Vigilada Mineducación

Limitaciones del derecho a la Orientación Sexual en el contexto de las personas privadas de la libertad con Orientaciones Sexuales no hegemónicas en el establecimiento penitenciario y carcelario de "El Pedregal".

Limitations of the right to Sexual Orientation in the context of persons deprived of liberty with non-hegemonic sexual orientations in the penitentiary and prison establishment of "El Pedregal".

MARIA CONSUELO CABALLERO GERENA

Artículo de investigación

Asesor
Ricardo Echavarría Ramírez

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
DERECHO
MEDELLÍN
2023

Limitaciones del derecho a la Orientación Sexual en el contexto de las personas privadas de la libertad con Orientaciones Sexuales no hegemónicas en el establecimiento penitenciario y carcelario de "El Pedregal" [1]

María Consuelo Caballero Gerena[2]

Introducción

El ejercicio del derecho a la orientación sexual en las cárceles de Colombia representa para la población LGBTIQ+ un escenario de discriminación y violencia. Según nota de prensa de El Espectador (2021, Jhordan C. Rodríguez), las personas cuya orientación sexual difiere de la hegemonía preestablecida son objeto de burlas, humillaciones e incluso amenazas de abuso sexual dentro de las cárceles, por el simple hecho de hacer parte de la población LGBTIQ+.

Solo en 2019, la Defensoría reportó haber acompañado 285 casos de violencia y discriminación contra la población sexo-genero diversa, entre los cuales se encontraron que 108 casos se presentaron contra personas transgénero, 91 contra hombres gais, 62 contra mujeres lesbianas, 17 contra mujeres bisexuales y 7 contra hombres bisexuales. (Defensoría del Pueblo, 2020).

En dicho reporte, titulado "Diversidades en prisión", la defensoría pública señala que el abuso contra personas LGBTIQ+ va desde burlas compuesta por insultos y apodos, hasta amenazas, y consumación, de abuso sexual por parte del INPEC y otros reclusos para que, según ellos, "aprendan a ser machos y hembras de verdad". Lo que empeora aún más la situación, es que la Defensoría identificó que raramente son denunciados los abusadores por el temor que les genera las victimas las consecuencias que podría tener el acusarles al sentirse, por supuesto, en una posición de inferioridad y desprotección frente a sus verdugos.

---

[1] Artículo para optar al título de abogada.
[2] Universidad EAFIT.

A pesar de que la realidad de las cárceles colombianas nos podría hacer creer que en el país no se protegen todas las formas de sexualidad y género, la Corte Constitucional ha establecido, en relación con el ejercicio y expresión de la orientación sexual, que:

> La protección constitucional de la persona en su plenitud, bajo la forma del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (C.P., arts. 14 y 16), comprende en su núcleo esencial el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad. Carecería de sentido que la autodeterminación sexual quedara por fuera de los linderos de los derechos al reconocimiento de la personalidad y a su libre desarrollo, si la identidad y la conducta sexuales, ocupan en el desarrollo del ser y en el despliegue de su libertad y autonomía, un lugar tan destacado y decisivo (Corte Constitucional. Sentencia C-098/1996. Sala Plena. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz).

De acuerdo con lo establecido por la Corte, se infiere que el ejercicio de la expresión de la orientación sexual constituye un derecho fundamental del ser humano. Sin embargo, por medio de reportajes de prensa como el de El Espectador antes mencionado, así como de investigaciones como la desarrollada por este artículo, evidenciamos la reiterada manifestación de estigmas que dificultan el pleno goce de dicho derecho.

Siguiendo con lo señalado por la Corte Constitucional, es necesario destacar que la libertad sexual está estrechamente ligada a la libertad de expresión y al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito sexual. Se considera que la libertad sexual es la facultad y el derecho que posee toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar su comportamiento sexual, siempre y cuando se respeten los postulados éticos de la sociedad y los derechos de los demás. En otras palabras, “la libertad sexual se refiere a la capacidad que tiene

cada individuo para autodeterminarse y regular su vida sexual" (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 18455/05. Sala de Casación Penal. M.P. Jorge Luis Quintero Milanes).

Esta aproximación es importante en el sentido de que, de cara a la expresión de la libertad sexual, nos enfrentamos a la discriminación contra las personas recluidas en recintos penitenciarios a causa de exteriorizar, o expresar, sus preferencias sexuales.

En el caso de las personas de la población LGTBIQ+ privadas de la libertad, no existe una política pública que incluya la diversidad de identidades sexuales, como lo señala Olga Patricia Llano Obando, Gerenta de Diversidades Sexuales e Identidades de Género de la Alcaldía Distrital de Medellín, en entrevista realizada en el marco de esta investigación. Llano Obando destaca que una de las principales acciones que deben adelantarse es la implementación de acciones afirmativas con los guardas de seguridad, tales como jornadas educativas en cuanto al trato respetuoso y de acuerdo con la ley que deben brindarles a las personas sexualmente diversas, con el fin de garantizar la dignidad humana de todo aquel cuya orientación sexual rompa con la hegemonía social que parece intensificarse dentro de las cárceles del país.

En su informe de 2018 sobre violencia y discriminación contra las personas LGBTIQ+, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que la población homosexual privada de la libertad enfrenta dificultades para acceder a servicios de salud, como el tratamiento del VIH, y, además, sufre discriminación y estigmatización por parte de los proveedores de atención médica, lo que puede disuadirlos de buscar ayuda y perpetuar la vulneración de sus derechos.

Si bien es posible inferir que la situación en una gran parte de los centros penitenciarios del país se desarrolla de manera similar, tal como lo evidencia por ejemplo el informe "Diversidades en prisión", presentado por la Defensoría del Pueblo en 2020, el cual expone que "en las cárceles persisten situaciones de agresión, discriminación y otras circunstancias que impiden el ejercicio

pleno de derechos de las personas LGBTI" (El Tiempo, 2020); en este artículo nos centraremos específicamente en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de El Pedregal, Vereda Pedregal Alto, Corregimiento 60 -San Cristóbal, Distrito de Medellín, contando como testigos de las situaciones que se viven dentro de este centro de reclusión con la abogada Olga Patricia Llano Obando y el abogado Kristian Mariano Ibarguen Parra, quienes forman parte de la Gerencia de Diversidades Sexuales e Identidades de Género de la Alcaldía Distrital de Medellín, los cuales, en el marco de la conmemoración del Día Internacional por los Derechos de la Mujer visitaron la cárcel del Pedregal, pudiendo conocer de primera mano las diversas situaciones que enfrentan las personas sexualmente diversas por medio de entrevistas privadas e individuales con alrededor de 15 mujeres allí privadas de la libertad, encontrándose entre el grupo de personas entrevistadas tanto mujeres cisgénero como mujeres transgénero.

Se encontró, por ejemplo, que una práctica recurrente es la discriminación en el ámbito de las visitas conyugales, en el sentido que mientras que a las parejas heterosexuales se les permite gozar de la visita conyugal respetando lo establecido por la ley penitenciaria y carcelaria, a las parejas homosexuales se le reduce el tiempo a una hora e incluso, en ocasiones, se interrumpe el acto sexual configurando lo anterior una clara violación a los alcances de las limitaciones que puede tener el derecho a la libertad sexual dentro de la cárcel manifestándose una injerencia en asuntos absolutamente íntimos de la pareja.

El ejemplo anterior representa tan solo una muestra de las violaciones a sus derechos que sufren las personas recluidas en el establecimiento carcelario El Pedregal. Por esta razón, este artículo tiene como objetivo dar respuesta a la siguiente pregunta problemática:

¿Cómo afecta la pena privativa de la libertad al derecho a la orientación sexual y la exteriorización de este en la cárcel El Pedregal?

La investigación se desarrollará a través del análisis de la jurisprudencia y la doctrina relacionada con el tema, contando con los testimonios de la gerenta de la Gerencia de Diversidades Sexuales y de Identidades de Género de la Alcaldía Distrital de Medellín (en adelante GDSIG) y el asistente jurídico de la misma oficina, Kristian Ibarguen.

El objetivo general de este estudio es analizar las condiciones de discriminación existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en este centro de reclusión, que han dado lugar a la violación e incluso suspensión de los derechos a la orientación sexual, libertad sexual y unidad familiar a personas privadas de la libertad con orientaciones sexuales no hegemónicas.

Contenido

Introducción 2

Contenido.....7

Capítulo 1. Centro Penitenciario "El Pedregal": Realidades homosexuales......8

Capítulo 2. Orientaciones sexuales: ¿Cómo han sido percibidas desde el ámbito político-jurídico en Colombia? 10

Capítulo 3. Fin de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano de cara a la pena no prevista en la ley......15

Capítulo 4. ¿Qué dice la Constitución Política sobre los límites a los derechos fundamentales a la orientación sexual, libertad sexual y unidad familiar como consecuencia de la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario? 21

Conclusiones.....26

Recomendaciones.....28

Referencias Bibliográficas.....30

Capítulo 1. Centro Penitenciario "El Pedregal": Realidades homosexuales.

El día 10 de marzo de este año, la secretaria de la mujer y otras dependencias de la secretaria de Inclusión Social como la Unidad de Familia de la Alcaldía del Distrito de Medellín, realizaron en compañía y colaboración de la Gerencia de Diversidades Sexuales e Identidades de Género del Distrito, actividades de recreación y acompañamiento jurídico y psicológico dentro del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de El Pedregal, a modo de celebración del día de los derechos de la mujer.

En representación de la GDSIG, se presentaron la gerenta de dicha oficina, Patricia Obando, y el asistente jurídico, Kristian Ibarguen. Retomando las actividades que se venían adelantando desde el año 2021, en las que grupos focales de profesionales de distintos ámbitos brindaban atención personalizada y especializada a miembros de la población sexualmente diversa como resultado de denuncias que recibieron sobre la vulneración de derechos fundamentales de la población LGBTIQ+ en la cárcel El Pedregal. Se invitó a las mujeres que se encontraban asistiendo al evento a conversar con los miembros de la Gerencia sobre cualquier situación que se estuviese presentando en el recinto que consideraran ellas que debía ser de conocimiento de esta oficina para poder conocer la realidad a la que se enfrentan día y día y en consecuencia saber qué clase de medidas han de tomarse.

De la GDSIG asistieron los miembros del equipo jurídico acompañados de la gerenta Patricia Obando, también abogada; toda vez que la intención principal era hacer un monitoreo de la situación de los derechos humanos de las mujeres privadas de la libertad en dicho establecimiento con orientaciones sexuales no hegemónicas, ya sea relacionados con vulneraciones dentro del procedimiento penal o con situaciones de derecho constitucional (derecho al libre

desarrollo de la personalidad, derecho a la orientación sexual e identidad género, unidad familiar, entre otros).

Se entrevistaron a un aproximado de 20 personas que se acercaron voluntariamente. A continuación, una compilación de los problemas principales que se presentando en El Pedregal según lo narrado por los miembros de la GDSIG:

1. Vulneración sistemática al componente de unidad familiar dentro del componente de orientación sexual: Reflejado en el sentido en que parejas que existían dentro de los patios tanto femeninos como masculinos han sido separadas de patio bajo excusas tales como "perturbación de la tranquilidad del patio", incluso cuando no existía ninguna clase de maltrato, violencia, o demostraciones de afecto inadecuadas que pudiesen llegar a violar los reglamentos internos de la cárcel. A pesar de la separación a las que son sometidas, las mujeres privadas de la libertad logran siempre encontrar una nueva persona con la cual establecen ese vínculo sexo-afectivo que tan pronto es descubierto por el personal penitenciario, se procede a la separación inmediata y siempre bajo la excusa de que el hecho de que existan parejas del mismo sexo dentro del recinto representa incluso una "violación a los derechos del personal penitenciario", hechos que las mismas mujeres allí recluidas reconocen como causa directa de afectaciones psicológicas.

2. Interrupción y tiempo reducido de las visitas conyugales de las parejas homosexuales/queer: Las parejas homosexuales o queer (pareja en la que una de las personas es hombre transgénero) son sometidas a interrupciones abruptas durante el desarrollo de la visita conyugal con excusas como que el tiempo ha llegado a su fin cuando no han transcurrido más de 30 minutos desde que inició la visita de una hora que se les permite tener, a diferencia de la de dos horas con la que cuenta el resto de la población encarcelada.

3. Hostigamiento e incitación al acoso dentro de El Pedregal: Las personas con orientaciones sexuales diversas denunciaron de igual forma hostigamiento por parte del personal administrativo y de seguridad de la cárcel de El Pedregal. Denuncian recibir insultos, burlas, apodos, entre otros; por parte del personal INPEC. De igual forma, señalan que se les ignora cuando intenta pedir ayuda cuando se han enfrentado a problemas de acoso e incluso agresiones físicas infringidas por otras mujeres allí recluidas.

Capítulo 2. Orientaciones sexuales: ¿Cómo han sido percibidas desde el ámbito político-jurídico en Colombia?

Una vez expuestas las situaciones que atraviesan las personas homosexuales recluidas en El Pedregal, hemos de exponer detalladamente el papel de las orientaciones sexuales no hegemónicas dentro del contexto de la heteronormatividad de la sociedad colombiana.

En ese orden de ideas, encontramos que los nuevos paradigmas sociopolíticos y jurídicos planteados para el país en la Constitución Política de 1991, orientados hacia la construcción de una sociedad pluralista fundada en la igualdad y el respeto por los derechos fundamentales de las personas que la integran, han demandado al Estado colombiano replantear el tratamiento dado a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas.

En respuesta a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un derecho a la orientación sexual y a la identidad de género -referido también como derecho a la identidad sexual y de género o derecho a la identidad y orientación sexuales-, como expresión del libre desarrollo de la personalidad y que, en consecuencia, implica que su protección se transversalice con acciones afirmativas en clave de dignidad humana e igualdad.

El alcance de dicho derecho, dice la Corte en sentencia T-565/13, implica

> (i) proscribir toda intervención en la autonomía del sujeto en la definición de la identidad y orientación sexual; (ii) proteger a las personas, particularmente aquellas que pertenecen a minorías de identidad u orientación sexual, de tratamientos discriminatorios injustificados; (iii) prohibir toda forma de sanción o restricción que pretenda cuestionar o direccionar la opción de identidad u orientación sexual del sujeto. (M.P., Luis Ernesto Vargas Silva).

Reconocer -dice la Corte en la sentencia ibidem- desde el Estado la existencia de condiciones que convierten a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género no hegemónicas en mayormente propensas a la vulneración de sus derechos, ha demandado la categorización de la "opción sexual y de género" como criterio sospechoso de discriminación, implicando la aplicación de juicio estricto de constitucionalidad sobre toda decisión, medida o actuación que se adopte -o pareciera adoptarse- con fundamento en la orientación sexual o identidad de género no hegemónica de la persona o grupo de personas afectadas por esta. Con respecto a la orientación sexual y su diferencia con la identidad de género, la Corte Constitucional lo explica de la siguiente manera:

> La orientación sexual se refiere "a la atracción física o emocional de una persona por otra (ya sea heterosexual, lesbiana, homosexual, bisexual o asexual)", la identidad de género se refiere a la "experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene cada persona" (ya sea trans [transexual, travesti, transformista, drag queen o king] o intersexual, etc.) y la forma en que aquella lo manifiesta a la sociedad (la expresión de género ha sido entendida como la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado (Sentencia T-804/14 M.P., Jorge Iván Palacio Palacio).

Esta exposición realizada por la Corte significa un avance importantísimo en cuanto al reconocimiento de las distintas formas de expresión de la sexualidad del ser humano, sobre todo en un país como el nuestro que, si bien la Constitución establece la laicidad de este, se ha visto inmerso en fuertes ideologías políticas con sesgos religiosos.

De acuerdo con Gabilondo (2012), la heterosexualidad como característica estructural de una sociedad, fenómeno conocido como heteronormatividad, hace referencia al conjunto de esquemas materiales y simbólicos que han construido las sociedades en torno a las relaciones

sexoafectivas entre hombres y mujeres y la estructura familiar tradicional padre-madre-hijos como únicas formas válidas de relacionamiento, y a partir de las cuales han construido lenguaje y Derecho. Es decir, la construcción de una narrativa donde la heterosexualidad es lo hegemónico y todo lo que no encaje dentro de ella es disruptivo, transgresor, inmoral, altera la sana convivencia, criminal-sodomita; adjetivos, entre otros, que se han predicado de las personas no hetero normadas y han justificado su exclusión de la sociedad.

De acuerdo con lo que establece Profamilia en su página web, encontramos que algunos ejemplos de orientaciones sexuales son los siguientes:

- **Heterosexuales:** Hace referencia a las personas que se sienten atraídas afectiva y eróticamente hacia personas del sexo opuesto.
- **Homosexuales:** Hace referencia a personas que se sienten atraídas afectiva y eróticamente hacia personas del mismo sexo. Popularmente se emplean los términos gais para el hombre y lesbiana para la mujer.
- **Bisexuales:** Hace referencia a personas que se sienten atraídas afectiva y eróticamente hacia personas del mismo sexo y o del sexo contrario.
- **Asexualidad:** Hace referencia a las personas que no experimentan atracción sexual y/o no desean contacto sexual, total o parcialmente. Pueden relacionarse afectiva y románticamente y no implica necesariamente no tener libido, o no practicar sexo, o no poder sentir excitación.

El derecho a la orientación sexual está estrechamente vinculado con la dignidad que posee cada individuo simplemente por el hecho de ser humano, respecto a la cual el Corte Constitucional ha afirmado que es equivalente:

> al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado (Sentencia T-291/16 M. P., Alberto Rojas Ríos)

Es así como se entiende que el tratamiento constitucional de las orientaciones sexuales no hegemónicas y la heteronormatividad en Colombia se basa en una perspectiva constitucional que se vincula con la dignidad de la persona, la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad y, en tal sentido, ninguna autoridad o condición temporal o permanente del ser humano, puede vulnerar el ejercicio de sus derechos.

Frente al concepto de hegemonía es menester considerar que este opera en dos órbitas:

> 1) El más propiamente político, que consiste en la capacidad que tiene una clase dominante de articular sus intereses con los de otros grupos, convirtiéndose así en el elemento rector de una voluntad colectiva, y 2) el aspecto de dirección intelectual y moral, que indica las condiciones ideológicas que deben ser cumplidas para que sea posible la constitución de dicha voluntad colectiva (Giacaglia, 2002, p.153).

De estos aspectos, el que más nos interesa es el aspecto intelectual y moral. En este caso, nos referimos a los patrones de comportamiento que deben cumplirse para no ir en contra de lo moralmente establecido, es decir, la heteronormatividad.

La relación entre la heteronormatividad y la orientación sexual diversa es de conflicto, ya que la heteronormatividad impone normas y expectativas restrictivas que excluyen y discriminan a las personas con orientaciones sexuales no hegemónicas estableciendo la heterosexualidad como la orientación sexual "normal" y privilegiada, considerándola como la única opción válida. Esto implica la idea de que las personas deben ser heterosexuales y que las relaciones románticas y sexuales deben darse únicamente entre personas de diferentes sexos.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que desafiar la heteronormatividad y promover la aceptación de la orientación sexual diversa es fundamental para construir sociedades más inclusivas y respetuosas de la diversidad sexual por lo que es responsabilidad de todos es reconocer y valorar las diversidades sexuales, cuestionando y superando prejuicios y estereotipos asociados con la heteronormatividad, a fin de promover la igualdad de derechos y oportunidades para todas las personas, independientemente de su orientación sexual.

Capítulo 3. Fin de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano de cara a la pena no prevista en la ley.

En Colombia los fines de la pena están establecidos en la Constitución Política de 1991, la Ley 599 del 2000, La Ley 906 de 2004 y la Ley 65 de 1993. Según estas normas, la pena se entiende como la sanción impuesta por el Estado para prevenir y castigar conductas consideradas delictivas, con las finalidades de generar: "prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado" (Articulo 4, C.P) las cuales, de acuerdo con la Corte Constitucional "se sustenta en la dignidad humana, pues confirma que la persona condenada no pierde su condición humana como consecuencia de la infracción de la ley penal y del cumplimiento de una pena privativa de la libertad." (Sentencia T-009/22, M. P., Gloria Stella Ortiz Delgado).

Hay que decir de igual forma que existen unos elementos relacionados con la ejecución de la pena que también se encuentran establecidos en la Ley 599 de 2000 y se pueden resumir de la siguiente forma.

Individualización de la pena: Antes de la ejecución de la pena, se debe determinar la pena que corresponde al delito cometido por el condenado. Esto implica considerar las circunstancias del delito, la gravedad de la conducta, la culpabilidad del autor y otros factores relevantes para establecer una sanción proporcional.

Régimen penitenciario: La ejecución de la pena implica la imposición de una sanción privativa de la libertad en un establecimiento penitenciario. El régimen penitenciario debe garantizar el respeto a los derechos humanos de los internos, su rehabilitación y reinserción social, así como la seguridad y el orden en el establecimiento.

De acuerdo con una opinión consultiva a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encontró que las mujeres parte de la población LGTBIQ+ en las cárceles de Americana Latina muchas veces sufren de “feminización forzada” ya que son percibidas como muy “masculinas” y que, además

> las mujeres lesbianas son ubicadas en celdas con hombres como castigo por rechazar las propuestas sexuales del personal penitenciario; impedimento de visitas íntimas; falta de respeto del nombre con el que se identifican; prohibición de portar el cabello largo o usar maquillaje en caso de mujeres trans. (Bautista, 2023, p.100)

Lo que demuestra entonces que mucha de la violencia que sufren va directamente hacia ellas como personas de la población LGTBIQ+ y ataca precisamente la expresión de su identidad sexual como parte de esta población.

En obediencia a lo anterior, los fines de la pena en Colombia también están en consonancia con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual señala el debido proceso como un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos e intereses legítimos de las personas durante las actuaciones procesales.

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que

> frente a quien transgrede la ley penal la imposición de la pena ha de servir como camino para la resocialización, lo cual supone que la protección de bienes jurídicos se materializa mediante la incidencia de la sanción en la personalidad del delincuente, con la finalidad

de prevenir ulteriores delitos. (CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 33254. MP, José Leónidas Bustos Martínez)

Lo que demuestra que, como un Estado social de derecho, Colombia tiene la responsabilidad de proteger las garantías procesales y los derechos fundamentales de todos sus ciudadanos sin discriminación de quienes se encuentran privados de la libertad, puesto que en estos casos se ha entendido, y la ley ordena, que los únicos derechos que se han de limitar de manera legítima como consecuencia de la justa privación de la libertad son el derecho a la locomoción y derechos políticos.

Ejecución de la pena privativa de la libertad: Durante el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, se deben respetar los derechos fundamentales de los internos. Esto incluye el acceso a la salud, la alimentación, la educación, el trabajo y otros servicios básicos. Además, se deben establecer programas de tratamiento y reinserción para los internos.

Beneficios penitenciarios: El Código Penal Colombiano contempla una serie de beneficios penitenciarios que pueden aplicarse durante la ejecución de la pena. Estos beneficios incluyen la redención de pena por trabajo, el beneficio por estudio, la libertad condicional y otros mecanismos que buscan fomentar la rehabilitación y la reinserción social de los internos.

Control y supervisión: Durante la ejecución de la pena, se realiza un control y supervisión por parte de las autoridades penitenciarias. Esto implica la vigilancia de los internos, la aplicación de sanciones disciplinarias en caso de incumplimiento de las normas y el seguimiento del proceso de rehabilitación.

Además de esto, la misma Corte Constitucional establece que existe una relación especial de sujeción entre las personas privadas de la libertad y el Estado:

> La Corte tiene establecido que el ingreso del individuo a la cárcel, como detenido o condenado, implica que entre éste y la administración penitenciaria y carcelaria se trabe una relación de especial sujeción que se caracteriza porque el interno queda enteramente cobijado por la organización administrativa. A diferencia de la relación que existe entre el Estado y un particular que no ha sido objeto de detención o condena, entre la administración y el recluso se configura una relación en la cual la primera adquiere una serie de poderes particularmente intensos que le autorizan a modular y limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos. (Sentencia T-706 de 1996 M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz).

El reconocimiento de esa sujeción del interno por los entes administrativos penitenciarios, podríamos afirmar que implica tácitamente la aceptación de que debe existir una clara y radical limitación a dicho poder que se ejerce sobre los reclusos. La restricción de sus derechos no puede ser absoluta ni arbitraria, lo que implica que las medidas adoptadas por los centros penitenciarios deben respetar la dignidad humana y el debido proceso. En obediencia a lo anterior, los fines de la pena en Colombia también están en consonancia con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual señala el debido proceso como un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos e intereses legítimos de las personas durante las actuaciones procesales.

Como un Estado social de derecho, Colombia tiene la responsabilidad de proteger las garantías procesales y los derechos fundamentales de todos sus ciudadanos sin discriminación de quienes se encuentran privados de la libertad, puesto que en estos casos se ha entendido, y la ley ordena, que los únicos derechos que se han de limitar de manera legítima como consecuencia de la justa privación de la libertad son el derecho a la locomoción y derechos políticos.

En relación con esto, la Corte Constitucional, en Sentencia T-596 de 1992, menciona 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 del tal derecho. 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. (M. P., Ciro Angarita Varón)

Y que,

> Durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. (Sentencia C-261 de 1996 M. P., Alejandro Martínez Caballero).

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptó en 2008 los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad, con el objetivo de "aportar al proceso de preparación de una Declaración Interamericana sobre los derechos, deberes y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión por el Consejo Permanente, en seguimiento a la Resolución AG/RES 2283 (XXXVII-0/07)", de la cual nos interesan principalmente, para este estudio, los principios I y II. Aquel, referido al Trato Humano que merecen las personas privadas de la libertad, dice en su inciso tercero:

> Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad[3] o disminuir la capacidad física o mental de la persona.

Por su parte, dice el principio II, inciso segundo:

> En ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad[4].

En el caso de la cárcel El Pedregal, según testimonio de la GDSIG, se observa que las personas LGBTIQ+ se enfrentan a violaciones de derechos reiteradas por parte del personal del INPEC, restringiendo su libertad de expresión, el derecho a la orientación sexual y a la unidad familiar. Lo anterior se manifiesta por actos tales como separarles de sus parejas y limitar o prohibir sus encuentros y relaciones, afectando en este caso concreto y de cara a la ley, su derecho fundamental a la visita conyugal. Frente a lo anterior, el asistente jurídico de la GDSIG, Kristian Ibarguen, señala que la justificación que pretenden presentar los funcionarios del INPEC y el personal administrativo de dicho establecimiento es que entienden la existencia una relación de pareja entre personas del mismo sexo como causal de una potencial perturbación a la tranquilidad de las y los reclusos que allí se encuentran.

---

[3] Subrayado fuera del texto original.
[4] Subrayados fuera del texto original.

Señalan ambos funcionarios que dicha separación de las parejas representa una grave afectación a nivel sexoafectivo de quienes la sufren, vulnerando así y como consecuencia de la separación de patios y de impedimento de la visita conyugal, los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad más específicamente en el ámbito sexual y afectivo; la dignidad humana, unidad familiar y el debido proceso.

Capítulo 4. ¿Qué dice la Constitución Política sobre los límites a los derechos fundamentales a la orientación sexual, libertad sexual y unidad familiar como consecuencia de la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario?

Ahora bien, en relación a lo que tiene que ver con el control de constitucionalidad que se puede hacer en referencia a lo que venimos tratando a lo largo de este artículo, hay que decir que la cuestión de la constitucionalidad de la limitación de los derechos fundamentales a la orientación sexual, la libertad sexual y la unidad familiar como resultado de una pena privativa de libertad en un establecimiento carcelario es un tema complejo y depende del marco jurídico y los principios constitucionales de cada país.

En general, los derechos fundamentales, incluidos los derechos a la orientación sexual, la libertad sexual y la unidad familiar, son reconocidos y protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y la constitución nacional. Estos derechos se consideran universales e inherentes a todas las personas, independientemente de su situación legal o penitenciaria.

Sin embargo, en el contexto de la privación de la libertad, la Corte Constitucional en diferentes sentencias ha desarrollado que es posible que algunos derechos se vean restringidos o limitados, siempre y cuando dichas limitaciones estén establecidas de manera clara y precisa por

la Ley, sean necesarias para alcanzar un objetivo legítimo y estén proporcionadas a dicho objetivo. Estas restricciones pueden incluir medidas de aseguramiento y control dentro de las cárceles, pero deben respetar los principios de igualdad, no discriminación y dignidad humana (Ej. Sentencia T-706 de 1996 M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz).

Es importante destacar que las decisiones sobre la limitación de derechos en el ámbito penitenciario deben ser objeto de un análisis riguroso y estar sujetas a la supervisión y revisión de los tribunales competentes. La Corte Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, estableciendo principios y criterios para garantizar que las restricciones sean proporcionales y respeten los derechos fundamentales:

Los derechos de las personas privadas de la libertad son universales. Sin importar cuál haya sido su crimen o su falta, son seres humanos, y, por ese sólo hecho, la sociedad está comprometida con su defensa. (Sentencia T-049 de 2016, MP Jorge Iván Palacio Palacio)

Habiéndose establecido de manera clara que las limitaciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad deben ser proporcionales y no pueden ser arbitrarias o discriminatorias, hemos de tener en cuenta que la orientación sexual, la libertad sexual y la unidad familiar son aspectos fundamentales de la identidad y la autonomía personal, por lo que cualquier limitación a estos derechos debe ser justificada de manera razonable y proporcionada.

En la jurisprudencia nacional se ha establecido que, con respecto a las personas privadas de libertad en establecimientos carcelarios, los derechos fundamentales se dividen en tres grupos: derechos que pueden ser suspendidos, derechos restringidos o limitados y derechos intangibles. En el caso del derecho a la expresión de la orientación sexual, el cual está vinculado al derecho al libre desarrollo de la personalidad, se considera como parte del conjunto de derechos que pueden ser restringidos o limitados.

No obstante, estas restricciones o limitaciones no pueden ser arbitrarias, sino que deben cumplir con ciertos requisitos para que puedan ser procedentes. La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece criterios y principios que deben ser tenidos en cuenta. Por ejemplo, se requiere que las restricciones estén establecidas por ley, sean necesarias para alcanzar un objetivo legítimo y estén proporcionadas a dicho objetivo:

> Por lo que, se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado (Sentencia C-336 de 2008 M. P., Clara Inés Vargas Hernández).

Ahora bien, para las personas recluidas en establecimientos carcelarios, se aplican los mismos presupuestos mencionados anteriormente, ya que estas personas siguen teniendo el derecho a poder desarrollarse libremente y elegir, dentro de las limitaciones propias de estar recluidos. Como menciona la Corte Constitucional, se mantiene el derecho a elegir las circunstancias que dan sentido a su existencia, aunque se encuentren privadas de libertad.

Sin embargo, al examinar el caso particular de las personas privadas de la libertad que forman parte de la población LGTBIQ+ en la cárcel El Pedregal, a través de la entrevista realizada a Kristian Mariano Ibarguen Parra, asistente jurídico de la GDSIG, se encontró que las parejas sexualmente diversas son separadas bajo la excusa de "perturbación de la tranquilidad del patio", lo que constituye una clara vulneración de los derechos que estamos abordando en este apartado, especialmente el derecho a la unidad familiar. De hecho, los entrevistados afirman que esta

situación se presenta de manera sistemática en la cárcel. Además, se identifica que esta limitación se impuso de forma arbitraria y basada en ideales discriminatorios, pasando por alto la constitucionalidad de la limitación de estos derechos. Es por esta razón que,

> En términos generales, el legislador no puede emplear lenguaje especialmente vago, ambiguo o indeterminado, de tal manera que la identificación de los supuestos de afectación de la libertad en realidad quede en poder del juez. Es claro, sin embargo, que las mencionadas exigencias de técnica legislativa en materia penal cobijan aspectos diferentes cuando someten al legislador en el plano del derecho sustancial que cuando lo hacen en el marco de la definición de las circunstancias por las cuales tiene lugar la imposición de una medida de aseguramiento (Sentencia C-469 de 2016 M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Abordar el tema de la constitucionalidad de la limitación a los derechos fundamentales implica establecer que se deben cumplir con ciertos requisitos, que podemos determinar después de analizar el fin de la pena privativa de libertad y la forma en que la jurisprudencia nacional se ha referido a las diferentes limitaciones a los derechos fundamentales de manera general. Podemos así afirmar que es constitucional la limitación que se puede hacer al desarrollo de la personalidad, siempre y cuando esta limitación no sea discriminatoria.

Hemos entendido que los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad pueden ser limitados de manera razonable y proporcional, pero, en el caso de las personas de la población LGTBIQ+ privadas de la libertad en la cárcel El Pedregal, la diferencia radica en que esta limitación, al igual que en otros establecimientos penitenciarios del país, ha sido discriminatoria y guiada por a su orientación sexual. Es por esta razón que a través de la Ley 1709 de 2014 se reformaron algunos artículos de la Ley 65 de 1993, estableciendo que los establecimientos carcelarios deben tener un enfoque diferencial, el cual señala 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. (Artículo 2, Ley 1709 de 2014)

El enfoque diferencial en las cárceles es de vital importancia para garantizar la protección de los derechos y la dignidad de todas las personas privadas de libertad. Reconoce que existen situaciones de vulnerabilidad y desigualdad que requieren una atención especial. Este enfoque tiene como objetivo atender las necesidades específicas de diferentes grupos, como mujeres, personas LGBT+, personas con discapacidad y personas pertenecientes a grupos étnicos, considerando sus características y circunstancias particulares. Al aplicar dicha figura, se busca asegurar que todas las personas privadas de libertad tengan igualdad de oportunidades y acceso a sus derechos fundamentales (Sentencia T-388 de 2013. Maria Victoria Calle Correa).

Reconocer la diversidad de las personas privadas de libertad y abordar sus necesidades específicas fortalece el respeto a la dignidad humana y contribuye a una sociedad más inclusiva. El enfoque diferencial desafía estereotipos y prejuicios, fomentando la igualdad de trato y oportunidades para todas las personas, independientemente de su origen, género, orientación sexual, discapacidad u otras características (INPEC. 15 de octubre de 2019).

Conclusiones

Después de lo anteriormente investigado, encontramos que la pena privativa de la libertad en un establecimiento carcelario puede afectar el ejercicio del derecho a la orientación sexual y su manifestación de diversas maneras. Es importante tener en cuenta que cada situación carcelaria es única y puede variar según factores como las políticas institucionales, la cultura dentro de la prisión y la actitud del personal penitenciario y los otros reclusos.

A continuación, agruparemos las formas en que la reclusión puede afectar el derecho a la orientación sexual y su manifestación en la cárcel El Pedregal:

1. Discriminación y estigmatización: Las personas LGBTIQ+ pueden enfrentar discriminación y estigmatización por parte de otros reclusos e incluso del personal penitenciario, lo que resulta en la negación de su libertad para expresar abiertamente su orientación sexual e identidad de género, afectando su bienestar emocional y psicológico al mismo tiempo que viola los derechos fundamentales anteriormente mencionados.
2. Falta de protección: En algunos casos, las personas LGBTIQ+ pueden enfrentar un mayor riesgo de sufrir violencia física, acoso o abuso sexual dentro de la prisión debido a su orientación sexual o identidad de género. La falta de medidas de protección efectivas por parte de las autoridades penitenciarias puede dificultar la expresión de su orientación sexual.
3. Limitaciones en el acceso a servicios y programas: Las personas LGBTIQ+ pueden encontrar barreras para acceder a servicios y programas específicos que aborden sus necesidades particulares, como atención médica y de salud mental adecuada, programas de apoyo psicológico, orientación y educación sobre diversidad sexual,

etc., lo que puede de igual forma limitar su libertad de vivir abierta y seguramente su orientación sexual.

Es importante continuar resaltando que los derechos de las personas LGBTIQ+ están protegidos por los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. En el contexto de las prisiones, las autoridades tienen la responsabilidad de garantizar que todas las personas privadas de libertad, incluidas las personas LGBTIQ+, sean tratadas con respeto y se les asegure el pleno ejercicio de sus derechos.

Asimismo, la restricción del derecho al desarrollo de la personalidad en personas recluidas en establecimientos carcelarios plantea desafíos significativos. A pesar de la privación de libertad, es crucial reconocer que todas las personas tienen derecho a desarrollarse plenamente y a tener oportunidades para su reinserción en la sociedad, por lo que la práctica del enfoque diferencial debe ser una realidad en todos y cada uno de los centros penitenciarios y carcelarios colombianos, evitando así, y de manera permanente, la reproducción y perpetuidad de las injusticias causadas por las desigualdades y la discriminación existente dentro del sistema penitenciario, toda vez que dicho enfoque reconoce la existencia de grupos históricamente marginados y vulnerables, tales como mujeres, jóvenes, personas LGBTIQ+, afrocolombianos, indígenas, discapacitados, entre otros; así como la necesidad de implementar políticas, programas y acciones que tengan en cuenta la particularidad de cada grupo, velando por cubrir las necesidades específicas de todas y todos, por medio de programas de rehabilitación, atención médica, asesoramiento legal y apoyo psicosocial que respondan a sus realidades y contextos particulares.

Recomendaciones

De igual forma, como recomendaciones para mejorar la situación de las personas de la población LGBTIQ+ en la cárcel El Pedregal, se proponen las siguientes acciones:

1. Sensibilización y capacitación: Es necesario proporcionar capacitación obligatoria y continua al personal penitenciario sobre los derechos de las personas LGBTIQ+ y la importancia de garantizar su protección y bienestar en el entorno carcelario. Esto implica promover una cultura de respeto, identificar y abordar la discriminación y la violencia, y comprender las necesidades específicas de este grupo.
2. Políticas y protocolos inclusivos: Se deben desarrollar y promover políticas institucionales claras y protocolos de actuación que protejan los derechos de las personas LGBTIQ+ en los establecimientos carcelarios. Estos deben incluir medidas para prevenir y abordar la discriminación y la violencia, así como garantizar el acceso igualitario a servicios y programas que atiendan sus necesidades específicas.
3. Apoyo y asistencia: Es fundamental establecer programas de apoyo y asistencia para las personas LGBTIQ+ en prisión, que incluyan servicios de salud mental, asesoramiento psicológico, orientación sobre diversidad sexual, acceso a atención médica adecuada y programas de rehabilitación que consideren las necesidades particulares de este grupo.
4. Monitoreo y supervisión: Se deben implementar mecanismos de monitoreo y supervisión efectivos para garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas LGBTIQ+ en los establecimientos carcelarios. Esto puede incluir la

participación de organizaciones de la sociedad civil, visitas regulares de comités de derechos humanos y mecanismos de quejas accesibles y confidenciales.

5. Cooperación interinstitucional: Se debe fomentar la colaboración entre las autoridades penitenciarias, las organizaciones de derechos humanos y las organizaciones LGBTIQ+ para abordar de manera integral las necesidades y desafíos que enfrentan las personas LGBTIQ+ en prisión. Esto implica colaborar en la implementación de políticas, proporcionar recursos y difundir buenas prácticas.

Referencias Bibliográficas

Buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp#:~:text=Las%20personas%20privadas%20de%20libertad%20tendr%C3%A1n%20derecho%20a%20la%20libertad,p%C3%BAblicas%2C%20y%20para%20preservar%20el

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (7 de diciembre de 2018) Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ + en las Américas. Organización para los Estados Americanos OEA https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTIQ +-ReconocimientoDerechos2019.pdf

Corte Constitucional, 4 de noviembre de 2014, Sentencia T-804. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia T-596 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional, sentencia T-706 de 1996. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, sentencia C-261 de 1996. MP: Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, sentencia C-098 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2009. MP: Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2016. MP: Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 7 de septiembre de 2005, proceso 10672.

Congreso de la República, Ley 599 de 2000 por medio de la cual se expide el Código Penal

Congreso de la República, Ley 1709 de 2014 Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

Constitución Política de Colombia. 1991

El espectador. (4 de Julio de 2021). Así vive la población LGBTI la privación de libertad en Colombia. Jhordan C. Rodríguez. https://www.elespectador.com/judicial/asi-vive-la-poblacion-lgbti-la-privacion-de-su-libertad-en-colombia/

Giacaglia, M., (2002). HEGEMONÍA. CONCEPTO CLAVE PARA PENSAR LAPOLÍTICA. Tópicos, (10) ,151-159. [Fecha de Consulta 2 de mayo de 2023]. ISSN: 1666-485X. Recuperado de: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28801009

INPEC. (15 de octubre de 2019). La libertad cultural: Un derecho fundamental de especial protección. Info Humanos N.15

Martínez Vasallo, Martínez Vasallo, & Rodríguez Dihigo. (2021). La libertad personal basada en la orientación sexual e identidad de género: un derecho humano vulnerado. Revista Médica Electrónica, 43(2), 3289-3293. Pub 30 de abril de 2021. Recuperado en 29 de abril de 2023, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1684-18242021000203289&lng=es&tlng=es.

Personería Distrital de Medellín. (2021, 23 de agosto). Hacinamiento, fallas estructurales y problemas de alimentación, los hallazgos de la Personería de Medellín en la cárcel El Pedregal [Comunicado de prensa]. https://www.personeriamedellin.gov.co/index.php/boletines-y-comunicados-antes-del-2021/484-hacinamiento-fallas-estructurales-y-problemas-de-alimentacion-los-hallazgos-de-la-personeria-de-medellin-en-la-carcel-el-pedregal

Profamilia. Orientaciones sexuales. https://profamilia.org.co/aprende/diversidad-sexual/orientaciones-sexuales/

El tiempo. (30 de junio de 2020). 285 casos de discriminación a población LGBTI en prisión en 2019. https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/barreras-que-persisten-para-derechos-lgbti-en-carceles-informe-defensoria-512888

Bautista, J. (2023). LAS PERSONAS LGBT EN PRISIONES: LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Revista Electrónica Iberoamericana (REIB), Vol. 17, No. 1, (junio de 2023), pp. 95-119. ISSN: 1988 - 0618 doi: 10.20318/reib.2023.7802.

Corte Suprema de Justicia. (2013). Sala Penal. rad. 33254. MP José Leónidas Bustos Martínez

Defensoría del Pueblo. (30 de junio de 2020) Informe Defensorial: Diversidades en Prisión. https://defensoria.gov.co/-/informe-defensorial-diversidades-en-prisi%C3%B3n