pena: ¿El trabajo es un medio o un fin en sí mismo?* Obtenido de *Ámbito Jurídico*: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9769

Sáenz, M. (2007). El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario. *Ciencias Sociales*, 125-136.