

El derecho fundamental a la visita íntima entre personas de la comunidad LGBTI en las prácticas penitenciarias en Colombia

Una visión general y comparada, a partir de la sentencia T - 062 de 2011.

Jennifer Moreno Suárez*

Resumen

Comprensión de realidades diferentes a las habituales; es en este ámbito, que la comunidad LGBTI ha generado desde siempre opiniones contrarias, debido a que, no son bien vistos y por el contrario reciben toda clase de apelativos que denigran su condición. Situación, que ha sido superada en contextos diferentes al latinoamericano y que en la actualidad constituyen un punto primordial en las Agendas de los Estados, en pro de promover el equilibrio en materia de Derechos Humanos. En este sentido, se encuentra un espacio ideal para generar un análisis en pro de saber los avances que Colombia ha tenido en la materia, especialmente, en el derecho que tienen los hombres y mujeres privados de la libertad a recibir la visita conyugal, sin importar, la orientación sexual que tengan.

Análisis que se hace a partir de lo expuesto por vía jurisprudencial, teniendo como eje la sentencia T – 062 de 2011, y algunas referencias en materia de derecho comparado. Artículo que se realiza a través de un estudio dogmático – doctrinal, por medio de una técnica documental. Llegando a concluir que en Colombia aún falta una sólida base normativa que proteja los derechos de la comunidad LGBTI y en cuyo caso podría seguir ejemplos como los de Argentina que han logrado un avance significativo.

Palabras Clave: Comunidad LGBTI, Derechos fundamentales, Jurisprudencia Corte Constitucional, Centros Carcelarios, Visita Íntima.

Abstract

The different scenarios in which the human being moves pose constant challenges; such as adapting to change and understanding of different daily realities; It's in this point that the LGBTI community has always generated opposing opinions; because they are not accepted for the society and receive all kinds of segregations that denigrate their condition. Situation, which has been surpassed in different contexts to Latin American, but which now constitute a key point in the Agendas of States towards promoting balance on Human Rights. Besides, is an ideal scenario to do an analysis towards know the progress that Colombia has had in the topic, especially in the right of men and women deprived of freedom to receive Conjugal Visit, no space matter or sexual orientation that they have.

This analysis is made from jurisprudence of The Colombian Constitutional Court, having as axis judgment T - 062, 2011, and references on comparative law. This article is approached through a dogmatic and doctrine study, from a method of analysis of documents regarding the issue. Finally, to conclude that Colombia still lack a solid normative base to protect the rights of the LGBTI community, and in which case could follow examples the other nations such as Argentina that have made significant progress.

Keywords: LGBTI Community, Fundamental Rights, Jurisprudence Constitutional Court, Prison, Conjugal Visit.

*Abogada, egresada de la Universidad Católica de Colombia en el año 2008, Especialista en derecho informático y de las nuevas tecnologías de la Universidad Externado de Colombia en el año 2010. Artículo presentado para optar al título de Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



- Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
- hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Introducción

La comunidad LGBTI ha sido víctima a nivel histórico de discriminación en diferentes ámbitos de la sociedad, por salirse según el concepto general de la población, de los estándares de “normalidad”; rechazo o reticencia identificada desde muchos ámbitos como homofobia. La cual fue conceptualizada por primera vez por el psicólogo estadounidense Weimberg (1972) como “el miedo y el odio hacia aquellos que son, o se presumen, gay o lesbianas”; pero que se exterioriza de muchas formas. También ha sido entendida como:

(...) la homofobia (es decir, el rechazo hacia las personas que sienten atracción hacia el mismo sexo) se expresa en actitudes que van desde la violencia explícita y directa hasta la agresión verbal, sutil que se inscribe en las memorias y en los cuerpos de quienes son sus víctimas (...) (Strlkov, 2004, pág. 33).

Esto ha llevado, como lo expresó en su momento Goodman (1995) a desarrollar el “*pretexto curativo*” que son las formas utilizadas como precursoras de la llamada “limpieza social” o los malos tratos sistemáticamente infringidos a las personas de la comunidad LGBTI. Goodman (1995) cuestiona y ataca las intervenciones médicas “involuntarias” contra las personas LGBTI, tales como descargas eléctricas, formas de “terapia de aversión” o el uso de fármacos psicotrópicos:

(...) De esta manera, los jueces y los médicos deberían considerar la técnica específica y no sólo la tentativa médica global de alterar por la fuerza la orientación sexual. La administración de fármacos antipsicóticos, por ejemplo, puede clasificar esta práctica como experimentación, en razón del carácter “exploratorio” del uso de dichos fármacos como “terapia” de la orientación sexual (...) (Goodman, 1995, pág. 270).

Esto, obedecía a que en el entorno social se percibe un fuerte rechazo, mucha veces desde el mismo núcleo familiar, y esto hablando solo de la cultura occidental donde pareciera que el tema es más aceptado socialmente; ahora el caso se torna aún más complejo cuando se habla de las personas que se encuentran privadas de la libertad en centros carcelarios, en virtud de una medida de aseguramiento o el cumplimiento de una pena; pues si bien, sus derechos están ciertamente limitados como lo ha reiterado la Corte Constitucional en su jurisprudencia¹; ellos se ven enfrentados, a una limitación mayor, incluso de aquellos derechos fundamentales que siendo inviolables en condiciones de privación de la libertad, y que por su condición de miembros de la comunidad LGBTI se vulneran con mayor frecuencia; entre éstos la visita conyugal o visita íntima.

¹ Véase sentencias: T-492/ 1992; T-065/ 1995; T-1096/ 2004; T-611/2013 y T-439/ 2016 entre otras.

Es así, como dentro del catálogo existente de los derechos individuales, la autonomía, constituye pilar fundamental, en cuanto, al derecho que tienen las personas para elegir su condición entre una variada gama de posibilidades, a partir, de los derechos fundamentales consignados en las Constituciones. “La autonomía de la persona hace parte de los elementos internos y externos, con los que cuenta el individuo para hacer valer sus derechos, sin importar el sistema jurídico del que se trate” (Palacios y Romañach, 2008, pág. 43).

Para ello, se tiene en cuenta el principio de autonomía dentro de las bases de la modernidad, que busca la independencia moral y social del hombre conduciéndolo a la organización de una vida colectiva; discernida dentro de unos preceptos normativos, consignados en las constituciones como guías preceptuales para lograr el equilibrio en la convivencia de unos y otros; partiendo de tres grandes aspectos que son inherentes al hombre, como lo son: la vida intelectual, económica y política que en conjunto consolidan la autonomía.

Así, la serie de derechos y obligaciones que dotan los sistemas jurídicos se estructuran en torno a la autonomía, dado que mediante la libertad de elección de las personas es posible adjudicar las consecuencias normativas a sus actos, derivar principios de justicia y fundar otros que compongan los ordenamientos jurídicos, tal como ha sucedido con la inminente presencia de la comunidad LGBTI. Aspecto que es abordado por la Presidencia de la República (2016) a través del proyecto de Decreto, por medio del cual se busca crear una Política Pública Nacional para el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI), en el que se señala: “que en consecuencia la identidad de género, la identidad sexual y la orientación sexual son propias de la autonomía, identidad y libre desarrollo de la personalidad, por lo que hacen parte de la esfera íntima de cada persona” (pág. 3).

En este sentido, “la autonomía es una capacidad de los individuos racionales; personas peculiares que definen y actúan proyectos de vida” (Salazar, Islas, Seret y Salazar, 2007, pág. 137); sin embargo, entre las distintas concepciones de la autonomía de la persona, existen en mayor o menor medida disensos respecto de los factores internos y externos que intervienen en la decisión de un sujeto.

Entonces, dentro de este contexto la situación de los hombres y mujeres que tienen como pareja a otro hombre o mujer y que se encuentran privados de la libertad, deben gozar de la autonomía, en cuyo caso se podría establecer que no requieren de intervención alguna para hacer efectivos sus derechos, y hay quienes sin lugar a dudas consideran indispensable la intervención, con el fin de salvaguardar los derechos de las personas heterosexuales, como sería quizás la posición del INPEC, en aras de evitar episodios de agresión frente a quienes son homofóbicos.

Por ende, “la caída de los paradigmas de la heterosexualidad no es una situación fácil de manejar para el sujeto, ni para su familia; toda vez, que, al ser una condición tan personal, lamentablemente se ve confrontada con todo el medio social que no duda en ejercer

discriminación y violencia a todo lo diferente de lo cual se pueda sentir amenazado” (Romero, 2011, pág. 45). Y peor aún sí se trata de personas privadas de la libertad y que además tienen una orientación sexual e identidad de género no hegemónica.

Así, la Corte Constitucional en Tutela 372 de 2013, ha señalado: que el derecho de visita íntima de la población carcelaria está adscrito al principio de dignidad humana y a los valores que soportan, justifican y humanizan el régimen penitenciario. Concretamente se ha declarado que aquel tiene una importancia cardinal dentro del proceso de resocialización de los internos e internas, en cuyo apartado se podría agregar “sin distinción del sexo”. Como complemento, la Corte Constitucional en sentencia T – 062 de 2011, trata la orientación sexual diversa y establece la importancia de la igualdad, independientemente de la inclinación sexual que se tenga.

Bajo este contexto, resulta necesario y de completa actualidad, exponer el derecho que tienen las personas privadas de la libertad – hombres o mujeres – a la visita íntima, independientemente de la orientación sexual que tengan, esto con el fin de afianzar los derechos fundamentales que establece la Constitución Política como el derecho a la igualdad – artículo 13 –, derecho a la intimidad personal y familiar y buen nombre – artículo 15 –, el derecho a la honra – artículo 21 –, entre otros.

Es así, como el precepto constitucional propende por salvaguardar los derechos fundamentales; pero, dentro de los cuales taxativamente no se hace mención a la diversidad de género, lo cual es entendible, en el sentido que la orientación sexual no debe ser vista como un derecho fundamental, sino simplemente como una decisión de vida que solamente hace a las personas diferentes, o más comúnmente diversas. De este modo, la diversidad sexual ha introducido un cambio, a partir de la diversidad que es comprendida como una “categoría teórica y analítica que designa las diferencias en las que coexisten los individuos en tanto seres humanos. Existen problemas en la aceptación de esa condición intrínseca y cotidiana” (Secretaría Distrital de Integración Social, 2011, pág. 33).

Entonces, “se ha vuelto común usar la expresión diversa o diverso para hacer referencia a la sexualidad que se manifiesta por fuera de los límites de la normatividad heterosexual” (Secretaría Distrital de Integración Social, 2011, pág. 33). En tal sentido, la diversidad familiar se ha comprendido como una descripción adecuada de los patrones de cohabitación con solidaridad económica que se apartan de la idea normal de la familia como formada por una pareja de hombre y mujer y sus hijos o hijas, en cuyo caso, la autonomía de la voluntad resulta determinante en este proceso.

Los aspectos antes planteados, consolidan la problemática que viven los hombres y mujeres privados de la libertad, con una orientación sexual diferente o diversa, los cuales, permiten establecer la siguiente pregunta de investigación: *¿Se encuentra jurídicamente equiparado en grado de igualdad el Derecho a la visita íntima que asiste para las parejas de la comunidad LGTBI en situación de privación de la libertad, respecto a las parejas heterosexuales que se encuentran bajo la misma condición?*

Pregunta, que se desarrolla teniendo en cuenta el artículo 5 de la Constitución de 1991, que incluyó cambios sustantivos, permitiendo la transformación de la forma como se concibe y protege a la familia; por medio del cual, *el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad*. Institución que no se pierde por la diversidad en la orientación sexual, sino que se abre a otras esferas que deben ser aceptadas y comprendidas en todas sus dimensiones y más aún, si se tiene en cuenta que Colombia se ha erigido como un Estado Social de Derecho que:

(...) procura satisfacer, por intermedio de su brazo administrativo, las necesidades vitales básicas de los individuos, sobre todo de los más débiles. Distribuye bienes y servicios que permiten el logro de un Standard de vida más elevado. Además, es el Estado de la integración social en la medida en que pretende conciliar los intereses de la sociedad (Durán, 2001, pág. 24).

De este modo, el Estado Social de Derecho propende porque el individuo tenga la capacidad de elegir fines, adoptar intereses, formar deseos; que dicha capacidad es previa a cualquier fin, interés o deseo; “que la identidad de la persona es distinta e independiente a sus propios fines, intereses o deseos; que las personas como sujetos de derecho están separadas entre sí; es decir, son centros independientes de elección” (Nino, 1989, pág. 150).

Planteamientos, que permiten abordar algunos estudios que se han detenido a estudiar a la comunidad LGBTI, desde diferentes contextos, teniendo como punto de partida aquella que hace referencia a la homosexualidad masculina desde la problemática de las identidades, entendida como “un sistema de relaciones y representaciones durables, adquiridas y actualizadas en los procesos de acción e interacción social sobre la base objetiva de estructuras sociales” (Strlkov, 2004, pág. 8). Estructuras que, desde la óptica de la diversidad, cambian significativamente o más bien se moldean desde la mirada del otro, quien viene a romper los estándares sociales.

Entonces, en contexto el “otro” ha sido visto como un “problema social, en donde las representaciones sociales que hoy en día existen, permiten dirigir la vida desde ciertos márgenes ya establecidos, han facilitado la generación de una serie de fragmentaciones en la escala social” (Romero, 2011, pág. 13). Fragmentación que debe ser vista desde la postura que tiene la familia frente a la homosexualidad, “puesto que es en este sistema donde los sujetos tienen su primer episodio de socialización, por lo mismo es que la opinión que mantenga la familia frente a esa orientación, que generalmente es de rechazo” (Romero, 2011, pág. 14). Situación, que lleva a la necesidad del reconocimiento de sus derechos; razón por la cual, “la comunidad LGTB se han convertido en actores sociales que usan acciones colectivas para abrir oportunidades políticas y desafiar a sus adversarios para lograr cambios políticos y jurídicos en la ciudad de Bogotá” (Gámez, 2008, pág. 15).

Cambios políticos y jurídicos que se deben dar también en el contexto de las cárceles colombianas, en donde, las personas de la comunidad LGBTI sufren toda clase de vejámenes al que se suma la negación de la visita conyugal o visita íntima. Aspecto que ha sido analizado por Bohórquez (2015) documento que constituye el pilar del presente artículo de investigación. De ahí que, “la heteronormatividad, deje de ser considerada como constituyente imprescindible del matrimonio y la familia, implica también otras transformaciones, en las que se deben abarcar todos los derechos políticos, económicos y patrimoniales a que cualquier persona tiene derecho” (Pichardo, 2009, pág. 150); claro está que lo ideal sería que la heteronormatividad no existiera, sino que hicieran parte de la normatividad que ampara a cualquier miembro de la sociedad.

Los planteamientos expuestos permiten establecer la importancia del tema y la necesidad de explorar los avances y retrocesos que se han logrado con relación a la visita conyugal o íntima. Para tal fin se ha establecido el siguiente objetivo general: *analizar la materialización del derecho de los hombres y mujeres privados de la libertad en los establecimientos de reclusión de Colombia a recibir la visita íntima de la pareja del mismo sexo, como ejercicio de la autonomía y extensión del núcleo familiar y como parte integral de sus Derechos Humanos*. Objetivo que se desarrolla, a partir de los siguientes objetivos específicos:

- Estudiar los antecedentes de la familia y el principio de autonomía de cara a la comunidad LGBTI.
- Analizar el ejercicio del derecho la visita íntima entre personas de la comunidad LGTBI, a partir de una visión del núcleo familiar y la autonomía de las personas.
- Documentar la problemática que se presenta a nivel general con las visitas conyugales de las personas de la comunidad LGTBI en las prácticas penitenciarias en Colombia.
- Establecer marcos de referencia común entre el grado de igualdad que asiste en la visita conyugal para parejas de la comunidad LGTBI de Colombia con respecto a otros sistemas jurídicos.

Objetivos que dan la estructura al artículo y mediante los cuales se desarrollan los capítulos, teniendo en cuenta los aspectos teóricos planteados y la jurisprudencia que ha hecho referencia al tema. En este sentido, la evolución jurisprudencial en el país, a través de la Corte Constitucional ha fijado unas reglas en materia de protección de los derechos fundamentales de los reclusos con orientación o identidad sexual diversa, frente a las limitaciones y restricciones que desconocen la prohibición constitucional de “discriminación en razón de la identidad que afecten el derecho fundamental y principio constitucional de la dignidad humana, el cual conlleva la facultad del sujeto de optar por una identidad sexual y a ejercer comportamientos y actitudes derivados de la misma” (Corte Constitucional Sentencia T - 062, 2011).

En esa misma línea, se estudia la sentencia, que distingue el derecho a la visita conyugal desde una posición jurídica de derecho fundamental, derivada de los derechos fundamentales a la “intimidad personal y familiar y el libre desarrollo de la personalidad (en la libertad de sostener relaciones sexuales, con el consentimiento de los involucrados) y constituye una pieza fundamental en el proceso de resocialización, bienestar físico y psíquico del individuo” (Corte Constitucional Sentencia T - 474, 2012).

Además, hacen parte del artículo de investigación la sentencia de la Corte Constitucional T – 388 (2013) en concordancia con la sentencia T – 815 (2013), las cuales reiteran que el estado de cosas inconstitucional en los establecimientos de reclusión del país, declarado en sentencia T-153 de 1998, aún persiste y que las personas con orientaciones sexuales e identidad de género son sometidas, aún, a tratos discriminatorios por parte de diversas personas de la sociedad, prejuicios éstos que se reproducen en las cárceles y penitenciarias, siendo en muchas ocasiones, lugares donde estas prácticas y tratos se amplifican. Finalmente, se analizan casos específicos examinados en las sentencias T-372 (2013) y T-559 (2013), en los cuales la Corte Constitucional estudia el derecho a la visita íntima de las personas privadas de la libertad y su garantía para las parejas que se auto reconocen como población LGBTI.

Señalamientos todos, que se abordan a partir de la siguiente hipótesis de trabajo: el derecho a la visita íntima entre parejas de la comunidad LGBTI en las prácticas penitenciarias en Colombia, no se está materializando en la forma establecida por la Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2011 por diversos factores que impactan en el desarrollo integral de los Derechos Humanos de los reclusos que tienen esta orientación sexual e identidad de género diferente en el país. Para tal fin, se utiliza una investigación socio jurídica– doctrinal, a través de una revisión documental.

El artículo se estructura en cuatro capítulos, el primero de ellos relacionado con el principio de autonomía y la transformación de la familia a través de la comunidad LGBTI, el segundo la situación carcelaria de los hombres y mujeres de la Comunidad LGBTI en Colombia, el tercero condensa los aspectos normativos y jurisprudenciales en Derecho comparado y el pronunciamiento de la Corte Constitucional, el cuarto capítulo, metodología, análisis y resultados. Finalmente, las debidas conclusiones.

Capítulo 1.

El principio de autonomía y la transformación de la familia a través de la comunidad LGBTI

Una visión general del principio de autonomía

El principio de autonomía toma forma con la conceptualización de los derechos fundamentales, los cuales históricamente se originaron de cuatro rasgos de la cultura: la primera, “la secularización en donde la Unidad de la humanidad tendrá que basarse en una realidad natural y secularizada, común a creyentes y no creyentes, con lo que la igualdad se irá considerando más como igualdad jurídica, propia del liberalismo burgués, de cuya apreciación se observa la sustitución “del orden medieval” (Peces - Barba, 1991, pág. 112), con la introducción de los Derechos Humanos, que traían como consigna la “seguridad que les otorgaría el Estado, a través de sus instituciones enmarcadas en la idea de justicia, que se aproxima a la razón y la naturaleza humana dentro del orden del individualismo y los derechos naturales” (Peces - Barba, 1991, pág. 113).

En segundo lugar, “el naturalismo que busca a través del análisis de la naturaleza, descubrir las leyes naturales que albergan las leyes que rigen la conducta humana” (Peces - Barba, 1991, pág. 113); configurándose un proceso de generalización entre las ideas de la naturaleza y la igualdad jurídica, entendidas en su conjunto como presupuestos de los estatutos personales que conllevarán a la cimentación de los Derechos Fundamentales.

Por su parte, el racionalismo como tercer rasgo supone la confianza plena en el “valor de la razón como instrumento de conocimiento, que servirá para dominar la naturaleza, para descubrir sus regularidades y sus leyes, tanto en el campo de la naturaleza física como en el de la vida social humana” (Peces - Barba, 1991, pág. 114) como una aproximación al Derecho justo, esgrimido entre las leyes de la naturaleza y las reglas jurídicas. Como cuarto punto, el individualismo “supondrá un interés por el hombre en todos los aspectos, y el deseo de conocer al hombre mismo” (Peces - Barba, 1991, pág. 116); tal postura trae como fin que la especie humana lo pueda hacer todo, puede desplegar un poder y un conocimiento que asemejan al hombre con Dios, lleno de confianza en sí mismo.

De ahí que, la aproximación teórica de la fundamentación del principio de autonomía, en torno a los Derechos Fundamentales, se encuentra subsumido en las directrices de estos derechos, e igualmente permiten vislumbrar las ideas del Estado Liberal y las del Estado Social de Derecho. De lo anterior, se desprende que el respaldo para el elemento central del liberalismo, es la garantía de los derechos básicos y debe ser compatible con el pluralismo. Ahora bien, hay que reconocer que sería posible preconizar esos derechos de una manera puramente instrumental arguyendo que cada parte en medio de la pluralidad de visiones globales tiene más que perder ante el riesgo de transformarse en una minoría oprimida, que lo que tiene que ganar ante la posibilidad de convertirse en la mayoría dominante. En consecuencia, el liberalismo sería adoptado como *modus vivendi*

entre las partes, cada una de las cuales preferiría, de ser posible, imponer a los demás su concepción global.

En contrasentido con lo expuesto, es el Estado Social de Derecho, que se extiende a aspectos más generales que hacen de él una forma política concreta sucesora del Estado Liberal de Derecho, aunque no en contradicción irresoluble con él. El Estado de Bienestar es una política que emprende el Estado enfrentando una situación de crisis. El Estado aparece como la única institución capaz de establecer los correctivos necesarios para salvar al capitalismo de sus agudas crisis. El Estado Social de Derecho es un concepto elaborado conscientemente, pues persigue dar una dirección racional “al proceso histórico; programático, al implicar un programa de acción; y proyectivo, en la medida que intenta guiar al Estado, anteponiéndose y moldeando a los acontecimientos, en atención a una estrategia construida en función de la realización de valores” (Durán, 2001, pág. 23). Se configura, como el instrumento establecido, tanto para permitir al Estado su labor de conformación de la realidad económica y social, como de aseguramiento del goce de las libertades públicas.

Se tienen entonces, que los seres humanos son poseedores de características intrínsecamente valiosas y por ello titulares de derechos. Rawls (1995) reflejó perfectamente esta idea en las líneas iniciales de su Teoría de la Justicia, al afirmar que “cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar” (pág. 119). Dentro de las anteriores apreciaciones, se puede hacer una aproximación al principio de autonomía individual.

(...) este principio proclama la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución, supone en su lectura tradicional un límite al poder del Estado y la defensa de una esfera en la que el individuo es soberano (...) (Nino, 1989, pág. 205).

Así, los derechos sexuales y reproductivos, que incluyen “el respeto a la diversidad sexual, se fundamentan en dos premisas: la igualdad traducida en no discriminación arbitraria y la autodeterminación de los sujetos, conectada con su autonomía y sustentada por la condición inalienable de la dignidad del ser humano” (Montoya, 2006, pág. 204).

Por ello, toda persona ha de ser reconocida, respetada y garantizada en su cabal autonomía para disponer de la corporalidad y de la afectividad. Nadie podrá negar que los actos de intolerancia sexual dificultan o imposibilitan a sus “víctimas el acceso a la afectividad en todas sus dimensiones, porque con ellos se teje un sistema de exclusiones y marginaciones dentro del cual perece el principio de la libertad de actuación y se aniquila el principio de autonomía” (Organización de las Naciones Unidas, 2005, pág. 2).

Transformación de la familia, a través de la comunidad LGBTI

Hasta hace unas pocas décadas la familia, el matrimonio y el trabajo constituían los elementos centrales de la biografía de la mayoría de personas, su proyecto y su materialidad de vida. “El fracaso vital por antonomasia era, especialmente para la mujer, la soltería, y para el hombre la falta de trabajo. En la actualidad bien puede afirmarse que se está asistiendo a la disolución –no total, ciertamente- o difuminación de estos puntos de referencia. Surgen, en este sentido, posibilidades y opciones de elegir” (Téllez, 2008, pág. 49)

Así, “en el marco de la llamada *sociedad electiva* –estrechamente vinculada, por cierto, a la sociedad de consumo- ya no está claro si casarse o convivir con alguien, si tener o no tener hijos, si criar hijos dentro o fuera de la familia, con la persona con la que se convive o con la persona que se ama pero que convive con otra, si tener un hijo antes, después o en medio de la carrera profesional, etc. No sólo eso” (Téllez, 2008, pág. 49). Las planificaciones y acuerdos al respecto siempre pueden ser, a su vez, invalidados, modificados, reflexionados. De este modo, se está en presencia ante lo que se ha llamado *planificación biográfica abierta o biografía elegida*.

(...) el proceso de individualización asociado también a la actual postmodernidad o modernidad tardía acaba dando el golpe de gracia a todo ello al sugerir que la biografía del ser humano se desliga de los modelos y de las seguridades tradicionales, de los controles ajenos y de las leyes morales generales, para adjudicarse a la acción y a la decisión de cada individuo (...) (Téllez, 2008, pág.52).

Es así, como se han configurado tres tesis en relación con los cambios producidos en la familia.

(...) la primera hace referencia a los *roles de género*, preestablecidos o tradicionales que constituyen la base de la sociedad industrializada, en donde, la familia era concebida en la desigualdad de hombres y mujeres.

La segunda, *la dinámica individualizadora*, que hace referencia a la vida propia que tanto hombre como mujer buscan, rompiendo el esquema tradicional de género, pero que trae implícito relaciones sociales más pobres, llevando a que las personas busquen la vida en pareja, la felicidad amorosa y la relación con los demás. “Se podría afirmar que “el deseo y/o necesidad de individualización y el deseo y/o necesidad de una relación compartida constituyen una suerte de esquizofrenia que puede considerarse como la patología postmoderna y postromántica por excelencia”

La tercera, hace referencia al hecho de que, en todas formas de convivencia en pareja, ya sea antes, durante, a parte o después de ellas, aparecen los

conflictos típicos del siglo XX, si bien la familia, viene a ser el lugar y la causa de los cambios que han sucedido en la misma (...) (Téllez, 2008, pág. 55).

Estos aspectos, y los que la historia ha dejado como legado – poligamia, promiscuidad, matrimonios entre iguales – han sido fuente única para la transformación de la familia nuclear. La familia entendida como una realidad natural, universal y nuclear ha entrado en crisis en la antropología social.

Aunque el discurso sobre la familia gay exhiba símbolos familiares como la sangre, la elección y el amor, reconduce esos símbolos hacia la tarea de demarcar una categoría diferente, dejando claro, que no se puede hablar de esta clase de familias sino se tiene en cuenta a las que han pertenecido las lesbianas y los gays. Al respecto, tales familias son las conocidas por sus rasgos biológico o de sangre.

Con todo lo anterior, como explica Amich (2007), hoy en día resurge un nuevo discurso que apunta a ideas de respeto y tolerancia, discurso que permite ir más allá y no solo contra la despenalización de todo este tipo de conductas, relacionadas muchas veces con la homosexualidad; llevando el tema a un nuevo estadio, y es que el Estado debe intervenir para garantizar activamente los derechos en general a “los homosexuales que puedan verse amenazados tanto por otros ciudadanos como por los mismos agentes del Estado. Elemento que tiene su fundamento en el reconocimiento del derecho a la intimidad, a la vida privada y a la familia” (pág. 208).

Capítulo 2.

La situación carcelaria de los hombres y mujeres de la comunidad LGBTI en Colombia

En las últimas décadas el país ha experimentado un incremento vertiginoso de la población carcelaria; de acuerdo a los datos contenidos en el último informe estadístico detallado suministrado por el INPEC se puede afirmar que el sistema penitenciario y carcelario colombiano cuenta con una sobrepoblación “de 43.839 personas, que se traduce en un índice de hacinamiento de 56,1%” (INPEC, 2016, pág. 22). Aunque históricamente pueden detectarse períodos de mayor o menor intensidad del problema, “la situación general de las prisiones colombianas siempre ha sido definida como crítica” (Gaitán, 2000, pág. 31). Por ende, la imposición de la sanción penal de privación de la libertad, en estas condiciones, día a día es más difícil, y peor aún sí se tiene una condición especial, en cuanto a sus preferencias sexuales.

(...) la imposición de la sanción penal de privación de la libertad, en el ámbito propio del Estado constitucional, se limita al acto de la reclusión en establecimiento carcelario y a la correlativa imposición de los reglamentos que permitan dicha privación en condiciones de seguridad para los internos. En tal sentido, los derechos fundamentales de los reclusos no se ven restringidos en su conjunto, sino que, antes bien, solo sufren una limitación progresiva, vinculada a la naturaleza misma de la reclusión.

Así, derechos como la libertad de locomoción y la libertad personal son válidamente restringidos en razón de la reclusión. De otro lado, otro grupo de derechos, como la intimidad, el derecho de asociación y el derecho a recibir información, entre otros, pueden sufrir limitaciones razonables y proporcionadas, lo que involucra la imposibilidad de afectación de su núcleo esencial. Finalmente, existe un grupo de derechos fundamentales, entre otros la vida, la salud, la integridad física, la igualdad y la dignidad humana, que permanecen intangibles en el ámbito penitenciario (...) (Corte Constitucional Sentencia T - 062, 2011).

En el escenario, de los estudios realizados en materia de derechos carcelario, resulta apropiado señalar lo expuesto por Perez, Ramos, Villa y Lozano (2006) quienes afirman que el nivel de respeto de los derechos humanos en las cárceles, merece un constante análisis que requiere abordar a fondo el tema para entender las circunstancias y problemáticas que se viven al interior de los centros carcelarios; pues con “solo dar un vistazo en los medios a las noticias que tratan el tema de la crisis carcelaria es suficiente para determinar que hay una problemática creciente en muchos niveles al interior de los reclusorios” (pág. 77).

Ante esta circunstancia, es materia también de análisis los medios y políticas que se creen con el fin de lograr la mejora de todos los centros de reclusión para comunidades

como LGTBI. Así, para hacer visible de manera más clara la situación de los miembros de la comunidad LGBTI en los centros carcelarios se hace un acercamiento desde el estudio hecho por dos organizaciones acerca de esta situación, uno por parte de la Defensoría del Pueblo (2009) y otra por la ONG Colombia Diversa, cuya investigación fue realizada por Bohórquez (2015).

Los testimonios y circunstancias a las cuales se ven abocados el colectivo LGBTI en las cárceles se ven materializados desde su lucha por el uso de maquillaje, la vestimenta, el uso del pelo largo en el caso de los hombres y la visita íntima; entre muchas otras circunstancias que ven limitadas estas personas, adicionales a la limitación de su libertad en virtud de la pena que cumplen. Así, es fácil encontrar la lucha de personas como Martha Álvarez, lesbiana y recluida que pugnaba por el derecho de todo recluso a la visita íntima, una lucha que por más de 10 años adelantó en compañía y apoyo de Marta Tamayo, feminista y funcionaria pública, para que el Estado le reconociera este derecho; labor por la cual fue perseguida, estigmatizada, castigada sin que le fuera reconocido y garantizado el derecho perseguido, lucha que ha trascendido fronteras hasta llegar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ente que el 4 de mayo de 1999 admitió la demanda presentada por esta ciudadana, en pro de los derechos de la población LGBTI privada de la libertad.

(...) las peticiones de Martha son tan sencillas como esenciales para una vida digna. En una carta de 1997, enviada a la Directora de la Reclusión de Mujeres de Bogotá, pedía que la comunidad gay tuviera participación en el Comité de Derechos Humanos de la cárcel, que se permitiera y reglamentara la visita íntima a parejas del mismo sexo, que no se usaran los traslados entre cárceles para separar a las parejas y que la orientación sexual no fuera un criterio para calificar la conducta de las internas.

Aún hoy no nos han reconocido esos derechos. La lucha contra la cárcel como institución opresora es una tarea que no termina. (...) En cada cárcel el prejuicio mata, hiere, censura y destruye, por eso debemos denunciarlo (...) (Bohórquez, 2015, pág. 8).

En estas circunstancias hay un claro reflejo, que no existe un límite del *ius puniendi* el cual está en cabeza del Estado, al contrario se excede en los centros carcelarios dejando las puertas abiertas a la vulnerabilidad y arbitrariedad en la administración del mismo, en los cuales no son solo las personas del colectivo LGBTI quienes ven vulnerados sus derechos, sino en general toda la población carcelaria, pero se hace más evidente y en mayor proporción para los homosexuales, lesbianas, bisexuales, trans e intersexuales como producto de los estereotipos y la discriminación de las que son objeto por su orientación sexual e identidad de género. Todo esto sumado a que el Estado y las autoridades penitenciarias no han asumido una política formal en materia de protección de los derechos de las personas de este colectivo, así como la prevención del maltrato del que son víctimas en estos centros de reclusión.

Valga aclarar que parte de los logros que se han hecho en esta materia para la protección de los derechos del colectivo LGBTI en condiciones de reclusión carcelaria – como ha sucedido en otros derechos propios de esta comunidad como el caso de los derechos patrimoniales – se ha logrado por vía jurisprudencial mediante el mecanismo constitucional de la Acción de Tutela que han sido favorables a estas personas por parte de la Corte Constitucional, en vinculación y concordancia con el derecho internacional y lo integrado por vía de bloque de constitucionalidad a las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y a raíz de estos pronunciamientos hoy en día se contemplan otros mecanismos dentro del sistema colombiano. En la actualidad, existen algunos mecanismos en el ordenamiento jurídico colombiano destinados a la protección de los derechos de personas LGBTI privadas de la libertad, tales como:

- Directiva Permanente núm. 10 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– del 5 de julio de 2011;
- Los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia en materia carcelaria, en especial la sentencia T-062 de 2011;
- El nuevo Código Penitenciario y Carcelario expedido en el año 2014 a través de la Ley 1709.

Al ser insuficientes estos mecanismos empleados dentro del sistema jurídico colombiano o al no tener el alcance suficiente para salvaguardar y proteger los derechos de los miembros de la comunidad LGBTI recluida en los establecimientos penitenciarios, es necesario entender los factores asociados a la discriminación que afrontan los miembros de la comunidad en las cárceles tales como: estereotipos relacionados con los besos, manifestaciones públicas de afecto, relaciones de pareja, trabajo sexual, VIH, y demás enfermedades de transmisión sexual.

A esta situación, se suma que (...) “en la mayoría de los establecimientos carcelarios y/o penitenciarios no hay un área específica donde las personas del colectivo LGBTI se pueden reunir, como resultado de la falta de recursos físicos y de la repercusión que esto puede tener frente a los demás reclusos” (Fajardo, 2005, pág. 37).

Para comprender mejor esta situación, es importante conocer las estadísticas de la comunidad LGBTI en las cárceles colombianas, que, de acuerdo, al último censo del INPEC – el cual se viene haciendo desde el 2011 y hasta el año 2014 el promedio ascendió a 800, distribuidos de la siguiente manera:

Población	2011	2012	2013	2014	Promedio
Lesbianas	222	350	477	350	349,75
Gay	136	161	217	161	168,75
Bisexuales	198	198	183	198	194,25
Transgeneristas	48	102	108	102	90
Intersexuales	5	4	10	4	5,75
Total	609	815	995	815	808,5

Tabla 1. Población reconocida como LGBTI según el INPEC
Fuente: Bohórquez (2015,16)

Los detalles de dicho estudio están definidos de la siguiente manera:

(...) De acuerdo con el INPEC, en el 2014 ingresaron a las cárceles del país 117.037 personas: 108.845 hombres (93%) y 8.192 mujeres (7%), de las cuales 35,6% son sindicadas (sin sentencia). Según el censo del mismo año, la población LGBT es de 815 personas, el 0.7% de la población total. Sin embargo, el 31% de las cárceles reconoce que no ha realizado censo sobre población LGBT (...) (Bohórquez, 2015, pág. 16).

Es evidente que, debido a las falencias de información, el censo tiene un alto nivel de subregistro que obedece: “0.7% de la población carcelaria se reconoce como LGBT, 31% de las cárceles no lleva a cabo un censo de la población LGBT y 69% de las cárceles realiza un censo que presenta problemas metodológicos” (Bohórquez, 2015, pág. 17).

No obstante, lo anterior, se debe resaltar que, de conformidad con el informe de junio de 2015, el INPEC fijó estadísticamente la población auto reconocida como LGBTI, así:

Tabla 32. Población reclusa autoreconocida como LGBTI, Junio 2015

Regional	Categoría autoreconocida						Participación
	Lesbianas	Gays	Bisexuales	Transgeneristas	Intersexuales	Total	
Central	83	36	24	27	1	171	25,9%
Occidente	46	31	25	36	3	141	21,3%
Norte	2	2	1	1	0	6	0,9%
Oriente	7	13	11	10	0	41	6,2%
Noroeste	66	28	41	10	0	145	21,9%
Viejo Caldas	96	40	12	9	0	157	23,8%
Total	300	150	114	93	4	661	
Porcentaje	45,4%	22,7%	17,2%	14,1%	0,6%	100,0%	100,0%

Fuente: Direcciones Regionales – Convocatoria libre y autónoma a Población LGBTI en ERON

Tabla 2. Población reconocida como LGBTI según el INPEC
Fuente: INPEC (2015, 42),

Estos registros cabe aclarar que tienen de por sí un problema estructural según establece el mismo informe, ya que hay una ausencia de línea metodológica para recolectar la información al no poseer los reclusorios una encuesta o línea de control para medir la

población LGBTI presente en los establecimientos carcelarios; otro de estos inconvenientes es que muchos reclusos no consideran necesario o no se atreven a dejar de manifiesto su orientación sexual o identidad de género, como una medida de autoprotección, porque le temen a la estigmatización o a ser violentados; o por no considerarlo – como ya se expuso- necesario. También es notable que hay una renuencia de los centros carcelarios, donde el 50% de estos no han hecho el censo, por no considerarlo un elemento fundamental en el reconocimiento de sus reclusos, lo cual da como resultado 0.9% a la presencia de la población LGBTI en dichos establecimientos; y finalmente no existe un protocolo sobre la confidencialidad y protección bajo el concepto de *Habeas Data* en concordancia con los marcos legales y constitucionales en el tema. Es así como frente a este estudio la ONG Colombia diversa concluye lo siguiente:

El INPEC no es consciente de las irregularidades que presenta la información que llega hasta sus manos y pasa el reporte acumulado sin importar los problemas de registro y sub registro de la información. Debido a esto, crea programas con información que no corresponde a la realidad y que, por supuesto, no son eficaces. Para Colombia Diversa, el censo sin metodología adecuada y unificada del INPEC tiene el riesgo de generar mayor violencia y discriminación para la población LGBT al interior de las cárceles en la medida en que expone a las personas y no les da garantías suficientes.

Además, el censo debe cumplir con los parámetros de confidencialidad de la información y debe ir acompañado de programas especiales de atención, capacitación, prevención y protección, e incluso de medidas concretas para redimir la pena. Como lo afirma la Defensoría del Pueblo–regional Cundinamarca, la principal problemática de la población LGBT privada de la libertad, sigue siendo la falta de conocimiento (tanto social como personal) de la diversidad de identidades sexuales y roles de género, ya que como se señaló suele ocultarse la homosexualidad por considerar que se puede convertir en un factor de conflicto con los compañeros heterosexuales (Bohórquez, 2015, pág. 18).

Por esto la jurisprudencia, en especial la sentencia T-062 del 2011 ordena que el INPEC deba reformar y ajustar los reglamentos a las realidades de esta población, sobre todo en materia de los elementos externos que le permiten mostrar su identidad como Trans, al no tener una política clara en el manejo de los mismos, de la siguiente manera:

En primer término, la protección de la identidad y la opción sexual es corolario del principio de dignidad humana. En efecto, es difícil encontrar un aspecto más estrechamente relacionado con la definición ontológica de la persona que el género y la inclinación sexual. Por ende, toda interferencia o direccionamiento en ese sentido es un grave atentado a su integridad y dignidad, pues se le estaría privando de la competencia para definir asuntos que a él solo conciernen.

Este ámbito de protección se encuentra reforzado para el caso de las identidades sexuales minoritarias, esto es, las diferentes a la heterosexual. Ello en razón de (i) la discriminación histórica de las que han sido objeto; y (ii) la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad (Corte Constitucional Sentencia T - 062, 2011).

Con esto la Corte Constitucional resalta y exige que el Estado -en virtud de su labor de garantizar los derechos- salvaguardar el respeto y goce de la dignidad humana, al ser el primer fundamento del Estado social de derecho; lo cual tiene implicaciones concretas en favor de las personas, en especial de la comunidad LGBTI al ser protegidos constitucionalmente, en lo concerniente al ámbito jurídico; que a su vez desemboca en deberes concretos por parte del Estado, velando por condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida.

Cabe resaltar frente a estos estigmas el tema de las personas que sin ser pertenecientes a la comunidad LGTBI, entablan relaciones con esta, sobre todo en lo referido al ámbito sexual-genital; en las cuales se evidencian tres situaciones remitidas a este escenario (Varela, 2015, pág. 45):

- Los heterosexuales que tienen relaciones sexuales o sentimentales con mujeres lesbianas, bisexuales y hombres gay;
- Las personas heterosexuales que tienen prácticas sexuales con personas (hombres y mujeres) Trans; y
- Los Heterosexuales que tienen sexo ocasional entre ellos mismos. Los cuales generan un rechazo generalizado al interior de los reclusos y de los guardas y directivos de las mismas cárceles.

La sexualidad puede cambiar al interior de la cárcel, máxime si se tiene en cuenta la condición sexual de las personas.

Las personas trans género (travestis, transexuales), afrontan una serie de estigmas y discriminaciones relacionadas con su identidad de género, que se sale de los parámetros sociales que definen los cuerpos, las estéticas, los roles y las sexualidades normativas de los hombres y las mujeres. Nuestro sistema sexo-género impone un binarismo sexual basado en la existencia de dos categorías exclusivas: hombre-mujer; en las cuales deben insertarse todas las personas. Quienes se salen de este esquema binario, experimentan violencias, estigmas y discriminaciones. Construir la identidad de género fuera de este marco binario, impone en las personas trans un estigma y un atributo

profundamente desacreditador (Ministerio de la Protección Social, 2011, pág. 39)

Entonces, partiendo del esquema binario, la alteración que se da al interior de las cárceles no obedece, a un cambio de la orientación sexual, quizás obedece a las circunstancias que las rodean. En este contexto, “las personas que tienen relaciones sexuales o afectivas con personas LGBT son discriminadas, sometidas a burlas o incluso son obligadas por el INPEC a registrarse como parte de la población LGBT” (Parra, 2015, pág. 16).

Todo esto genera una problemática al interior de los centros carcelarios, en la cual se han implementado medidas que han incluido la segregación, esto es la creación de patios exclusivos para los miembros de la comunidad LGBTI o para las parejas, para evitar que sean mezclados con el resto de los prisioneros. Adicionalmente se suman otros problemas como, la estigmatización cuando se aborda el tema del VIH y enfermedades de transmisión sexual, a pesar de no ser un factor de exclusividad de la comunidad LGBTI pero que desafortunadamente se ha visto históricamente vinculado como sinónimo de promiscuidad e incluso concepción religiosa del pecado, lo cual se eleva a la categoría social de Tabú.

De esta manera, en atención a estos temores generalizados, como ya se dijo por desconocimiento y desinformación, se imponen otras limitaciones a otros de los aspectos propios de la de toda persona, y es la represión de las demostraciones de afecto por medio de caricias, besos y relaciones sexuales de los miembros del colectivo LGBTI, al interior de las cárceles. Caso que se presenta en menor porcentaje en las cárceles de mujeres donde se sienten más motivadas y menos reprimidas de hacerlo; mientras que en el caso de los hombres hay no solo la prohibición en muchos casos sino el temor a las burlas por parte de los demás reclusos y miembros del centro penitenciario, las cuales podrían desembocar incluso en agresiones físicas.

Muchas veces los besos y manifestaciones de afecto como los abrazos, tomarse de las manos o cualquier contacto corporal entre personas LGBT han sido catalogados como “actos obscenos”, y en algunos casos, incluso, han sido sancionadas con el envío a la Unidad de Tratamiento Especial –UTE– (en aislamiento o calabozo), anotaciones o realización de informes. En otros casos, opera la amenaza de sanción disciplinaria para reprimir y atemorizar a las personas privadas de la libertad. De acuerdo al Código Penitenciario vigente: “todas las medidas se sujetarán a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad” (art. 125, Ley 1709 de 2014). No obstante, en la práctica operan al menos dos problemas que el marco legal vigente no ha logrado resolver. Por tal razón, se siguen presentando violaciones a los derechos humanos de las personas LGBT privadas de la libertad (Bohórquez, 2015, pág. 28).

Estas limitaciones llevan consigo más allá de la discriminación un asunto concerniente al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana, basados en esos principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad en que se fundamentan muchas de las prohibiciones y limitaciones; sin embargo, la Corte Constitucional ha sido clara en que esta delimitación tiene ciertas condiciones en proporción a los Derechos Fundamentales protegidos por el legislador y la misma constitución aun en condiciones de privación de libertad en cumplimiento de una pena.

Según, la Corte Constitucional el criterio central de estas reglas consiste en considerar que las personas privadas de la libertad en razón de una condena penal tienen una especial sujeción respecto del Estado, en dos niveles diferenciados. De un lado, la privación de la libertad permite que se impongan restricciones a algunos derechos fundamentales y limitaciones a otros. De otro, los establecimientos penitenciarios tienen la obligación constitucional de garantizar aquellos derechos no sujetos a restricción, pues el recluso está en situación de especial sujeción antes mencionada (Corte Constitucional Sentencia, T - 061, 2011).

Las citadas limitaciones y restricciones; no obstante, deben acatar determinadas condiciones, específicamente el cumplimiento de requisitos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Para el asunto objeto de análisis, esta particularidad se traduce en que dichas limitaciones y restricciones carezcan de un alcance tal que (Corte Constitucional Sentencia, T - 061, 2011):

- Desconozcan la prohibición constitucional de discriminación en razón de la identidad u opción sexual; o
- Afecten el derecho fundamental y principio constitucional de la dignidad humana, el cual conlleva la facultad del sujeto de optar por una identidad sexual y a ejercer comportamientos y actitudes derivados de la misma.

Estos principios quedan vacíos incluso en los casos de la reglamentación de la existencia de parejas y relaciones al interior de los establecimientos carcelarios, donde el INPEC no posee una política ni directriz clara y queda remitida a las decisiones de los directores de cada Establecimiento Carcelario; las cuales a partir del estudio de Colombia Diversa en cabeza de Bohórquez (2015) se lograron clasificar en cinco variables que se relacionan a continuación:

- No se permiten y no existen: dentro del establecimiento del EPC en Leticia no es permitido que las internas y los internos mantengan relaciones afectivas, razón por la cual las actividades de los internos se adelantan en espacios y horarios diferentes a los de las internas con el fin de mantener una sana convivencia dentro del interior de los pabellones

- No es permitido: “uno no viene a conseguir pareja a la cárcel”, no se permiten parejas ni visitas entre personas privadas de la libertad que se conocieron al interior del establecimiento.
- Parcialmente permitido: claro que sí, pero con moderación debido a que hay días de visita de niños(as). En cada patio se manejan códigos de conducta concertados por los mismos internos.
- No está prohibido: no hay norma expresa que lo autorice ni tampoco que lo prohíba.
- Sí es permitido: que las internas conformen su relación emocional con homólogas, respetando con esto el derecho al libre desarrollo de la personalidad (pág. 31).

Estos cinco escenarios dilucidan que el tema en general está ampliamente diversificado y no existe una política general, a pesar de existir una orden desde el 2011 por parte de la Corte Constitucional para ser reglamentada conforme a la sentencia T-061 del 2011, cuando ordena:

(...) al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para que adelante las acciones tendientes a reformar las normas reglamentarias en materia de régimen de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, con el fin que resulten compatibles con la protección de los derechos constitucionales de las personas internas de identidad u opción sexual diversas, conforme lo expone la jurisprudencia constitucional sobre la materia, descritas en este fallo (...) (Corte Constitucional Sentencia, T - 061, 2011).

Negativa que conlleva a que las personas del colectivo LGBTI se encuentren ante vacíos reglamentarios enmarcados en permisividad o arbitrariedad, acompañada de sanciones de calabozo, anotaciones negativas, o amonestaciones; todos estos hechos vulneradores de los derechos de las personas de esta comunidad. Limitando no solo su derecho a la libre expresión y la dignidad humana sino a la vida familiar, a construir una familia como derecho que trasciende el mismo ámbito de la sexualidad.

En cuanto, a la visita íntima en favor de la población LGBTI, bajo los estándares de discrecionalidad y arbitrariedad se tiene un recorrido de más de 15 años en la lucha por parte de la comunidad LGBTI privada de la libertad para el reconocimiento, acceso y goce efectivo de este derecho. Así, lo ha demostrado la Corte Constitucional en diferentes oportunidades:

- Sentencia T – 424 de 1992... la persona reclusa conserva la libertad de escoger su pareja y de mantener relaciones sexuales, siempre y cuando cumpla con las exigencias de salubridad, orden y seguridad propias de los Establecimientos de Reclusión...

- Sentencia T – 273 de 1993... el derecho a la visita íntima de quienes se encuentran recluidos en establecimientos de Reclusión, es un derecho fundamental limitado, y está limitado por las propias características que involucra el permitir visitas conyugales....
- Sentencia T – 499 de 2003... lo anterior implica que no se deben escatimar esfuerzos por parte de los Directivos de Establecimiento para garantizar el ejercicio de la sexualidad en condiciones de libertad, intimidad e igualdad....

También el INPEC ha manifestado que para el desarrollo “de las visitas íntimas solicitadas por la población LGBTI, se procederá de conformidad con el procedimiento establecido para el resto de internos e internas heterosexuales, atendiendo parámetros de garantía sobre derechos humanos, orden interno, seguridad, convivencia y salud pública” (INPEC, 2011, pág. 3).

De igual manera, el Código Penitenciario, en su artículo 112 establece que: “la visita íntima será regulada por el reglamento general según principios de higiene y seguridad”, la práctica de la misma está condicionada por muchos factores entre ellos la libre directriz y direccionamiento de cada centro penitenciario, partiendo del principio de discrecionalidad y en muchos casos de arbitrariedad, en la designación en particular de las misma para el colectivo Homosexual, Bisexual y Trans.

Sucesos impensables aun a pesar que la misma Corte Constitucional en su jurisprudencia ha establecido cuatro elementos fundamentales en esta materia:

- Primero, la Corte ha afirmado que la visita íntima tiene preferencia dentro del catálogo de derechos del que gozan las personas privadas de la libertad.
- Segundo, la Corte le ha ordenado al INPEC, en varias oportunidades, que redacte lineamientos sobre la visita íntima, para la comunidad LGBTI.
- Tercero, la Corte ha señalado que la visita íntima o conyugal es un derecho constitucionalmente reconocido y cuyo ejercicio se encuentra plenamente definido por la Ley, y, por último.
- Cuarto, la Corte ha indicado que a las parejas del mismo sexo no se les puede imponer trámites ni requisitos más allá de los consagrados por el ordenamiento jurídico que impidan la visita íntima.

Adicionalmente, se han establecido tres tipos de visita íntima, teniendo mayor dificultad las reclusas mujeres, porque son quien más las solicitan (Bohórquez, 2015, pág. 37):

- *Visita de persona que no está privada de la libertad*, generalmente la dificultad es media, en virtud de que cada vez se simplifican los requisitos para acceder a ella,

- *Visita entre personas de diferente patio*, en la cual la dificultad es alta; esto atendiendo a que en los centros carcelarios aún se ve como ilegal e ilegítimo sostener una relación al interior de la cárcel, y en los que es permitido se torna difícil conseguir dicha autorización, y
- *Visita entre personas reclusas en diferentes centros penitenciarios*, con una dificultad muy alta; debido a los trámites administrativos y la inversión económica que acarrearía tramitar dicha visita (Véase figura 1):

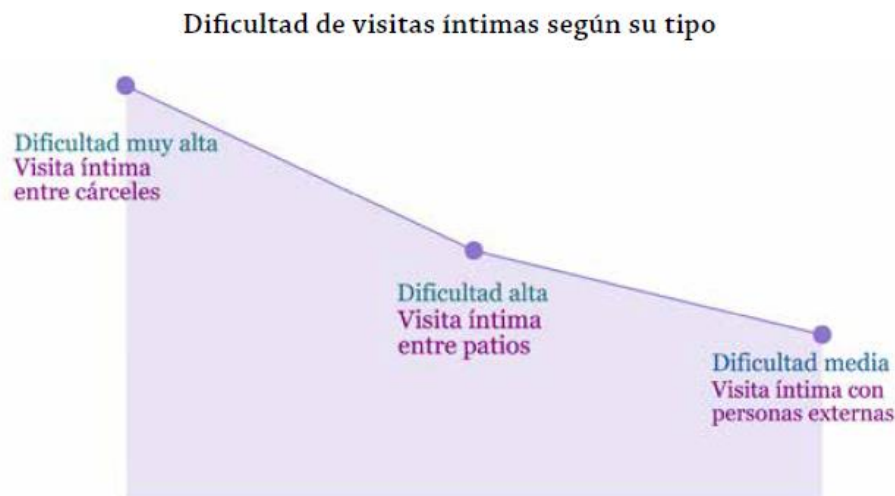


Figura 1. Dificultad de visitas íntimas según su tipo
Fuente: Bohórquez (2015, 37)

En general la visita conyugal o íntima para las personas pertenecientes a la Comunidad LGBTI, enfrenta varias dificultades en materia de acceso, ejecución y garantía, pese a los pronunciamientos jurisprudenciales. Situación que pone de manifiesto un escenario donde esta condición de género los deja vulnerables, siendo blanco de ataques, no solo en su integridad física, sino también en niveles de restricción y vulneración de sus derechos, suceso que ha sido denominado transfobia (Rubio, 2009, pág. 35).

Este capítulo, permite concluir que las problemáticas propias del colectivo LGBTI en los centros de reclusión, se extienden más allá de una cuestión de sexualidad e identidad de género, y se materializa en discriminación, estigmatización, desconocimiento y desprotección; sumado a circunstancias de agravación propias del sistema penitenciario colombiano como el hacinamiento y la corrupción, que acentúan aún más la problemática de este colectivo.

La visita íntima o conyugal es solo un punto al cual se ven abocados en la cotidianidad los homosexuales, bisexuales y Trans; pero esto es solo en materia de comunicación con el mundo externo (excluyendo el caso de las visitas íntimas entre parejas que se encuentran en el mismo centro carcelario); pues los problemas que viven al interior de

los establecimientos penitenciarios son aún mayores y atentan de forma directa y preocupante sus derechos fundamentales garantizados aun en su estado de privación de libertad en cumplimiento de una medida de aseguramiento o una pena, tan graves como la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y con más gravedad aún la salud y con el mismo Derecho a la Vida.

Capítulo 3.

La visita conyugal de las personas de la comunidad LGBTI privadas de la libertad en derecho comparado y análisis jurisprudencial

El presente capítulo hace un análisis de la visita conyugal a la luz del derecho comparado, entre Colombia, Panamá, Brasil y Uruguay, con el fin definir el marco de referencia de la visita íntima a la luz del contexto latinoamericano, debido a que los países escogidos permiten un análisis actual de la problemática tratada, teniendo en cuenta, que Panamá está en camino de regularlo, Brasil y Uruguay tiene regulación específica en el tema. Finalmente, se hace referencia a lo expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la situación carcelaria de las personas del colectivo LGBTI en el continente latinoamericano. Vale la pena, aclarar en principio que se parte de la base que, en América latina nunca ha existido una prohibición jurídica explícita o penalización de las conductas homosexuales o sodomía, teniendo presente que muchas de estas Naciones hicieron una copia o adaptación del código napoleónico (Ottoson, 2006, pág. 235).

Visita íntima o conyugal en el derecho colombiano

Ante la visita íntima o conyugal para los miembros del colectivo LGBTI privados de la libertad en Colombia, se parte del supuesto que en primer momento está permitida, solo ante la ausencia de una prohibición concreta; pero tampoco hay una política o norma concreta que la facilite, de tal forma que su regularización y especificación está remitida a las indicaciones de cada uno de los directores de las cárceles del país; pues la norma en referencia al tema no entra a regular los aspectos en manera concreta sino de manera general; y deja en manos de los directores de los centros carcelarios la administración en el acceso a la misma. En este entendido, el fundamento del derecho está dado por la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 112, regulando de la siguiente manera.

(...) ARTÍCULO 112. RÉGIMEN DE VISITAS. Los sindicados tienen derecho a recibir visitas, autorizadas por fiscales y jueces competentes, de sus familiares y amigos, sometiéndose a las normas de seguridad y disciplina establecidas en el respectivo centro de reclusión. El horario, las condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se lleven a cabo las visitas serán reguladas por el régimen interno de cada establecimiento de reclusión, según las distintas categorías de dichos centros y del mayor o menor grado de seguridad de los mismos.

La visita íntima será regulada por el reglamento general, según principios de higiene, seguridad y moral.” (Ley 65, 1993)

Posteriormente este régimen fue desarrollado en el Acuerdo 0011 de 1995, el cual en su artículo 37 definió las causales de la restricción del mismo bajo los siguientes presupuestos.

(...) ARTÍCULO 37. Suspensión de Visitas Íntimas. La visita íntima se suspenderá en los siguientes eventos:

1. Por incumplimiento en los requisitos de salubridad e higiene, previo concepto del médico oficial o del médico del establecimiento.
2. Cuando a juicio del cuerpo médico del centro de reclusión o en su defecto del médico oficial, sobreviniere enfermedad que haga prever contagio.
3. Cuando el interno cometa falta grave que dé lugar a sanción de supresión de visita o aislamiento.
4. Cuando para obtener este beneficio se utilicen engaños comprobados, sin perjuicio de la acción disciplinaria o penal a que haya lugar.

Una vez desaparecida la causa de la suspensión, se restablecerá la visita.

(...) (Acuerdo 0011, 1995)

Pero, una vez más se percibe un vacío en materia de la regularización por vía normativa de la visita conyugal o íntima para el específico de la comunidad LGBTI en el país; así ante un requerimiento que realiza la Defensoría del Pueblo en el marco de la investigación de la realidad carcelaria de la comunidad LGBTI -que se viene estudiando- se le solicita a la dirección del INPEC emita un concepto al respecto, emitiendo oficio en materia de la visita en relación a la comunidad lesbiana, señalando lo siguiente:

(...) a raíz de la sentencia que ordenó tomar al INPEC las medidas pertinentes para la realización de visitas íntimas, se difundió en las Direcciones Regionales como en los Establecimientos de Reclusión la Circular 011 del 18 de febrero de 2004 por medio de la cual se impartieron instrucciones precisas frente al tema y se dio paso a la creación del procedimiento PO 30 -030 06 V01 a través del cual se documentan los parámetros bajo los cuales se debe desarrollar el ingreso de visita de familiares, amigos y allegados de los internos y en cuyo numeral 17 se enfatiza el tema de visita íntima en cada uno de los Establecimientos de Reclusión.

Concordante con el tema, se impartieron también, instrucciones precisas frente al cumplimiento de la T - 848 de 2005 en aras de mejorar las condiciones de ingreso de los visitantes a los Establecimientos de Reclusión y lo relacionado con el desarrollo de requisas, lo cual se materializó en la documentación de los procedimientos PO 30-021-05 V01 Requisa por contacto de primer nivel, PO 30-022-05-V01 Requisa por contacto de segundo nivel, PO 30-023 05 V01 Requisa por contacto de tercer nivel, PO 30-024 005 V01 Requisa excepcional a visitantes y PO 30-025-05 V01 Requisa Excepcional a internos. (Oficio 011, 2008)

Este oficio, a su vez comunica que en su tarea de continuar revisando las ordenanzas que se les han impartido, le solicitó a cada una de las Direcciones Regionales verificar cómo era el manejo de las visitas íntimas o conyugales de la población homosexual en cada uno de los Establecimientos carcelarios que estuvieran en su jurisdicción, concluyendo dos escenarios globales:

- **Primero:** Las Regionales en general reportaron la impartición de instrucciones precisas, para garantizar las condiciones mínimas y necesarias en las que las personas homosexuales pudieran tener acceso a la visita íntima, en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales; eso sí cumpliendo los requisitos generales para el disfrute de la misma.
- **Segundo:** Tres regionales: Regional Norte, Noroeste y Central; informaron que el desarrollo de las visitas íntimas o conyugales para la población lesbiana y homosexual, se venían realizando en el anexo de mujeres de Valledupar, la Reclusión de Mujeres de Medellín y la Reclusión de Mujeres de Bogotá.

Este mismo oficio deja de manifiesto lo ya afirmado en el anterior capítulo, y es que el desarrollo del derecho a la visita íntima para las personas del Colectivo LGBTI en Colombia, como ha sucedido en todo lo relacionado con el tema de derechos para esta comunidad, ha sido solo en materia jurisprudencial, pues la Corte Constitucional, ha emitido fallos históricos en beneficio del Colectivo LGBTI, para su acceso y goce de este derecho. Sentencias como la T-062 del 2011; T-372 del 2013; T-065 del 1995; T-439/06, T-424/92, T-1096/04 entre otras que serán retomadas en el desarrollo de la jurisprudencia en materia de visita íntima y conyugal para las personas miembros de la comunidad LGBTI privadas de la libertad.

Es así, como el INPEC en cumplimiento de las directrices dadas desde la Corte Constitucional – quien valga resaltar ha sido una fiel custodia para los derechos de los homosexuales, lesbianas y Trans- emite la Directiva Permanente 000010 de 2011 en pro de salvaguardar los derechos de esa comunidad presente en sus centros de reclusión; directiva que no es otra cosa que un documento que deja de manifiesto unos lineamientos para garantizar el respeto de los derechos de las personas de la población LGBTI; para posteriormente desarrollarlos desde misiones específicas dadas a departamentos pertenecientes a la entidad para que incorporen en sus funciones y políticas los asuntos concernientes a estas personas. Así en materia de visita íntima cabe resaltar de esta Directiva Permanente:

(...) Grupo de Derechos humanos:

- Orienta y apoya la realización de campañas de sensibilización en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional, sobre la protección de los derechos constitucionales de la población LGBTI.

- Coordina visitas trimestrales al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare), con el fin de verificar el cumplimiento de la sentencia T-062/2011, e informe a la Dirección General.

Oficina Asesoría Jurídica:

- Elabora informe sobre el cumplimiento de lo ordenado por la sala novena de revisión de la Corte Constitucional mediante sentencia T-062/2011.

Directores de Establecimientos de Reclusión:

- Impartan instrucción permanente al personal administrativo y Cuerpo de Custodia y Vigilancia, en el cumplimiento a las normas y jurisprudencia sobre la población LGBTI.

- Fortalecen los procedimientos de prevención e investigación de las quejas y denuncias generadas por la población LGBTI y efectúan el seguimiento periódico a las mismas.

Subdirección Escuela Nacional Penitenciaria:

- Incluye el tema respecto de los derechos de la población LGBTI en el Plan Anual de Educación. (...) (Directiva Permanente 00010, 2011)

Aunque no hay una alusión directa al tema de la Visita íntima, en esta directriz si se imparten instrucción en pos del cumplimiento de la Sentencia T-062 del 2011, que ordena que se proporcione el acceso a la misma, y de esta manera son los directores de cada uno de los centros carcelarios quienes han de emitir las indicaciones para garantizar el acceso a la misma, en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales como se ordena desde las normas y mandatos de la Corte.

Ahora, continuando en el supuesto de la permisión, supuesto ratificado por estas ordenanzas, al acudir directamente a la población LGBTI recluida en los centros carcelarios, para conocer qué tan informados están en materia de la posibilidad de acceder a este derecho se encontró lo siguiente.

¿Usted tiene conocimiento de su derecho a la visita íntima en las mismas condiciones que las personas heterosexuales?

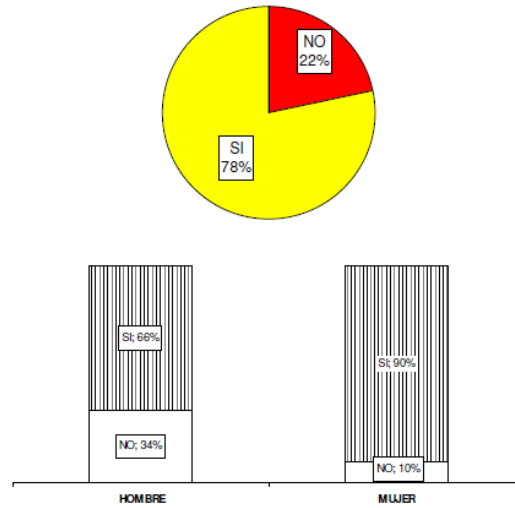


Figura 2 – Conocimiento del derecho a la visita íntima por parte de la población Homosexual.
Fuente: Defensoría del Pueblo. (2009, 26)

Por otro lado, ante la autoritativa de enfrentarse a una negación del derecho se percibió lo siguiente a partir del mismo estudio de la Defensoría del Pueblo,

¿Usted ha recibido por parte de las autoridades penitenciarias (personal directivo) represión de la identidad sexual y restricciones arbitrarias a la visita íntima de parejas del mismo sexo?

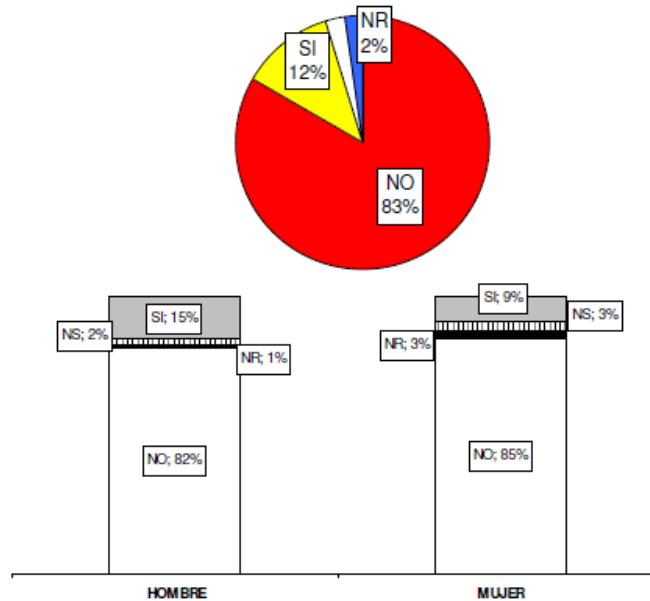


Figura 3 – Prohibición del derecho a la visita íntima por parte de la población Homosexual.
Fuente: Defensoría del Pueblo. (2009, 27)

De estos dos gráficos, se permite inferir que las mujeres tienen mayor conocimiento y ejercen con mayor grado este derecho que los hombres, teniendo estos últimos una mayor restricción en el caso a la visita íntima o conyugal; circunstancia que según conclusiones de la misma defensoría se da como consecuencia de ideas erróneas y el machismo presente en el personal y directivos de los centros carcelarios.

Con todo lo anterior, Colombia se encuentra a la vanguardia no solo en garantías de derechos a las personas de la comunidad LGBTI, sino a su vez en las garantías y derechos de los mismos cuando se hayan privados de la libertad; o al menos en el papel; pues ha contado con una Corte Constitucional garantista y que en cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en concordancia con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho valer y respetar los derechos de esta minoría aun en contra de la opinión del legislador, quien se ha negado a legislar en el tema, y en contra de un colectivo imaginario cultural que un ve en el tema un tabú.

Visita íntima o conyugal en el derecho panameño

El marco de referencia para el estudio del tratamiento del derecho a la visita íntima o conyugal en el derecho panameño, está dado por un documento de la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe – UNODC ROPAN; del Equipo de Justicia Criminal y Reforma Penitenciaria. El cual emite una opinión técnica para la Dirección General del Sistema Penitenciario de Panamá; documento denominado: *Visitas íntimas para las personas privadas de libertad en Panamá*.

En primer momento se encuentra claridad que el termino de visita conyugal es una práctica común de algunos Estados Miembros de las Naciones Unidas e incluso por el marco normativo internacional, y que en el caso concreto de la República de Panamá en la ley 55, artículo 69.20 se reglamenta de la siguiente manera.

Artículo 69. Además de lo establecido en el artículo anterior, todo privado o privada de libertad tiene derecho a: [...]

20. Recibir visita conyugal, con el objetivo de fortalecer el vínculo familiar. Esta visita será regulada por la Dirección del centro, según las normas de salud y las sociales. (Ley 55, 2003)

En el caso de la regulación de este derecho en Panamá, se encuentra que su fundamento esta dado en el fortalecimiento del vínculo familiar como máxima premisa para el Estado que favorece y regula el disfrute de este derecho; lo cual en primer momento al referirlo en relación a este principio niega otros factores de la visita íntima como lo es el libre desarrollo de la personalidad y la sexualidad.

Así al entrar a analizar el caso concreto del colectivo LGBTI frente al acceso a la visita íntima o conyugal en el estado panameño, se encuentra según la UDOC que:

(...) Aun así la legislación penitenciaria panameña no contempla ningún tipo de protección específica a los derechos de estas personas. En este sentido, UNODC ROPAN ya ha identificado la necesidad de que el censo penitenciario a ser llevado a cabo en Panamá diagnostique la situación (cuantitativa y cualitativamente) de los miembros de la comunidad LGBT en las cárceles del país, contribuyendo así al diseño e implementación de políticas específicas de protección a estas personas. (...)

(...) UNODC ROPAN es de la opinión que el acceso a la visita íntima debería estar expresamente garantizado a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgéneros (LGBT) privadas de libertad. Por tanto, sería necesario modificar el marco normativo que reglamenta la materia en Panamá, para incluir el derecho a la visita íntima a esta población en especial situación de vulnerabilidad respetando los mismos criterios utilizados para la concesión de las visitas íntimas heterosexuales. (...) (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito., 2013)

Acá se percibe que no hay una regularización específica en este materia por parte de una política gubernamental, e incluso se apela a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, como ejemplo y guía que debiera seguir este Estado para entrar a regular y garantizar el derecho a la visita íntima o conyugal para las personas del colectivo LGBTI, en el marco del Derecho internacional y decisiones vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como lo fue la sentencia frente al caso 11.656; en el cual la CIDH considera que la prohibición de la visita íntima homosexual configura una flagrante violación a la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 11.2, con relación al Derecho la vida privada.

Visita íntima o conyugal en el derecho uruguayo

Uruguay a nivel latinoamericano se ha constituido como uno de los países que más han avanzado en pro de la garantía a los derechos individuales, tanto de colectivos mayoritarios, pero también el de las minorías, así fue el segundo país en aprobar el matrimonio igualitario y la adopción de parejas del mismo sexo, solo tendiendo por encima a Argentina quien ha sido un referente en todo lo concerniente a los derechos sexuales. En este entendido al consultar en materia de garantía de la visita íntima salta a la luz la Resolución 119/208 de la Dirección Nacional de Cárcel en la que se lee:

(...) Art. 71. El objeto de la visita es mantener y fortalecer el vínculo afectivo entre la pareja, y actuar como medida de profilaxis higiénica de la salud integral de las personas privadas de la libertad.

Art. 72. Para acceder a este tipo de visitas se deberá haber permanecido privado de la libertad por lo menos durante seis meses.

(...) Art. 74. Se permitirá la visita íntima entre personas que no tengan otra intención que la de mantener relación sexual. También entre personas del mismo género, las que se tramitaran como cualquier otra visita (...)
(Resolución 119/208, 2008)

Es de resaltar en esta normatividad que la visita carcelaria no se percibe solo en el entendido de la salvaguarda de la familia, intención primaria de esta y por la cual ha sido denominada por muchos como conyugal, sino también como garantía de los derechos sexuales y a la salud, de donde recibe su segunda denominación de visita íntima, así la persona que sin tener un vínculo afectivo con otra y desee recibir la visita solo con fines de mantener relaciones genitales están facultados en este Estado para poderlo hacer.

No existe a su vez una limitación concreta en el entendido de que sea personas del mismo sexo, pues frente a los derechos sexuales, no importa la orientación o género del individuo a quien se le garantiza estos derechos, sino la circunstancia de respetar y hacer valer algo que le ha sido constitucionalmente dado, sin menoscabo de las normas generales y en las mismas circunstancias en las que se les da el derecho a las personas heterosexuales.

Visita íntima o conyugal en el derecho brasileño

Al acudir a la normatividad vigente en la República Federativa de Brasil, existe la resolución CNPCP No. 4, del 29 de junio de 2011, en el que se lee:

(...) Art. 1. La visita íntima es entendida como la recepción por una persona encarcelada, nacional o extranjera, por un hombre o mujer, de cónyuge o concubino, en el centro penitenciario en el que se encuentre encarcelado, en ambiente reservado, cuya privacidad e inviolabilidad son aseguradas tanto a las relaciones hetero-afectivas cuanto a las homo-afectivas.

Art. 2. El derecho a la visita íntima, es también, asegurado a las personas encarceladas casadas o en unión estable o en relación homo-afectiva. (...)
(Resolução Conjunta Nº 1, 2011)

Primero es de resaltar que este país al igual que Uruguay, tiene una norma expresa que hace relación al tema de la visita íntima para las personas con orientación sexual diferente; pues otros países como México y Argentina a pesar de no negarlo no está -al igual que en Colombia- normativamente regulado. Pero volviendo al punto de Brasil nuevamente se ve la visita íntima como un derecho, que es sin discriminación alguna garantizado a todos los miembros de la población carcelaria, y que más allá del tipo de relación que se pueda dar ya como garantía del derecho a la familia o la sexualidad, hay

un clima de reserva, inviolabilidad y privacidad que aparece latente para heterosexuales, así como homosexuales, bisexuales y trans.

Por otra parte, la condición de la persona que pueda acceder a ella está en relación al tipo de unión que posean ya sea mediante matrimonio o de unión estable para todos en general, ante lo cual no puede limitarse o alegarse que no hay un vínculo entre quien desea hacer la visita y a quien se visita, pues ya ha habido una regulación concreta desde la misma norma para que este derecho sea garantizado en las mejores condiciones y respetando la intimidad, integridad y principios personales y colectivos.

El derecho a la identidad sexual y de género análisis jurisprudencial

Situación de la comunidad LGBTI privada de la libertad en centros carcelarios en Latinoamérica: Análisis desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos – CIDH – es un organismo autónomo, miembro de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, organismo adjunto de la Organización de Estados Americanos – OEA – que propende por la promoción y defensa de los Derechos humanos, según la Convención Americana de los Derechos Humanos, ratificados por los países miembros de la OEA. Es en esta Comisión CIDH, donde se lleva a cabo en el año de 2015 una audiencia, en Washington DC, acerca de la *Situación de Personas LGBT privadas de Libertad en América Latina*; en la cual se puede resaltar que entre las principales problemáticas que se han percibido por medio de diferentes ONG, según la CIDH, son los siguientes a 2015 (Blanc, 2015, pág. 1):

- En primer lugar: La violencia verbal, desde el uso de lenguajes despectivos hacia estas personas, la violencia psicológica, la violencia física, en particular la violencia sexual, sea por parte de agentes del Estado o por otros detenidos. Así, la audiencia refleja la situación carcelaria en Guatemala que a 2015 realiza un diagnóstico de la situación, a través de la Red Nacional de Diversidad Sexual y VIH, en donde, el 100% de los presos LGBT entrevistados afirmaron que no denunciaron o no denunciarían abusos o discriminación por miedo a represalias, a pesar de la cotidianidad de esta violencia.

Al respecto, se suman algunos hallazgos del diagnóstico de necesidades de personas lesbianas, gays, bisexuales y trans privadas de la libertad realizado en febrero 16 de 2015, el informe resalta en primer lugar:

(...) testimonios de violencia física, sexual, estigma y discriminación que sufren las comunidades LGBT dentro de los centros de detención; con serias implicaciones en la salud mental y el incremento de casos de ITS y VIH. Además, se evidencia que el personal de los servicios del sistema penitenciario carece de formación para gestionar pertinentemente las acciones necesarias para el respeto de los Derechos Humanos de las y los

afectados (...) (Programa para fortalecer la respuesta centroamericana al VIH [PASCA], 2015, pág. 1).

Adicionalmente, el informe señala que con el diagnóstico presentado se espera generar los contenidos de formación para la escuela de estudios penitenciarios y se elabore “un protocolo para crear espacios libres de homofobia, lesbofobia y transfobia, para promover estrategias de atención diferenciada en comunidades LGBT” (Programa para fortalecer la respuesta centroamericana al VIH [PASCA], 2015, pág. 1).

- En el caso de las visitas íntimas, para los miembros de la comunidad LGBTI presos y con parejas fuera de la cárcel se niegan de manera discriminatoria para personas en parejas homosexuales. Cabe señalar acá el caso de la ex presa colombiana Martha Álvarez en trámite ante la CIDH, pero también el fallo de la Corte Suprema de Costa Rica de 2011 que considera anticonstitucional que las visitas sean reservadas a las parejas heterosexuales.

En el primer caso, en el tema puntual de la visita conyugal es de resaltar las problemáticas y evidencias dadas a conocer ante la CIDH, pues este derecho es negado frecuentemente en los diferentes centros carcelarios a nivel latinoamericano y pone como ejemplo el caso de la colombiana Martha Álvarez vs Colombia, quien a través de la CIDH realiza una petición en contra de la República de Colombia; en cuanto a la constante violación al derecho a la visita íntima, y en general a los Derechos Humanos exponiendo: “(...) 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 (...). Solicitando respetuosamente a la CIDH a que inste a los Estados a: ... (...) Garantizar el derecho a las visitas íntimas sin discriminación con base a la identidad de género o la orientación sexual (...). (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, 2015).

De lo expuesto, se puede percibir que a nivel jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hay una constante preocupación por la actual situación de los miembros presos de la comunidad LGBTI en materia de Derechos Humanos y entre ellos su garantía de la visita íntima, y que estas audiencias serán un referente para el análisis que haga de fondo la CIDH, en cuanto a que:

(...) 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 (...). (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999).

Situación, que a todas luces va en contra de la defensa de los Derechos Humanos, pues las personas no pierden estos derechos por su orientación sexual; por el contrario, tales derechos se les deben garantizar sin discriminación alguna, máxime cuando Colombia se ha erigido como un Estado Social de Derecho.

En el segundo punto, en lo referente a Costa Rica se tiene que la Corte Suprema de Costa Rica en acción de inconstitucionalidad contra el artículo 66 del reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo número 33876 – J, expediente 08-002849-0007-CO, resolución No. 2011013800 falló a favor de un detenido que había presentado una queja con respecto a la discriminación en las reglas del “sistema penitenciario, el cual declaraba que las `visitas íntimas’ podrían tener lugar solamente con una persona del sexo opuesto. Los detenidos homosexuales en Costa Rica ahora tienen la posibilidad de recibir visitas íntimas en iguales condiciones que los detenidos heterosexuales” (Asociación para la prevención de la tortura [APT], 2013, pág. 13)

Lo anterior, en consonancia con el principio 9 de Yogyakarta (2007) que establece:

(...) Principio 9. El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente. Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona (...) (pág. 17).

Como se puede observar, el tema de la igualdad, en cuanto a la visita conyugal a las personas de la comunidad LGBTI privadas de la libertad, ha sido extensamente tratada en materia de Derechos Humanos, en pro de generar la obligación estatal en la garantía y protección efectiva para todas las personas con una condición sexual diferente.

- Las mujeres lesbianas tienden a ser víctimas de castigos por manifestaciones de afecto. Según la ONG Colombia Diversa, que documentó la situación de las personas LGBTI en las cárceles en un recién informe, esos castigos incluso pueden traducirse en aislamientos prolongados (en “calabozos”). Manifestaciones de afecto también han sido castigadas con traslados arbitrarios a otros centros.
- Con respecto a la ubicación del colectivo LGBTI en los centros de detención, en particular de mujeres trans, se observa en varios países el uso de la segregación, con una finalidad de protección. Sin embargo, se ha documentado, incluso por la CIDH, que en dichos casos las condiciones de detención suelen ser peores, como en la cárcel de Tacumbú en Paraguay. Esta cárcel, “diseñada para 2202 reclusos, hay 3853, según informó el Ministerio de Justicia y Trabajo (MJT). Las condiciones de vida en las cárceles de Tacumbú y Ciudad del Este eran inadecuadas, con hacinamiento generalizado y condiciones de vida insalubres” (Paraguay - Informe Derechos Humanos 2013, 2013, pág. 4).

Así, el informe de Derechos Humanos a 2013 señala una serie de situaciones que vulneran los derechos de las personas con diferente orientación sexual privadas de la libertad, haciendo énfasis en la indefensión que tiene este grupo de personas, frente a situaciones como: “Los grupos de derechos LGBT expresaron su preocupación cuando

el entonces candidato presidencial Horacio Manuel Cartes Jara – actual presidente – comparó a las personas gay con "monos" y dijo que él mismo dispararía contra sus hijos si se llegaba a enterar que eran homosexuales" (Paraguay - Informe Derechos Humanos 2013, 2013, pág. 30).

La situación carcelaria de Paraguay no dista mucho de la colombiana, sumándose que el avance en la protección y derechos de la comunidad LGBTI aún es muy precaria.

En todos los escenarios del contexto latinoamericano, si bien es cierto que aún es necesario avanzar en procurar y garantizar de manera efectiva los derechos a los homosexuales, bisexuales y trans, hay un gran avance para cumplir este cometido, siempre y cuando se tenga claridad en que la orientación sexual o la identidad de género no pueden ser invocadas para negar o restringir estos derechos y garantías. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado con claridad la prohibición de la discriminación en sus Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas:

(...) Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de orientación sexual. 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 (...). (Pillay, 2009, pág. 63).

Cabe agregar que, en cuestión de igualdad jurídica en España y demás países de Europa "los homosexuales han venido adquirir estatura constitucional y a convertirse a velocidad de vértigo en uno de los asuntos sociales y jurídicos más importantes del comienzo de siglo" (Rey, 2005, pág. 117).

Con ello se concluye que en la actualidad existe una amplia y ardua tarea en materia de derechos para lograr la igualdad de la población homosexual, bisexual y trans frente a personas heterosexuales o con identidad de género tradicional, que, si bien ven limitados algunos de sus derechos en virtud de la pena que cumplen en los centros carcelarios, ven aun mayor limitados muchos de sus derechos en virtud de su sexualidad, condición de género o manifestación sexual, en particular en lo referente a sus derechos sexuales, a la familia y al libre desarrollo desde el acceso a la visita íntima.

El Derecho a la identidad sexual y de género: análisis jurisprudencial

Desde inicios de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha analizado que el derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección.

Al respecto, en sentencia T- 477-95 se establece que: “La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivos. Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana, algo propio en razón de su naturaleza” (Corte Constitucional Sentencia T - 477, 1995).

Por tanto, en el mismo pronunciamiento la Corte Constitucional, adujo “El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se auto determina, se auto posee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede auto determinarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad” (Corte Constitucional Sentencia T - 477, 1995).

Por ese motivo en sentencia SU-337-99, la Corte reiteró que “el derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad” (Corte Constitucional Sentencia SU - 337, 1999). En esa misma línea la misma Corte afirma con relación a la privación de la libertad, que ésta no es excusa para restringir el acceso a la intimidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, afirmando que:

(...) El derecho a la intimidad comprende una temática amplia que cobija muchos aspectos de la vida pública y privada de las personas, entendiendo ésta última como aquel espacio personalísimo que por su naturaleza no le atañe a terceros. La realización personal y el libre desarrollo de la personalidad exigen de parte de los particulares y del Estado, el reconocimiento y el respeto de las conductas que la persona realiza, para vivir de manera sana y equilibrada, física y emocionalmente. La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad.

Las medidas que ordenan la identificación de quienes reciben "visitas conyugales no coartan el derecho constitucional a la intimidad de que disponen los reclusos, porque la persona recluida conserva la libertad de escoger su pareja y de mantener relaciones sexuales, siempre y cuando cumpla con las exigencias de salubridad, orden y seguridad propias de los establecimientos carcelarios (...). (Corte Constitucional, Sentencia T - 424, 1992)

Atendiendo a este pronunciamiento en el caso de la visita de las mujeres lesbianas en la sentencia del 2003, indicó – con relación al caso de la Sra. Martha Lucía Álvarez Giraldo que en sentencia del 2002 se había indicado que:

(...) Tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta.

Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula.

La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad (...) (Corte Constitucional, 2002)

En el año 2013, mediante sentencia T – 599, la Corte recordó que con la visita íntima las personas LGBTI, se le garantiza no sólo los derechos fundamentales a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, sino que también y de manera especial el derecho a no ser discriminados en virtud de su condición sexual, en consonancia con el derecho a la no discriminación previsto en el artículo 13 de la Constitución Política.

Con todo lo anterior, es notable en la Corte una postura que busca no solo la garantía de derechos en igualdad de condiciones para todos los habitantes del país, sin importar su condición sexual, genital de género o raza, atendiendo siempre a una de sus esenciales tareas de proteger y garantizar el derecho de las minorías. Esta tarea le ha desembocado críticas y miles de recursos legales por estar usurpando, en concepto de muchos congresistas, senadores y miembros del gobierno, la tarea del legislador es de crear normas y establecimientos jurídicos. Sin desconocer que, “la relación entre derechos humanos y salud de las personas gays, lesbianas, bisexuales y transexuales GLBT sigue siendo problemática” (Lewin y Meyer, 2002, pág. 137); aunado, “al esfuerzo reivindicatorio encaminado a la aceptación social de su condición y a hacer realidad la no discriminación por razón de la orientación sexual” (Talavera, 1998, pág. 1).

Esta situación es más palpable en los casos de decidir sobre temas que un son tabú para la sociedad como lo es la condición sexual de las personas, y más remitidas a ámbitos en los cuales por acciones fuera del marco legal fueron privados de la libertad; pero por encima de ello no le es permitido desconocer su condición de ser humano y ciudadano y debe en igualdad de condiciones garantizar el acceso, goce y pleno disfrute de los derechos con quienes ostentan el poder de las mayorías. Es en post de este principio que ha sentado posición en materia de la visita íntima, en la cual se ven no solo los derechos en materia de libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la familia sino atendiendo a otro grupo de derechos tales como los derechos sexuales, que generan

aún mayor escozor en una sociedad como la colombiana, caracterizada aun por sus pietismos y doble moral.

Si bien esto en la teoría ha logrado un rápido y considerable avance, en materia práctica es lo que aun trae muchos inconvenientes, primero de promoción y segundo de acceso y goce del derecho a la visita íntima y demás lineamientos u ordenanzas de la Corte.

Capítulo 4.

Metodología, análisis y resultados

El artículo realizado se llevó a cabo, mediante una investigación *socio jurídica – doctrinal*, que es la que permite diferenciar el conocimiento jurídico de otros tipos de conocimientos. La investigación doctrinal cumple el rol de manual; toda vez, “que las investigaciones doctrinales sostienen que las construcciones dogmáticas tienen que cumplir un fin práctico, esto significa que el conocimiento por el conocimiento no tendría sentido en el Derecho, al menos no en este tipo de investigación” (Sánchez, 2011, pág. 338).

Además, se contó con un método documental el cual permite una aproximación a los aspectos teóricos en relación al tema objeto de estudio. “Esta técnica está basada en fichas bibliográficas que tienen como propósito analizar material impreso. Se usan en la elaboración del marco teórico del estudio” (Bernal, 2010, pág. 194). Esta clase de método resulta ser muy significativo, “pues permite entender el fenómeno central de estudio. Prácticamente la mayoría de personas, grupos, organizaciones, comunidades, y sociedades los producen y narran, o delimitan sus historias y estatutos actuales” (Hernández S, Fernández C y Baptista L, 2010, pág. 433).

Este método sirvió para conocer los antecedentes de un ambiente, las experiencias, vivencias o situaciones y su funcionamiento cotidiano.

Es necesario explicar, que inicialmente se propuso un trabajo de campo, a través de las visitas a las cárceles la Picota y el Buen Pastor, diligenciando el debido derecho de petición ante el INPEC para el permiso que se requería para la aplicación de los instrumentos escogidos – encuesta para los reclusos y/o reclusas y entrevistas semiestructurada –, radicadas a comienzos de mayo, no logrando respuesta alguna ante la solicitud realizada (Véase anexo 1). Razón por la cual, se orientó el artículo a una revisión documental, apoyada en los hallazgos realizados a través de la revisión de los documentos dentro y fuera del país, que resultaron pertinentes para el abordaje propuesto.

Para tal fin, la revisión realizada se hizo, a partir de los siguientes descriptores: comunidad LGBTI, visita conyugal, autonomía, sistema carcelario, derechos fundamentales, siempre combinando la búsqueda, para lograr la información deseada. No se tuvo en cuenta fechas, ni pronunciamientos en pro de la legalización de los derechos patrimoniales para ésta comunidad. Adicionalmente, se encontró un gran problema en la búsqueda de la información, en el sentido, que no existen casi estudios que traten el tema propuesto puntualmente, haciéndose uso casi exclusivamente de la investigación realizada por Colombia Diversa en la voz de Bohórquez (2015), los informes del INPEC y los pronunciamientos jurisprudenciales.

En materia de Derecho comparado, la búsqueda se centró en los avances que han hecho los países con relación a la visita conyugal de las personas de la comunidad LGBTI

privadas de la libertad, encontrándose algunas referencias de gran relevancia y de la Corte Interamericana se escogió un solo caso que habla del tema.

Los demás documentos oficiales investigaciones, informes, se hallaron gracias a la búsqueda sistemática en Colfuturo portal que acoge las investigaciones en maestría y doctorado de las universidades más prestigiosas del mundo; ProQuest que contiene las bases tesis, revistas, periódicos en áreas de humanidades y ciencias sociales; Multilegis, es una publicación multimedial especializada en el campo jurídico que ofrece la consulta de legislación, jurisprudencia, códigos y noticias jurídicas. Adicionalmente, se contó con el apoyo de la Biblioteca Luis Ángel Arango, y la revisión de los catálogos en línea de diferentes universidades del país.

Así, para el análisis se parte de lo sugerido por la Corte Constitucional en la sentencia objeto de análisis T - 062 de 2011 que establece:

- Los derechos constitucionales de las personas con identidad sexual diversa:
 - identificar la importancia de la apariencia personal para las personas de identidad sexual diversa;
 - determinar si existía una razón suficiente para fijar restricciones a la misma; y
 - efectuar un juicio estricto de las medidas impuestas por el establecimiento penitenciario, habida cuenta que estaban basadas en un criterio sospechoso de discriminación.

Aspectos que llevaron, a ofrecer una postura frente al derecho que tienen las personas privadas de la libertad de la comunidad LGBTI a gozar del Derecho a la visita íntima; en cuanto a que, éstas personas no deben:

- Ignorar el mandato constitucional que prohíbe toda clase de discriminación, en razón de la identidad u opción sexual,
- No se les debe vulnerar el derecho fundamental a la dignidad humana por optar por una identidad sexual diferente haciendo que sus comportamientos y actitudes obedezcan a éste;

La Corte señala que es evidente la opción y la identidad sexual que hacen parte de las condiciones inmateriales integrantes de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, agregando, además que dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona. Aspectos que llevan a plantear la importancia del tema y la necesidad de dar paso a lo presupuestado en Colombia como Estado Social de Derecho.

Así, por vía jurisprudencial se ha logrado un pronunciamiento significativo para la comunidad LGBTI haciéndose necesario que se aplique lo expuesto por la Corte y que éstas personas gocen “libremente” de la visita íntima de su compañero o compañera.

Lo señalado se puede evidenciar de la siguiente manera:



Figura 4. Una visión gráfica del derecho a la visita íntima de las personas privadas de la libertad de la comunidad LGBTI

Fuente: Elaboración propia – a partir de lo expuesto en la sentencia T – 062 de 2011.

En materia de Derecho comparado los hallazgos fueron los siguientes:

- En Panamá no existe una norma expresa que indique el derecho a la visita íntima de las personas de la comunidad LGBTI, pero tampoco una norma que la prohíba.
- En Uruguay y Brasil, sí existe claridad en el tema; razón por la cual existe un marco normativo que lo establece.

Estas referencias permiten establecer la dinámica que existe en el tema en Latinoamérica y la importancia que el mismo ha adquirido, en el ascenso por equilibrar los derechos y libertades de éstas personas.

En lo relacionado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se pudo establecer lo siguiente:

- Guatemala y Paraguay son dos de los países más atrasados en el tema;

- La CIDH declara inconstitucional el negar el derecho a la visita íntima de las personas privadas de la libertad de la comunidad LGBT, teniendo como ejemplo el caso de Martha Álvarez contra Colombia
- Costa Rica, autorizo la visita conyugal a las personas privadas de la libertad de la comunidad LGBT, siguiendo los principios de Yogyakarta 2007

Se puede establecer que el continente americano, tiene una gran preocupación por equilibrar la situación de la comunidad LGBT en el objeto tema de investigación del presente artículo. A favor se puede decir que no existe en los países indagados y en otros como Argentina, Ecuador y Perú normas que prohíban de plano esta visita. Se tiene, además que las legislaciones han avanzado significativamente en el marco normativo referente a los derechos patrimoniales.

También dentro de los hallazgos, se debe hacer referencia a:

- Las faltas de estadísticas que den cuenta en cada uno de los países del número de personas que se encuentran privadas de la libertad con una orientación sexual diferente;
- Las discriminaciones y malos tratos que sufren estas personas en las diferentes cárceles, sin importar el país;
- Los estudios aislados que no permiten una clara apreciación en la materia;
- La necesidad de unificar los pronunciamientos jurisprudenciales con los normativos.

Conclusiones

El análisis realizado pone de manifiesto:

1. En un primer momento el cambio es inevitable; los paradigmas se han ido desplazando conforme avanza y evoluciona la sociedad, detener este cambio es imposible e ir en contra de él inconcebible. A veces pareciera que los nuevos paradigmas que se imponen van más rápido que la capacidad de entendimiento y comprensión de la sociedad; por eso, al enfrentarse ante estos nuevos modelos es evidente que se produce un choque cultural y es ahí donde empiezan a imponérseles limitaciones para que no tengan su normal incursión y desarrollo en la sociedad, por criterios de costumbres arraigados en lo profundo de la cultura que impide una comprensión dentro de la diversidad de lo que acontece alrededor y se hace más que nunca presente, en el momento actual.

Este ha sido sin duda alguna, el camino que ha tenido que afrontar la comunidad LGBTI en la sociedad actual; y si bien la lucha empezó hace décadas, para algunas culturas, como la colombiana y gran parte de Latinoamérica; aun es un fenómeno reciente y por ende no comprensible en toda su complejidad; en virtud de esta incomprensión es que se le ha señalado, culpabilizado y satanizado; porque lo nuevo y diferente asusta, más cuando se sale de los esquemas convencionales creados por el ser humano. Es ahí, donde el Estado desde sus órganos e incluso poderes debe hacerse presente para que este señalamiento no genere discriminación y violación de Derechos Fundamentales que están por encima de una condición sexual, de género o de identidad.

2. Si, bien es cierto, que incluso algunos de esos órganos o ramas no se sienten empoderados para afrontar esta defensa de manera puntual, por miedo al rechazo o porque, al ser parte de esa sociedad que no logra comprender la dimensión de esta realidad, prefiere no afrontar tal situación por temor a ser señalados por la mayoría; entonces poderes como el legislativo, que es el encargado de leer esa realidad y traducirla en normas que favorezcan su comprensión y adaptación, se lava las manos y se exime de la responsabilidad de hacerlo -como ya se dijo- por miedo al cambio, por no comprensión de la particularidad del fenómeno o porque sencillamente no es atractivo para lograr el reconocimiento que desean los congresistas desde el poder.

Es ante esta negativa que otro poder, el judicial, más desligado del pensamiento del común y con la obligación de atender a esas minorías olvidadas o discriminadas, empuña el estandarte de la causa LGBTI y se convierte en un acérrimo defensor de los derechos de estas minorías; como lo ha hecho a nivel latinoamericano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo adscrito a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el caso colombiano la Corte Constitucional como máximo órgano defensor de la Constitución y de los derechos reconocidos por ella para los habitantes del territorio nacional.

3. La gran batalla y los grandes logros conseguidos por los miembros de la comunidad LGBTI, tales como el reconocimiento de cambio de sexo, el respeto por su identidad y trato igualitario, el matrimonio, los derechos patrimoniales y la adopción, no se han dado en las curules del Congreso sino en los estrados de la Corte, pues ella ante la negativa reiterada y negligencia manifiesta del legislador debe optar por garantizar por vía jurisprudencial los derechos que no les son reconocidos por considerarseles diferentes o porque han sido ya vulnerados ante lo desconcertante y desconocido de la realidad de este colectivo; tarea que le ha implicado a la Corte Constitucional colombiana señalamientos tales como: usurpadora de funciones por legislar cuando no es parte de sus funciones; que ha implantado un gobierno de los jueces a quienes se les señala de modificar la Constitución o guiar el país a partir de sentencias; entre otros.

Sin embargo, la Corte Constitucional siempre ha fundado sus decisiones en el cumplimiento de su deber de interpretación de la Carta Política y la obligación de garantizar los derechos a las minorías a quienes se les han vulnerado y negado trayendo como excusa su condición, raza, credo, línea de pensamiento, orientación o situación sexo-genital.

De esta manera, si la lucha ha sido ardua para los homosexuales, bisexuales y trans en condiciones de libertad; aún más compleja ha sido para aquellos que se encuentran privados de ella en centro carcelario en cumplimiento de una pena impuesta por la comisión de un delito; pues como lo ha reiterado la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional esta condición de privación de la libertad permite que ciertos derechos sean limitados en función de la pena pero aclara que hay otros que no pueden ser negados o vulnerados y menos limitados, excusados en la sanción impuesta de la medida privativa de la libertad; pues al ser estos derechos fundamentales es esencial, que aun en calidad de reclusos, se les garantice en las mismas condiciones que una persona que goza de su libertad; derechos tales como la vida y la salud en conexo a este, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la familia, la dignidad humana y en un análisis profundo de este estudio el derecho al libre desarrollo sexual y los derechos sexuales en general.

4. Es en este escenario que los análisis hechos desde la Defensoría del Pueblo, así como los de la ONG Colombia Diversa ponen de presente que a la población LGBTI recluida en las cárceles se le vulneran muchos de sus derechos por su misma condición u orientación; es entonces por vía de tutela que han tenido que acudir al aparato jurisdiccional para obligar a las directivas en las cárceles que se les respeten y garanticen, medidas que han llevado a que se permita en el caso de los trans uso de ropa y maquillaje especial, y de manera puntual en el estudio de este caso el derecho a la visita íntima en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales; no como visita conyugal, que si bien garantiza el derecho a la familia y comunicación con ella, se limita a la existencia de un cónyuge, compañero o compañera permanente; sino como el derecho a la visita íntima, que más allá de reconocer el derecho a la familia reconoce los derechos sexuales y el libre desarrollo de la personalidad entre ellas la dimensión sexual.

Todo esto, conseguido por vía jurisprudencial en el análisis que hace la Corte de los fallos de tutela de los jueces de primera y segunda instancia, fallos que incluso ha tenido que cambiar para resolverlos conforme a la línea de pensamiento adoptada por este órgano, creando con esto un precedente jurisprudencial para que sea de obligatorio cumplimiento en posteriores decisiones que tengan que resolver por situaciones parecidas los jueces de menor jerarquía y ante las cuales deben pronunciarse respetando los fallos de esta alta Corte de quien emanan los lineamientos con los cuales se debe fallar.

5. Estas sentencias de tutela, así como una que otra de constitucionalidad, han sido revolucionarias incluso en contexto mundial, logrando que organismos tales como la Naciones Unidas y jurisprudencias de otras naciones las citen como ejemplo a seguir; sin embargo, el paso del papel al hecho conlleva un largo camino que no siempre se ejecuta eficientemente y trae nuevos retos, más en escenarios de cárceles que se encuentran en zonas rurales donde aún este tema es más tabú que en ciudades como la capital del país; pues a pesar que la Corte Constitucional impartió órdenes precisas a las directivas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, y de ellos emanaron orientaciones para cumplir las sentencias; la práctica muestra que no se cumplen o no lo hacen en los términos ideales, pues en muchos casos ponen en evidencia a estas personas en las cárceles favoreciendo con ello una mayor discriminación por parte de los demás reclusos o que estos sientan temor de identificarse como miembros de esta comunidad porque no se les da garantía de protección de la privacidad y de sus datos; casos palpables según la misma ONG Colombia Diversa, en la carencia de rigurosidad y protocolos de privacidad aplicados a las estadísticas de reclusos LGBTI entregadas por el mismo INPEC.

6. Esta realidad es un hecho presente y ciertamente hay problemas aún más complejos en los centros carcelarios que se suman a esa realidad de la restricción de la visita íntima para la comunidad Homosexual, Bisexual y trans; y son problemas relacionados con el hacinamiento, la ineficacia de los planes de reeducación en los centros carcelarios, las constantes violaciones a los Derechos Humanos, la segregación y discriminación de la que son víctimas los mismos reclusos a quienes les imputan cargas por hecho de haber cometido un delito en las mismas cárceles e incluso posterior a su salida ante sus pretensiones de reintegrarse a la vida civil. Estos problemas no son abordados en su importancia y complejidad desde las directivas y menos desde una política de Estado, cada problemática es importante en su medida, pues todos contribuyen a que estos centros cumplan su ideal original de ser espacios de reeducación, donde cada elemento es importante en esta tarea, la cual parte de un trato digno, de planes de educación y reeducación eficientes, de trato igualitario sin importar condiciones, orientación sexual, credo, raza o ideologías; entre muchos otros que deben atenderse en pro de lograr el objetivo de responder a esta realidad como un auténtico Estado Social de Derecho cumplidor de su deber.

7. Todos estos hechos, ponen de manifiesto una realidad que no deja de ser preocupante, y es que los cambios sociales no pueden instaurarse o imponerse por la fuerza, la cual se hace presente en las sentencias, ordenanzas, fallos o incluso leyes que pretenden implantar una nueva forma de pensar; pues por el contrario el cambio se

genera desde procesos de educación y reeducación y no desde imposiciones como se ha pretendido hacer, no solo en este tema, sino en muchos otros escenarios de realidad del país los cuales se han querido abordar a punta de leyes que conllevan a que en paralelo se gesten formas de evadirlas o aplicarlas parcialmente. El derecho y la educación son dos herramientas que deben ir de la mano para que generen un impacto sobre la realidad que pretenden mejorar o modificar; es desde esta comprensión que el legislador entenderá su papel en función de la sociedad y los jueces en aplicación de las normas y sometidos a los principios constitucionales se limitaran a aplicar las normas en derecho y con ello no generaran las controversias que en el escenario mediático actual son obligatorios por tratarse de temas candentes que son promocionados a partir del amarillismo y el morbo social.

8. Lo concerniente al derecho comparado, permite establecer un esfuerzo legislativo de algunos países, en pro de promover un marco normativo que les brinde seguridad a la comunidad LGBT privada de la libertad, para que gocen de la visita íntima, sin sufrir discriminación alguna; situación que permite señalar que aún falta un gran recorrido en la materia para que Latinoamérica se equipare a los avances del continente europeo.

Referencias

• Libros y artículos.

- Amich, C. (2007). Cultura homosexual, sujeto homosexual y Derechos Humanos. *Nueva Epoca No. 5*, 199-219.
- Bernal, A. (2010). *Metodología de la investigación* (3 ed.). Colombia: Pearson.
- Blanc, J. (2015). *Situación de personas LGBT privadas de libertad en América Latina. Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Washington: CIDH.
- Bohórquez, V. (2015). *Del amor y otras condenas: personas LGBT en las cárceles de Colombia*. Bogotá, D.C: Colombia Diversa.
- Durán, V. (22 de abril de 2001). *Estado Social de Derecho, democracia y participación*. . Obtenido de https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/4/44/Estado_Social_de_Derecho,_Democracia_y_Participaci%C3%B3n.pdf
- Fajardo, A. (2005). *Voces excluidas: legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia*. Bogotá, D.C.: Line Visión Gráfica.
- Gaitán, G. O. (2000). *Análisis de la situación carcelaria en Colombia: un enfoque cualitativo*. Colombia: CIJUS.
- Gámez, R. (2008). *Logros y desafíos del movimiento LGBT de Bogotá para el reconocimiento de sus derechos*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Políticas y relaciones internacionales. .
- Goodman, R. (1995). The Incorporation of Internacional Human Rights Standards into sexual orientation asylum claims: cases of involuntary 'medical' intervention. *Yale Law Journal, Vol. 105*, 264-275.
- Hernández S, Fernández C y Baptista L. (2010). *Metodología de la Investigación* (5 ed.). México: Mc Graw Hill.
- Lewin y Meyer. (2002). Torture and ill - treatment based on sexual identity: the roles and responsibilities of health professionals and their institutions. *Health and Human Rights, 6*(1), 125 - 182.
- Montoya, M. (2006). Aproximación bioética a las terapias reparativas. Tratamiento para el cambio de orientación sexual. *Acta Bioethica, 12*(2), 199 - 210.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.
- Ottoson, D. (2006). *LGBT world legal wrap up survey*. New York: Ed. International Lesbian and Gay Association.
- Palacios y Romañach. (2008). El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad). *Intersticios, 2*(2), 37 - 47.
- Parra, P. (2015). *La verdad de la comunidad LGBTI en las cárceles colombianas*. (Tesis de grado). Bogotá, D.C: Universidad Militar Nueva Granada - Facultad de Derecho.
- Peces - Barba. (1991). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (Vol. I). Madrid: Eudema.

- Perez, V, Ramos, P, Villa, Q, Mier, B y Lozano, B. (2006). *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y defensa*. Bogotá, D.C: ONU.
- Pérez, O, Ramos, R y Ávila, R. (2009). *Situación de las personas identificadas como colectivo LGBT Privadas de la libertad en Cárceles de Colombia*. Cucuta: Defensoría del Pueblo de Colombia.
- Pichardo, G. (2009). (Homo)sexualidad y familia: cambios y continuidad al inicio del tercer milenio. *Política y Sociedad*, 46(1 y 2), 143 - 160.
- Pillay, N. (2009). *Nacidos libres e iguales. Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Rey, M. (enero - abril de 2005). Homosexualidad y Constitución. *Revista española de Derecho Constitucional*(73), 111 - 156.
- Romero, M. (2011). *Homosexualidad y familia: ¿Integración o rechazo?* (Tesis de grado). Santiago de Chile: Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- Rubio, J. (2009). *Aspectos sociológicos de la transexualidad*. Obtenido de <http://www.ucm.es/info/nomadas/21/fjrarribas.pdf>
- Salazar, Islas, Seret y Salazar. (2007). *Discriminación, democraccia, lenguaje y género*. México, D.F: Investigación y análisis.
- Sánchez, Z. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigaren el Derecho. *Revista telemática de Filosofía del Derecho*(14), 317 - 358.
- Strlkov, A. (2004). *Identidad / es Gay?: estereotipo y singularidades*. (Tesis de grado). Argentina: Universidad Nacional de la Plata - Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación.
- Talavera, F. (1 de julio de 1998). *El reconocimiento de las uniones homosexuales en la ley de uniones estables de pareja de Catalunya*. Obtenido de <http://www.uv.es/CEFD/1/talavera.html>
- Téllez, A. (2008). *Sexualidad, género, cambio de roles y nuevos modelos de familia*. (Tesis de grado). España : Universidad Miguel Hernández.
- Varela, V. (2015). *Yo soy trans*. Uruguay: Rondon House editores.
- Weimberg, G. (1972). *Society and the healthy homosexual*. New York: St. Martin Press.

• **Jurisprudencia**

- Corte Constitucional Sentencia SU - 337. (1999). Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia T - 062. (2011). Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia T - 372. (2013). Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia T - 388. (2013). Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia T - 474. (2012). Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia T - 477. (1995). Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia T - 499. (2003). Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia T - 599. (2013). Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia T - 815. (2013). Colombia.
- Corte Constitucional Sentencia, T - 061. (2011). Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional, S. T.-2. (2002). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional, Sentencia T - 273. (1993). Bogotá, D.C.
Corte Constitucional, Sentencia T - 424. (1992). Bogotá, D.C.

- **Marco normativo y legal**

- Acuerdo 0011. (31 de Octubre de 1995). Por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los Reglamentos Internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios. Bogotá, D.C.: Instituto Nacional Penitenciario -INPEC- .
- Asociación para la prevención de la tortura [APT]. (2013). *Personas LGBTI privadas de la libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*. Obtenido de apt.ch: http://www.apt.ch/content/files_res/lgbti-persons-deprived-of-their-liberty-es.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). *Informe N° 71/99 - Marta Kucía Alvarez vs Colombia* . Washington, D.C.: CIDH.
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. (2015). *SITUACIÓN DE PERSONAS LGBT PRIVADAS DE LIBERTAD EN AMÉRICA LATINA*. Washington, D.C.: CIDH.
- Constitución Política de Colombia de 1991. (2015). Bogotá, D.C: Legis.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (20 de abril de 2015). Obtenido de oas.org: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2009). *Situación de las personas identificadas como del colectivo LGBT*. Colombia : Defensoría del Pueblo de Colombia.
- Directiva Permanente 00010. (05 de Julio de 2011). Respeto a las Personas LGBTI en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional. Bogotá, D.C.: Instituto Nacional Penitenciario -INPEC-.
- INPEC. (5 de julio de 2011). Respeto a las personas LGBTI en los establecimientos de reclusión del orden nacional. *Directiva permanente No, 000010* . Bogotá, D.C.
- INPEC. (2015). *Informe estadístico junio 2015*. Bogotá, D.C.: INPEC.
- INPEC. (2016). *Informe estadístico marzo 2016*. Bogotá, D.C.: INPEC.
- Ley 55. (01 de Agosto de 2003). Que Organiza el Sistema Penitenciario . *Gaceta Oficial 24857*. Panamá.: Asamblea Legislativa de la República de Panamá.
- Ley 65. (20 de Agosto de 1993). Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario. *Diario Oficial No. 40.999*. Bogotá, D.C.: Congreso de la República de Colombia.
- Ministerio de la Protección Social. (2011). *Guía de prevención VIH/Sida. Población privada de la libertad*. Bogotá, D.D: Ministerio de la Protección Social.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2013). *Visitas Íntimas para las personas privadas de la Libertad en Panamá*. Bogotá, D.C.: UNODC .
- Oficio 011. (04 de Diciembre de 2008). Visita Conyugal Lésbica . Bogotá, D.C.: Instituto Nacional Penitenciario -INPEC- .
- Organización de las Naciones Unidas . (2007). *Principios de Yogyakarta*. Obtenido de [yogyakartaprinciples.org](http://www.yogyakartaprinciples.org): http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (13 de septiembre de 2005). *Hacia el pleno respeto de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas*.

Obtenido de
<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamentos/ponencias/po0579.pdf>
Paraguay - Informe Derechos Humanos 2013. (15 de agosto de 2013). *photos.state.gov*.
Obtenido de
<http://photos.state.gov/libraries/paraguay/231771/PDFs/PARAGUAY-%20INFORME%20DERECHOS%20HUMANOS%202013.pdf>
Presidencia de la República. (2016). Por el cual se adopta la Política Pública Nacional para el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). Colombia.
Programa para fortalecer la respuesta centroamericana al VIH [PASCA]. (1 de enero - febrero de 2015). *Se presenta primer diagnóstico de necesidades de la población LGBT privadas de la libertad*. Obtenido de *pasca.org*:
http://www.pasca.org/noticias/docs/GT139_021615.pdf
Resolução Conjunta Nº 1. (29 de Junio de 2011). Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais. Brasília : Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. .
Resolución 119/208. (20 de Junio de 2008). Reglamento Carcelario. Montevideo: Dirección Nacional de Cárceles, Penitenciaría y Centros de Recuperación. .
Secretaría Distrital de Integración Social. (2011). *Bogotá le dice sí a la diversidad de las familias*. Bogotá, D.C: Integración Social.