

TRATAMIENTO DE POBLACION RECLUSA QUE PERTENECE A MINORIAS DE IDENTIDAD SEXUAL

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

DISCRIMINACION DERIVADA DE LA IDENTIDAD SEXUAL DIVERSA-Caso de internos en establecimientos penitenciarios

Decisiones anteriores de esta Corporación han fijado reglas jurisprudenciales definidas en materia de protección de los derechos fundamentales de los reclusos, en general, y de aquellos internos con orientación o identidad sexual diversa, en particular. 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. Las citadas limitaciones y restricciones, no obstante, deben cumplir con 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 (i) desconozcan la prohibición constitucional de discriminación en razón de la identidad u opción sexual; o (ii) 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

RESTRICCION Y LIMITACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS RECLUSAS-Validez constitucional

El criterio que permite concluir la validez constitucional de la restricción y limitación de derechos fundamentales de las personas reclusas es la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impuesta. Esto implica, en síntesis, (i) que las medidas adoptadas no pueden tener un grado de intensidad que implique la afectación del núcleo esencial de derechos diferentes a la

libertad de locomoción y la libertad personal; (ii) que la medida tenga como propósito cumplir una finalidad constitucionalmente legítima, esto es, intrínseca y comprobadamente relacionada con los objetivos legítimos de la sanción penal; y (iii) que la medida sea idónea para cumplir el objetivo. Ahora bien, la intensidad del juicio de proporcionalidad dependerá del derecho fundamental que se encuentre en juego. Como se explicará más adelante, cuando la medida adoptada involucre una discriminación entre las personas reclusas fundada en un criterio sospechoso, como es la identidad sexual, el juicio deberá ser estricto. En este caso, la medida debe buscar satisfacer un fin constitucional imperioso y, a su vez, debe ser imprescindible para lograr tal finalidad

PROTECCION DE LA IDENTIDAD SEXUAL

La protección de la identidad sexual, entendida como la comprensión que tiene el individuo sobre su propio género, como de la opción sexual, esto es, la decisión acerca de la inclinación erótica hacia determinado género, es un asunto tratado a profundidad por la jurisprudencia constitucional. Este precedente sostiene, de manera uniforme, que la mencionada protección encuentra sustento constitucional en distintas fuentes. 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. Así, al estudiar la constitucionalidad de normas legales que restringían la pensión de sobrevivientes a la pareja heterosexual, con exclusión de la homosexual, la Corte ha planteado que “[d]eclarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.” Es evidente que la opción y la identidad sexual hacen parte de las condiciones inmateriales integrantes de la dignidad humana. Con base en las conclusiones expuestas, la

jurisprudencia constitucional ha previsto que la opción sexual hace parte del ámbito protegido de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. La Corte insiste en que la definición acerca de dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que (i) censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o (ii) imponga sanciones o, de manera amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales

OPCION SEXUAL-Jurisprudencia la ha identificado como uno de los criterios sospechosos de discriminación

La jurisprudencia ha identificado cómo la opción sexual es uno de los criterios sospechosos, de discriminación contraria al derecho a la igualdad. De acuerdo con la fórmula prevista en el artículo 13 C.P., las razones de sexo son uno de los aspectos en los que la Constitución prohíbe la discriminación entre las personas. Esta categoría, de acuerdo con la jurisprudencia, incorpora a la opción y orientación sexual, de modo que los tratamientos diferenciados que impongan el Estado o los particulares fundados, de manera exclusiva, en esas características del individuo, son incompatibles con el derecho a la igualdad. En otras palabras, la identidad sexual no puede conformar, en sí mismo, un parámetro para la imposición de tratamientos discriminatorios, ni menos sanciones o diferenciaciones jurídicas que impongan límites, barreras, distinciones o requisitos más gravosos para el logro de finalidades propias del ordenamiento legal, de cualquier índole. Esta regla se hace evidente, entre otros fallos, en la sentencia C-336/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), en la cual la Corte estudió la constitucionalidad de las normas que restringían el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo. En esa decisión se hizo una descripción de las normas constitucionales, los pronunciamientos de organismos de derecho internacional de los derechos humanos y los precedentes más importantes de esta Corporación, que llevan a concluir que la identidad sexual es uno de los motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación. De lo señalado en la jurisprudencia constitucional se concluye que, al igual que como sucede con los demás criterios sospechosos de discriminación, para que puedan imponerse un tratamiento diferenciado fundado en la identidad sexual, debe estarse ante (i) una razón suficiente para ello; y (ii) cumplirse con un juicio estricto de constitucionalidad, el cual demuestre que la medida basada en dicho tratamiento es la única posible para cumplir con un fin constitucional imperioso. En caso que no se cumplan estas estrictas condiciones, la medida devendrá incompatible con los postulados constitucionales

DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS CON IDENTIDAD SEXUAL DIVERSA-Presentación personal no es un problema menor para reclusas travestis

Contrario a como lo expresa el Tribunal, la presentación personal no es un problema menor para las reclusas travestis, sino que, antes bien, es un aspecto crítico para la definición y ejercicio de la identidad sexual. En ese sentido, el análisis debió centrarse en (i) identificar la importancia de la apariencia personal para las personas de identidad sexual diversa; (ii) determinar si existía una razón suficiente para fijar restricciones a la misma; y (iii) efectuar un juicio estricto de las medidas impuestas por el establecimiento penitenciario, habida cuenta que estaban basadas en un criterio sospechoso de discriminación. Estos pasos, que son la aproximación constitucional adecuada al problema jurídico planteado, fueron pretermitidos por el Tribunal, lo que lleva necesariamente a revocar la sentencia de segundo grado

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS PERSONAS CON ORIENTACION SEXUAL DIVERSA-Campaña de sensibilización y capacitación a reclusos y funcionarios integrantes de guardia penitenciaria

A pesar que como se ha explicado, en el caso concreto se está ante la carencia actual de objeto, la Sala también advierte que el tratamiento que el Establecimiento Penitenciario de Yopal otorga a las personas reclusas de identidad sexual diversa contradice tanto los postulados constitucionales como las políticas que para el efecto prevé el Inpec. Por ello, con el fin de prevenir que en el futuro se ejerzan acciones contrarias a los derechos fundamentales de los internos, la Corte ordenará a dicho establecimiento que, con el acompañamiento de sus superiores funcionales, adelante una campaña de sensibilización y capacitación a reclusos y funcionarios integrantes de la guardia penitenciaria, sobre el tratamiento constitucional de las personas reclusas con diversidad sexual diversa, según lo expuesto en esta sentencia. Del mismo modo, se prevendrá a la institución demandada que se abstenga de repetir actuaciones contrarias a las personas de identidad u opción sexual diversa. Finalmente, se exhortará al Inpec para que adelante modificaciones al reglamento penitenciario, a fin de incorporar reglas particulares sobre el tratamiento constitucional de las personas internas de identidad u opción sexual diversas, que resulten compatibles con la doctrina constitucional

OPCION SEXUAL DE INTERNO-Cabello largo y kit de maquillaje

Referencia: expediente T-2.821.851

Acción de tutela interpuesta por Erick Yosimar Ortiz Lastra contra el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare)

Magistrado Ponente:
LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Único Penal del Circuito de Yopal (Casanare) y la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de la misma ciudad, que resolvieron la acción de tutela interpuesta Erick Yosimar Ortiz Lastra contra el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1.1. Erick Yosimar Lastra Ortiz, interno¹ del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare), manifiesta que tiene la condición de “gay transexual”. Por este motivo porta el cabello largo y usa productos de maquillaje y accesorios que considera acordes con su identidad sexual.

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

¹ La identidad sexual diversa del actor lleva a cuestionarse la denominación de género que en esta sentencia debe otorgársele. El hecho que el accionante se reconozca como travesti, llevaría a que la Corte lo identificara bajo el género femenino, a fin de hacer compatible su tratamiento en sede judicial con su identidad. No obstante, el mismo ciudadano se auto reconoce de manera mixta, y en muchas ocasiones de define como el recluso, interno o accionante. Por esta razón, la Sala usará la denominación masculina en este fallo, sin que ello deba entenderse como la negación de la identidad sexual del afectado.

1.2. Estos comportamientos llevan al actor a concluir que los servidores públicos del establecimiento penitenciario desconocía sus derechos fundamentales. Por ende, impetró acción de tutela, destinada a lograr su protección, a través de la orden a dicha entidad, con el fin que ordenara a sus funcionarios que se abstuvieran de continuar con los tratamientos expuestos y le restituyeran y permitieran usar los objetos decomisados.

2. Respuesta de la autoridad accionada

Mediante comunicación radicada en el Juzgado de primera instancia el 21 de junio de 2010, el director del establecimiento penitenciario indica que las medidas impuestas al actor se enmarcan dentro de las previsiones del Acuerdo 0011 de 1995, que prevé el reglamento general al cual deben someterse los reglamentos internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios. Precisa que de conformidad con el artículo 38 de dicha normatividad, dentro de las prohibiciones de los internos relacionadas con la higiene personal, está la de uso de barba o cabello largo. En ese sentido, la obligación de portar el pelo corto por parte del accionante se derivaba de dicha prescripción.

Similares consideraciones eran aplicables respecto de los objetos incautados. El artículo 48 de la disposición en comento prevé que dentro los elementos cuyo ingreso y tenencia por parte de los internos están prohibidos, se encuentran los *“brazaletes, pelucas, maquillaje femenino, prendas femeninas, gabanes y abrigos”*.

En relación concreta con los argumentos planteados por el actor, la entidad demandada señala que una vez ingresó al establecimiento carcelario, se le puso de presente el contenido del reglamento interno. Sin embargo, *“... se negó a someterse a la misma argumentando que tenía un fallo de tutela a su favor, donde se le garantizaba el derecho a tener el cabello largo, una vez conocida esta información el comando de Vigilancia procedió a dar un tiempo prudencial al interno para que aportara dicho fallo pero a la fecha no lo ha allegado al Comando de Vigilancia, de esta manera se muestra que en el Establecimiento se garantiza los derechos de los internos pues el proceder de esta manera el funcionario en mención denota esta premisa. (sic)”* Agrega que en relación con los presuntos maltratamientos y burlas, no conoce informes sobre ese particular, distintos a que el personal de guardia manifiesta *“no haber tenido tratos diferentes al estrictamente necesario sin degradar la condición de este tipo de internos.”*

Con base en los argumentos anteriores, solicitó que se negara la protección judicial de los derechos fundamentales del interno.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera instancia

El Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal, mediante sentencia del 1º de julio de 2010, declaró procedente la acción de tutela. Determinó para ello que a partir de los contenidos de la Constitución y su interpretación por parte de la Corte, se infiere un mandato de no discriminación y protección del libre desarrollo de la personalidad de las minorías de identidad sexual, entre ellos las travestis. Tales postulados eran desconocidos por las normas del reglamento carcelario, el cual impone limitaciones incompatibles con el ejercicio de dicha identidad. Para el juez de tutela *“[e]sta incompatibilidad entre los derechos de los travestis en las cárceles y los reglamentos y prácticas penitenciarias no tiene ningún sustento normativo. El respeto de los derechos de los travestis, de hecho, responde a los objetivos del sistema penitenciario en un Estado Social de Derecho, como lo expresa nuestra Carta Política. (...) También se lesiona el libre desarrollo de la personalidad, cuando las directivas del centro de reclusión y las demás personas que allí labora (...) pretenden imponer a Erick Yosimar Lastra la obligación de comportarse como un hombre por encontrarse en un reclusorio para varones, cuando bastante ha demostrado que para nada le interesa ser un varón, y que por el contrario desea verse y sentirse como mujer.”*

En concordancia con lo expuesto, el juez de tutela advierte que el uso de determinadas prendas, arreglos de cabello y accesorios, hace parte de la conformación de la identidad sexual del interno. Por ende, las prohibiciones de ejercer esas opciones y el decomiso de los elementos que las permiten, son acciones contrarias a los derechos fundamentales del actor. En términos del fallo y fundado en las consideraciones contenidas en la sentencia T-705/96, *“[e]stas medidas son, en lo que a los derechos de las travestis recluidas en las cárceles se refiere, desproporcionadas. Las personas privadas de la libertad tienen derecho a adoptar y a mantener una identidad personal, a expresar su individualidad y sexualidad, a un nombre, a la intimidad, y a una forma de vestir acorde con su identidad cultural. En cuanto a las travestis, el pelo y el vestido tienen una relación directa con su identidad de género, son parte integral de su construcción social y sexual. Así las cosas, forzarlas a cortarse el pelo y a vestirse como hombre viola su proyecto de vida y afecta el núcleo esencial de sus derechos.”*

De acuerdo con los argumentos descritos, el juez ordenó a la entidad accionada que instruyera a sus servidores para que cesaran las burlas y mofas contra el interno. Igualmente, dispuso la devolución de los elementos de belleza y prohibió que fuera sometido a corte de pelo o a usar vestuario masculino.

3.2. Impugnación

El director del establecimiento penitenciario impugnó el fallo de primera instancia. Señaló que la privación de los elementos de maquillaje y accesorios del actor no tiene efectos en cuanto a la vulneración de sus derechos fundamentales, en tanto *“el kit de belleza no se constituye en opción vital para el accionante, dado que el mismo no lo requiere para ocultar algún defecto que afecte directamente su salud mental, es de anotar que los internos a nivel*

nacional se les restringe del uso de ciertos elementos sin que esto afecte de manera vital su libre desarrollo de la personalidad y si lo vemos desde el punto de vista del tratamiento, el que cumpla con los reglamentos establecidos crea patrones en el individuo para que el momento de estar en sociedad le sea más fácil adaptarse a las normas preestablecidas en la misma.”

Señala, en el mismo orden de ideas, que permitir que el actor llevara la apariencia física que desea, *“afectaría la disciplina y por ende la seguridad de los internos, pues esto crea inconformismo entre la población por darse un trato especial a este interno autorizando los elementos en mención”*. Estas consecuencias, a su vez, tendrían efectos en el proceso de resocialización de los reclusos.

3.3. Segunda instancia

A través de fallo del 20 de agosto de 2010, la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Yopal (Casanare) revocó la sentencia impugnada y negó el amparo de los derechos fundamentales. Para ello, partió de considerar que las prohibiciones y limitaciones planteadas por el director del establecimiento carcelario no eran arbitrarias, sino que estaban sustentadas en claros mandatos legales y reglamentarios. A su vez, tales previsiones estaban basadas en un presupuesto jurídico razonable, como es la posibilidad legítima que los derechos fundamentales del interno sean restringidos, sin que puedan desconocerse, en el marco de la privación de la libertad. Así, *“[c]ada recluso debe soportar la privación de sus derechos aun fundamentales, que solo se conservan en el límite aceptable para el ser humano, como las necesidades básicas de vestuario, alimentación, salud y trabajo, aunque éste con ciertas limitaciones igualmente. Un homosexual en estas condiciones de dominación legítima por parte del Estado debe soportar las limitaciones como se le imponen a todo recluso, masculino o femenino. Su condición sexual en tal estado no le da la condición de persona especial.”*

Para el caso analizado, el Tribunal sostiene que *“... las limitaciones que se imponen al preso en este caso, que se contraen a peluquería, vestuario y no maquillaje; no son de tal envergadura que éste vea frustrada su vida. No es tal el sentido de la protección de los derechos fundamentales que se provee por medio de la tutela, pues debe existir un daño real, un resultado trascendente y negativo. No meramente una indignación o discurso por no usar una prenda o por no pintarse los labios. || Esta limitación es explicable y justificada porque se trata de un recluso, y además no se traduce en la prohibición que inhibe el desarrollo de su personalidad, porque este impedimento lo es, de por sí, la reclusión misma, la cual debe soportar.”*

4. Actuación ante la Corte Constitucional

4.1. Una vez remitido el expediente a la Corte y con anterioridad a proferirse la decisión sobre su selección para revisión, la Secretaria General del Tribunal

Superior de Yopal puso en conocimiento de esta Corporación la información relacionada con el traslado del actor al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá). A ese respecto, remitió original del oficio del 6 de septiembre de 2010, suscrito por el Asesor Jurídico del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio, que da cuenta de ese hecho.

4.2. Las sentencias de tutelas descritas en el apartado anterior fueron seleccionadas para revisión, de acuerdo con lo previsto en el Auto del 14 de octubre de 2010, proferido por la Sala de Sección número 10. El asunto fue repartido, en el mismo proveído, a la presente Sala de Revisión.

4.3. En razón de lo informado por la Secretaría General del Tribunal de tutela de segunda instancia, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del 6 de diciembre de 2010, decretó pruebas tendientes a que el director del establecimiento penitenciario de Santa Rosa de Viterbo informara a la Corte acerca de (i) cuáles eran las condiciones de reclusión del actor; (ii) si durante su permanencia en ese Establecimiento Penitenciario, ha sido sujeto de restricciones relacionadas con, entre otros asuntos, la presentación personal, específicamente uso de maquillaje y pelo largo; el ingreso de elementos de maquillaje y prendas de vestir; el ingreso de accesorios para uso personal, como aretes, brazaletes y similares; y la visita íntima; y (iii) si tenía información acerca de maltratos, presiones, burlas u otras acciones de esa naturaleza contra el interno, por parte del personal de custodia y vigilancia del establecimiento carcelario.

Del mismo modo, el magistrado sustanciador ordenó oficiar al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec, con el fin que informara a la Corte acerca de la política pública implementada por ese Instituto respecto del tratamiento de la población reclusa que pertenece a minorías de identidad sexual (gays, lesbianas, transexuales y bisexuales). De manera específica, se requirió ilustrar a la Corte sobre las acciones que el Inpec ha adelantado respecto de los internos travestis.

4.4. Mediante correspondencia recibida en esta Corporación el 12 de enero de 2011, el Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Santa Rosa de Viterbo, remitió la información solicitada, para lo cual expresó los siguientes tópicos:

4.4.1. El actor se encuentra recluido en ese centro penitenciario desde el 28 de agosto de 2010. Le fue asignada su ubicación en el patio tres y actualmente desempeña la actividad de telares y tejidos, conforme la aprobación otorgada por la Junta de Asignación de Trabajo y Estudio.

4.4.2. Indica que el interno está en condiciones adecuadas físicas y de reclusión. Informa que “... *tiene un alojamiento digno, (...) cuenta con dos planchas, colchoneta, cobijas, con servicios básicos como es baño y cuenta con los servicios médicos y odontológicos; su alimentación es buena y se cuenta bajo*

valoración nutricional y de dieta especial con todas las condiciones de higiene y nutrición.” Para probar esta afirmación, remite copia de la historia clínica del actor, la cual da cuenta de su estado de salud.

4.4.3. En relación concreta con la evaluación de las condiciones del interno, relacionadas con su identidad sexual, el funcionario expresa que “... *teniendo en cuenta la condición natural del interno (transgenerista) y con el fin de no violar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y no fuera objeto (sic) de discriminación por parte de la población reclusa y de la misma manera que su conducta no interfiera en las otras personas y de las funciones de nuestro instituto como es la disciplina y la seguridad, se le dio a conocer la normatividad como es el acuerdo 0011 de 1995 y el reglamento de régimen interno de este centro carcelario; donde el interno ha utilizado vestuario unisex, elementos básicos de presentación personal. Respecto al cabello actualmente lo tiene largo. Dentro de los registros no se encuentra que haya recibido maquillaje. || Respecto a su visita en el registro de este establecimiento no registra ingreso de ningún visitante a nombre de él; el procedimiento es que los internos registran los nombres de los visitantes y se registran en la base de datos que se lleva en el Establecimiento, al interno no le ha ingresado visita, pero es porque no lo han venido a visitar; no es por ninguna restricción del establecimiento. || Las visitas íntimas los internos las reciben en sus correspondientes celdas, pero hasta la fecha el interno no ha solicitado visita íntima y por eso no cuenta con ella. No ha sido víctima de maltratos, burlas u otras acciones de esa naturaleza por parte de interno y mucho menos de funcionarios uniformados o administrativos*”.

El Director remite a la Corte distintos documentos que dan cuenta de las condiciones de reclusión del accionante. Debe destacarse, en primer lugar, el acta de la “exposición de motivos” realizada el 16 de diciembre de 2010. En esta diligencia administrativa el comando de vigilancia del establecimiento carcelario interrogó al actor sobre las citadas condiciones. Manifestó que (i) su estado de salud era bueno, habiéndosele diagnosticado bajo peso, por lo que está en un programa nutricional; (ii) está conforme con sus condiciones de reclusión y destaca que los internos del patio son “*muy respetuosos*”, puesto que “... *nunca he recibido ningún irrespeto ni maltratos por parte de la guardia ni de ninguna persona del establecimiento.*”; (iii) niega haber sido sujeto de restricciones en lo que se refiere a su presentación personal en su condición de transgenerista. Señala que en relación particular con el maquillaje, no lo ha utilizado pues no le ha sido enviado. Expresa que no ha recibido visita íntima, pero que el establecimiento ofrece las condiciones para ello: (iv) manifiesta que conoce el reglamento de la penitenciaría y que es consciente que algunos elementos no pueden ingresarse por motivos de seguridad. Empero, no identifica a qué objetos refiere la restricción; (v) informó que al ingresar al establecimiento carcelario se le indicó como parte su proceso de inducción que “... *podía ser sometido a discriminación por parte de los internos, pero no ha sucedido y me dijeron que fuera discreto en el sentido de la forma de vestir, las relaciones de compañeros o de pareja si llegaba a tener, para no tener problemas en el patio.*”; (vi) expresó,

cuando se le dio la oportunidad de complementar su declaración, que “... *este establecimiento ha sido el único que ha respetado mi condición y no ha discriminado mi personalidad, además este tipo de preguntas creo que obedecen a una acción de tutela que coloqué en el EPMS de Yopal, por la cual me trasladaron a Cáqueza, sucedió que en Yopal si hubo maltrato verbal, psicológico y discriminación hacia mi. Allá me hicieron cortar el pelo y nunca hicieron cumplir la tutela de la cual yo conservo copia que indicaba regresar mi maquillaje tres días de la notificación (sic) y cesar mofas y burlas al accionante.*”

A su vez, el Director remitió con la respuesta copia del oficio enviado por el interno a la Defensoría del Pueblo, con fecha 21 de octubre de 2010, en el que solicita la “anulación de petición” de traslado a otro centro penitenciario. Ello en razón de que había obtenido un tratamiento adecuado en el establecimiento de Santa Rosa de Viterbo. Del mismo modo, obra copia del oficio remitido por Martha Patricia Vergara Herrera, Defensora Pública, quien solicita al Director del establecimiento que resuelva favorablemente la solicitud del actor de continuar cumpliendo su pena en el establecimiento. Sobre el particular parte de considerar que de conformidad con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, el Inpec está obligado a la “separación por categorías”, referidas a la identidad sexual, entre los distintas modalidades de personas internas. Empero, señala que “[p]or las especiales condiciones y diferencias sexuales, estas minorías están sujetas al desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos que tienen como personas, contraviniendo las normas de Derecho Internacional e internas que sobre el respecto rigen para nuestro país, no para que se entienda que aquí está sucediendo pues nada ha manifestado el citado ejecutor de pena a la suscrita, por tanto no se persigue un traslado de establecimiento sino la consideración de separación de estos internos en la categoría de transgeneristas de manera *sui generis*. || El interno manifiesta sentirse cómodo en este Establecimiento, y como no se ha considerado por el instituto penitenciario aún esta viabilidad de generación de estos espacios particularmente viable resulta que continúe ejecutando aquí su pena.”

4.5. La Jefe de la Oficina Jurídica del Inpec, mediante oficio radicado el 16 de diciembre de 2010, explicó a la Corte que en relación con los programas adelantados por ese organismo en materia de tratamiento de personas reclusas de identidades sexuales diversas, el Grupo de Derechos Humanos del Instituto informó que en la actualidad está elaborando junto con la Subdirección de Reinserción Social un cronograma para ser presentado ante el Ministerio de Interior y de Justicia. Ello con el fin de adelantar un proceso de asistencia técnica que permita atender las demandas de la población reclusa mencionada. Para este fin, se deberán desarrollar directrices y procesos de sensibilización en el marco de derechos y garantías, acciones enfocadas a los funcionarios que ejercen la actividad penitenciaria.

Agregó que la Subdirección de Reinserción social del mismo Instituto expresó que desde 2009 y con base en las directrices dadas para el efecto por el

Ministerio de Interior y de Justicia, se ha fijado la meta de ofrecer una política de enfoque diferencial para la población LGTBI. En ese marco, señala que dicha oficina, *“ha liderado algunos acercamientos para conocer los avances que han suscitado algunas instituciones del Estado, como Alcaldía de Bogotá, Planeación Distrital y ONGs, en la perspectiva del derecho con enfoque de identidades de género y orientaciones sexuales en las políticas, planes, programas y proyectos, para atender y beneficiar a la población LGTBI.”*

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Metodología de la decisión

1. Del material probatorio recaudado en sede de revisión, se encuentra que la vulneración de los derechos del accionante ha cesado. Ello debido a que luego del traslado al establecimiento penitenciario de Santa Rosa de Viterbo, ha logrado un tratamiento que la Sala advierte compatible con sus derechos fundamentales. No obstante, la Corte también encuentra que, a pesar que lo anterior inhibiría a esta Corporación para otorgar órdenes de protección específicas a favor del actor, en todo caso es necesario conceder la protección de los derechos invocados, a fin de revocar la decisión de segunda instancia, la cual es contraria al contenido y alcance de esas garantías constitucionales.

Por ende, para resolver el asunto planteado, la Sala adoptará la siguiente metodología. En primer término, hará una breve exposición de las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte en materia de prohibición de discriminación en razón de la pertenencia a minorías de identidad sexual, haciéndose especial énfasis en las decisiones que han previsto la vigencia de esa regla en el caso de las personas privadas de la libertad. Luego, demostrará cómo la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Yopal es abiertamente contraria a dicho precedente. Por último, expondrá la necesidad de dictar órdenes de prevención contra el establecimiento penitenciario de la misma ciudad, con el fin de evitar que se repitan los hechos que motivaron la presente acción de tutela.

Prohibición de discriminación derivada de la identidad sexual diversa. El caso de las personas internas en establecimientos penitenciarios. Reiteración de jurisprudencia

2. Decisiones anteriores de esta Corporación han fijado reglas jurisprudenciales definidas en materia de protección de los derechos fundamentales de los reclusos, en general, y de aquellos internos con orientación o identidad sexual diversa, en particular. 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. Las citadas limitaciones y restricciones, no obstante, deben cumplir con 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 (i) desconozcan la prohibición constitucional de discriminación en razón de la identidad u opción sexual; o (ii) 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.

3. 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.

Este ha sido el sentido de la jurisprudencia al indicar que *“...es evidente que aunque los derechos fundamentales de los presos como la libertad personal y la libertad de locomoción se encuentran suspendidos, otros derechos fundamentales como la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión, se encuentran restringidos como consecuencia de las condiciones propias de la reclusión². Sin embargo, en el mismo sentido, la jurisprudencia ha indicado que los derechos fundamentales de los reclusos a la dignidad humana, la vida, la salud, la integridad personal, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al debido proceso y de petición, no pueden ser limitados de ninguna manera por las autoridades penitenciarias y carcelarias^{3,4}*

² Al respecto, se pueden consultar entre otras, las sentencias T-065 de 1995 y T-222 de 1993.

³ Ver entre otras, la sentencia T-158 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada a su vez en la sentencia T-894 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas. En aquella oportunidad, la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional con relación a la situación de hacinamiento en las cárceles del país. En este sentido, precisó lo siguiente: *“En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que, si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos. Así, por ejemplo, evidentemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos. Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad. Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la*

4. El criterio que permite concluir la validez constitucional de la restricción y limitación de derechos fundamentales de las personas reclusas es la razonabilidad y proporcionalidad de la medida impuesta. Esto implica, en síntesis, (i) que las medidas adoptadas no pueden tener un grado de intensidad que implique la afectación del núcleo esencial de derechos diferentes a la libertad de locomoción y la libertad personal; (ii) que la medida tenga como propósito cumplir una finalidad constitucionalmente legítima, esto es, intrínseca y comprobadamente relacionada con los objetivos legítimos de la sanción penal; y (iii) que la medida sea idónea para cumplir el objetivo. Ahora bien, la intensidad del juicio de proporcionalidad dependerá del derecho fundamental que se encuentre en juego. Como se explicará más adelante, cuando la medida adoptada involucre una discriminación entre las personas reclusas fundada en un *criterio sospechoso*, como es la identidad sexual, el juicio deberá ser estricto. En este caso, la medida debe buscar satisfacer un fin constitucional imperioso y, a su vez, debe ser imprescindible para lograr tal finalidad.

A este respecto, la Corte ha indicado que los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad son las herramientas para la evaluación sobre la constitucionalidad de las restricciones y limitaciones impuestas a las personas privadas de la libertad. Así, se ha previsto que “...si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección.”⁵ Del mismo modo, la Corte sostiene que “...[e]n cuanto a la razonabilidad, la Corte ha señalado que “[L]as limitaciones a los derechos fundamentales deben estar justificadas en un principio de razón suficiente aplicable, en especial, a la relación entre el fin buscado y el medio para alcanzarlo.”⁶ Por su parte, con relación a la proporcionalidad de la restricción a los derechos fundamentales de los reclusos, esta Corporación ha sostenido que frente al caso concreto, implica “[P]onderar intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional”, a fin de verificar si la restricción en comento no es excesiva⁷. En todo caso, en criterio de la Corte, sólo serán razonables y proporcionadas constitucionalmente, las limitaciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad que sean “[L]egítimamente derivadas de la

libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular.”

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-274/08 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-596/92 (M.P. Ciro Angarita Barón)

⁶ Sentencia T-982 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

⁷ Sentencia C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda.

medida de detención correspondiente”⁸.”⁹

5. Concurren, según lo expuesto, un grupo de derechos fundamentales de los internos objeto de protección. En la medida en que la privación de la libertad implica que los reclusos no estén en capacidad de prodigarse por sí mismos los mecanismos y recursos materiales para su satisfacción, tanto la jurisprudencia constitucional como la interpretación autorizada de las normas internacionales de derechos humanos concluyen que la responsabilidad en la protección y garantía de tales derechos corresponde al Estado, a través de las autoridades penitenciarias. Sobre el particular, la Corte ha previsto que la relación de especial sujeción en que se encuentran las personas reclusas respecto del Estado, tiene unos elementos característicos, a saber, “(i) *La subordinación*¹⁰ de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) *la cual se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial*¹¹ (controles disciplinarios¹² y administrativos¹³ especiales, y posibilidad de limitar¹⁴ el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) *Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado*¹⁵ por la Constitución y la ley. (iv) *La finalidad*¹⁶ del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (con medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena: la resocialización. (v) *Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales*¹⁷ (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos¹⁸, salud¹⁹) en cabeza de

⁸ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 21.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia

¹⁰ La subordinación tiene su fundamento en la obligación especial de la persona reclusa consistente en el deber de “cumplir una medida de aseguramiento, dada su vinculación a un proceso penal, o una pena debido a que es responsable de la comisión de un hecho punible”, así en la Sentencia T-065 de 1995. O también es vista como el resultado de la “inserción” del administrado en la organización administrativa penitenciaria por lo cual queda “sometido a un régimen jurídico especial”, así en la Sentencia T-705 de 1996.

¹¹ Desde los primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte identificó la existencia de un “régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos”, el cual incluye la suspensión y la limitación de algunos derechos fundamentales, en este sentido véase la Sentencia T-422 de 1992.

¹² Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos, así en la Sentencia T-596 de 1992.

¹³ Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas, así en la sentencia T-065 de 1995.

¹⁴ Sobre los tres regímenes de los derechos fundamentales de los reclusos, según la posibilidad de la suspensión, limitación y goce pleno, ver entre otras las sentencias T-222 de 1993, T-065 de 1995 y T-705 de 1996.

¹⁵ En este sentido véase la sentencia C-318 de 1995. La potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, “debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio”, así en la sentencia T-705 de 1996.

¹⁶ Sobre la finalidad de la limitación a los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, véase especialmente la sentencia T-705 de 1996. Sobre su relación con la posibilidad real de la resocialización véase la sentencia T-714 de 1996.

¹⁷ Entre los especiales derechos de los presos y su correlato, los deberes del Estado, como consecuencia del establecimiento de una relación especial de sujeción, se encuentran “el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene, lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica, y el derecho al descanso nocturno, entre otros”, citada de la sentencia T-596 de 1992.

¹⁸ Sobre la relación entre la continuidad en la prestación de los servicios públicos y los derechos fundamentales de los reclusos, en especial, el derecho a la dignidad humana, ver sentencia T-881 de 2002.

los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado.²⁰
 (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar²¹ de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).²²

De manera consonante, la Observación General 21 del Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, *“El trato humano de las personas privadas de su libertad”* prevé que al Estado tiene obligaciones positivas con la población reclusa, entre ellas, la garantía de que sean tratadas con humanidad y respeto de su dignidad, en tanto norma fundamental de aplicación universal. Esta garantía, habida cuenta su intangibilidad, (i) no puede estar sometida a la disponibilidad de recursos materiales del Estado; y (ii) debe protegerse sin distinción por ningún motivo, como, por ejemplo, la raza, color, sexo, género, religión, opinión política o de otro género, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

6. La protección de la identidad sexual, entendida como la comprensión que tiene el individuo sobre su propio género, como de la opción sexual, esto es, la decisión acerca de la inclinación erótica hacia determinado género, es un asunto tratado a profundidad por la jurisprudencia constitucional. Este precedente sostiene, de manera uniforme, que la mencionada protección encuentra sustento constitucional en distintas fuentes.

6.1. 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. Así, al estudiar la constitucionalidad de normas legales que restringían la pensión de sobrevivientes a la pareja heterosexual, con exclusión de la homosexual, la Corte ha planteado que

¹⁹ Sobre la caracterización del derecho a la salud de los reclusos como un derecho fundamental autónomo, a partir de la definición normativa de las relaciones de especial sujeción y la posición de garante del Estado, ver sentencia T-687 de 2003.

²⁰ Sobre los deberes especiales del Estado, ver sentencia T-966 de 2000.

²¹ Para la Corte esta garantía debe ser reforzada ya que el recluso, al estar sometido a una relación especial de sujeción, tiene limitado su derecho a escoger opciones y le es imposible autoabastecerse, en este sentido ver la sentencia T-522 de 1992. Además, se encuentra en un estado de “vulnerabilidad”, por lo cual la actividad del Estado en procura de la eficacia de los derechos fundamentales debe ser activa y no solo pasiva. En este sentido ver la sentencia T-388 de 1993, y en el mismo sentido la sentencia T-420 de 1994. El deber positivo surge, porque el recluso está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma los beneficios propios de las condiciones mínimas de una existencia digna, así en la sentencia T-714 de 1995, o se encuentra en estado de indefensión frente a terceros, así en la sentencia T-435 de 1997.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-490/04 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnett).

“[d]eclarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida. Por condiciones inmateriales se entienden los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado, pues de otra manera la persona podría ser objeto de atentados contra su fuero íntimo y su particular manera de concebir el mundo. Por condiciones materiales han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.” Es evidente que la opción y la identidad sexual hacen parte de las condiciones inmateriales integrantes de la dignidad humana.

6.2. Con base en las conclusiones expuestas, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la opción sexual hace parte del ámbito protegido de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. La Corte insiste en que la definición acerca de dicha opción es una decisión libre, autónoma e incuestionable de la persona, por lo que todo comportamiento, de los particulares o del Estado, que (i) censure o restrinja una opción sexual, generalmente en aras de privilegiar la tendencia mayoritaria heterosexual; o (ii) imponga sanciones o, de manera amplia, consecuencias fácticas o jurídicas negativas para el individuo, fundadas exclusivamente en su opción sexual, es una acción contraria a los postulados constitucionales.

Sobre el vínculo entre opción sexual, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, la jurisprudencia ha indicado que “...” (...) *“los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo (Art. 13 C.P.) y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado Social de Derecho (Art. 15 C.P.)”*²³. En posterior decisión, esta Corporación advirtió que *“el principio de igualdad (C.P. art. 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público”*²⁴. Finalmente, en reciente decisión, la Corte tuteló a unos estudiantes a quienes se les negó el reingreso a un colegio debido a su homosexualidad, pues consideró que *“la evaluación de la homosexualidad de los actores, como un factor negativo para resolver la solicitud de reingreso que presentaron a las directivas del colegio demandado, violó sus derechos*

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-539 de 1994. Consideración de la Corte 4. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 4.1.

*fundamentales a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad”, por cuanto “la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida.”*²⁵

6.3. Finalmente, la jurisprudencia ha identificado cómo la opción sexual es uno de los *criterios sospechosos*, de discriminación contraria al derecho a la igualdad. De acuerdo con la fórmula prevista en el artículo 13 C.P., las razones de sexo son uno de los aspectos en los que la Constitución prohíbe la discriminación entre las personas. Esta categoría, de acuerdo con la jurisprudencia, incorpora a la opción y orientación sexual, de modo que los tratamientos diferenciados que impongan el Estado o los particulares fundados, de manera exclusiva, en esas características del individuo, son incompatibles con el derecho a la igualdad.

En otras palabras, la identidad sexual no puede conformar, en sí mismo, un parámetro para la imposición de tratamientos discriminatorios, ni menos sanciones o diferenciaciones jurídicas que impongan límites, barreras, distinciones o requisitos más gravosos para el logro de finalidades propias del ordenamiento legal, de cualquier índole. Esta regla se hace evidente, entre otros fallos, en la sentencia C-336/08 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), en la cual la Corte estudió la constitucionalidad de las normas que restringían el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las parejas del mismo sexo. En esa decisión se hizo una descripción de las normas constitucionales, los pronunciamientos de organismos de derecho internacional de los derechos humanos y los precedentes más importantes de esta Corporación, que llevan a concluir que la identidad sexual es uno de los motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación. Sobre el particular, en la sentencia en comento se expresó lo siguiente:

“5.6. La prohibición de someter a las personas a tratos discriminatorios por razones de sexo, también encuentra fundamento en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, a lo cual se agrega la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos, que según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, prevalecen en el orden interno y son criterio interpretativo de los derechos constitucionales en cuanto contengan un estándar de protección mayor al que consagra la Carta o la jurisprudencia constitucional²⁶.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por medio de la Ley 74 de 1968, en el artículo 26 del Primer Protocolo Facultativo establece:

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁶ Cfr., entre otras, las sentencias C-010 de 2000; C-004 de 2003; y T-453 de 2005

“Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

5.7. El Comité de Derechos Humanos encargado de la interpretación del Pacto ha afirmado que la categoría “*orientación sexual*” está incluida dentro del término “*sexo*” del artículo citado. Fue así como el Comité de Derechos Humanos resolvió en el año 2003 una causa fundada en hechos similares a los referidos por los demandantes en el presente caso. El 18 de septiembre de 2003, el Comité, mediante Comunicación N° 941/2000, publicó la decisión que resolvió el caso *Young Vs. Australia*²⁷. La decisión tuvo que ver con la solicitud de pensión de “persona a cargo” elevada por el compañero permanente de quien falleció luego de 38 años de convivencia; el demandante afirmó ser víctima de la violación del artículo 26 del Pacto, porque el Estado australiano le había negado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por cuanto la legislación interna sólo consideraba como beneficiario al compañero o compañera de diferente sexo.

5.8. Si de conformidad con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden buscar su propia identidad y la opción de vida que deseen llevar, inclusive respecto de su orientación sexual, y no pueden ser discriminados por ello, tales derechos fundamentales, *garantizan con relación a los homosexuales, un trato justo, respetuoso y tolerante hacia ello y hacia su condición*²⁸.

5.9. Cabe recordar, que si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, ***la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan "coexistir las mas diversas formas de vida humana"***.²⁹ *En efecto, debe entenderse que la sexualidad, es un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos (CP art. 15) sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y de su libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), motivo por el cual el Estado y los particulares*

²⁷ Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Comunicación N° 941/2000: Australia. 18/09/2003. CCPR/C78/D941/2000.

²⁸ Ver sentencia T-268 de 2000

²⁹ Sentencia C-431 de 1999.

no pueden intervenir en dicha esfera, a menos de que esté de por medio un interés público pertinente^{30 31}.

Sin embargo, pese a que la Constitución consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y por tanto la libre opción sexual, y además prohíbe la discriminación por razón del sexo de las personas, las parejas homosexuales han sido tradicionalmente discriminadas, y solo han logrado reconocimiento jurídico y protección merced a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

5.10. En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-075 de 2007, estableció que el reconocimiento de determinadas garantías a las parejas heterosexuales puede corresponder a una forma de discriminación para las parejas homosexuales, cuando a éstas no se les reconoce lo mismo sin suministrar una explicación objetiva y razonable.

(...)

Respecto del tratamiento dispensado a los integrantes de la comunidad homosexual, en la misma providencia la Corte precisó: (i) La Constitución Política proscribida toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas; (ii) Existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) Corresponde al legislador establecer las medidas para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento; y, (iv) Toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente³².

Sentencia C-075 de 2007 en la que se concluyó una ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual que resulta lesiva de la dignidad de la persona humana y contraria al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscribida por la Constitución, en cuanto *comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.*

5.11. Mediante sentencia C-811 de 2007, la Corte reitera las consideraciones hechas en la sentencia C-075 de 2007 en cuanto a los derechos al libre desarrollo de la personalidad e igualdad de que son

³⁰ Sentencia C-098/96.

³¹ Sentencia T-268 de 2000

³² Sentencia C-075 de 2007, fundamento 5.

titulares las parejas del mismo sexo, dispuso que el régimen de protección consagrado en el Plan Obligatorio de Salud se aplica también a las parejas del mismo sexo.

En este pronunciamiento, la Corte concluyó que la vulneración de los derechos de las parejas del mismo sexo en relación con el Plan Obligatorio de salud comporta para éstas un déficit de protección inadmisibles a la luz de la Constitución.

(...)

5.12. Los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional llevan a considerar que aunque la legislación positiva no establezca de manera expresa un determinado ámbito de garantías para la comunidad homosexual, ello no ha sido obstáculo para que en áreas específicas, como la relacionada con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia haya reconocido un tratamiento igual para las parejas heterosexuales y homosexuales.”

De lo señalado en la jurisprudencia constitucional se concluye que, al igual que como sucede con los demás criterios sospechosos de discriminación, para que puedan imponerse un tratamiento diferenciado fundado en la identidad sexual, debe estarse ante (i) una razón suficiente para ello; y (ii) cumplirse con un juicio estricto de constitucionalidad, el cual demuestre que la medida basada en dicho tratamiento es la única posible para cumplir con un fin constitucional imperioso. En caso que no se cumplan estas estrictas condiciones, la medida devendrá incompatible con los postulados constitucionales.

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

La Corte ha tenido que pronunciarse respecto de la problemática expuesta. En la sentencia T-439/06 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), se analizó la violación sistemática de derechos fundamentales de las personas reclusas de un establecimiento penitenciario en la ciudad de Manizales. Uno de los aspectos estudiados fue la imposición de sanciones contra las internas lesbianas, en razón de la demostración pública de su condición. La Corte consideró que este tipo de tratamientos eran incompatibles con los deberes de protección que el Estado tiene frente a las internas, lo que motivó órdenes de protección particulares sobre la materia. Así, la sentencia indicó que “...[e]n lo que atañe a la sanción de las

manifestaciones de afecto entre las internas homosexuales, la Sala se permite recordar (i) que la elección de una determinada opción sexual hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas³³, (ii) que es contrario a la Carta sancionar el homosexualismo como una falta disciplinaria³⁴, y (iii) que por razones disciplinarias pueden imponerse ciertos límites a las manifestaciones homosexuales en el marco de regímenes como el militar, el escolar y el penitenciario.³⁵”

Similares consideraciones fueron expuestas en la sentencia T-499/03 (M.P. Álvaro Tafur Galvis). En esta decisión se analizó la negativa de la Penitenciaría de Manizales de permitir que una mujer, quien a pesar de estar privada de la libertad era beneficiaria de permiso administrativa, llevara a cabo visita íntima a una interna de dicho establecimiento, por el solo hecho de tratarse de una relación homosexual, a pesar de expresarse otros motivos, en especial la falta de pasado judicial. La Sala estimó, como se ha expresado en este fallo, que el ejercicio de la sexualidad es uno de los derechos que escapan de las suspensiones y restricciones propias de la privación de la libertad. Además, esa faceta es necesaria para lograr la resocialización de los internos, de modo tal que su privación, mucho más cuando está basada en un motivo constitucionalmente prohibido, es incompatible con el logro de tales fines. Así, indicó la Corte que “... [n]o sobra entonces recordarles a las autoridades accionadas, que el artículo 2º constitucional condiciona su existencia misma a la protección de los derechos y de las libertades de todas las personas, en especial, para el caso, de aquellas sometidas a la potestad estatal³⁶, de tal manera que el Director del INPEC y la Directora del reclusorio accionados no pueden escatimar esfuerzos con miras a garantizar el ejercicio de la sexualidad en condiciones de libertad, intimidad e igualdad de las tutelantes. (...) Llama en consecuencia la atención de la Sala las negativas de los directores accionados a las reiteradas peticiones de las accionantes para que se les permita entrevistarse³⁷ en intimidad³⁸,

³³ Ver al respecto las sentencias T-097 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-569 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-101 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-301 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁴ Ver al respecto las sentencias C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-507 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-373 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En la primera, la Corte declaró la inexequibilidad del literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 que disponía que el homosexualismo era una falta disciplinaria de los docentes. En la segunda, declaró la exequibilidad del artículo 184 del Decreto 85 de 1999 – que señalaba que el homosexualismo es un falta contra el honor militar- siempre y cuando se entendiera que la falta a la que se refería cobijaba el ejecutar actos sexuales de carácter homosexual o heterosexual, que se realizaran de manera pública o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses, propiamente dichas. En la tercera, la Corporación declaró la inexequibilidad de los numerales 1º y 6º del artículo 198 del Decreto 960 de 1970 que indicaba que el homosexualismo era una falta disciplinaria de los notarios.

³⁵ Ver al respecto las sentencias T-097 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-569 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-101 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-301 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁶ Sobre las relaciones de especial sujeción en que se encuentran las personas privadas de la libertad y la responsabilidad del Estado al respecto se pueden consultar, entre otras decisiones las sentencias T-596 de 1992, T-705 de 1996, T-153 de 1998, T-881 y 1108 de 2002.

³⁷ “Principio 19: Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a

fundadas éstas en el memorando 0743 del 14 de diciembre de 2001, emitido por la Subdirección del INPEC, y en las condiciones que requiere el ejercicio del permiso de hasta 72 horas, del que es beneficiaria una de las accionantes. || Ahora bien, el instructivo en mención no considera el ingreso a los establecimientos carcelarios de quienes descuentan penas privativas de la libertad en otro reclusorio, a fin de entrevistarse con sus parejas en intimidad, sino que regula, de manera general, el ingreso de visitantes a dichos establecimientos. Y las normas que regulan los beneficios administrativos, entre ellos el permiso del que disfruta la señora Álvarez Giraldo, por su parte, no condicionan, ni restringen el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quienes alcanzan el grado de resocialización que les permite disfrutarlos.”

Argumentos de la misma índole fueron expresados en la sentencia T-1096/04 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), que estudió el caso de un interno homosexual quien, en razón de la ausencia de atención médica diagnóstica para un potencial contagio con VIH y los abusos sexuales sistemáticos de los que era víctima, había solicitado en repetidas ocasiones el traslado a otro establecimiento carcelario, habiéndosele negado ese trámite. A partir de un marco de referencia similar al expuesto en este fallo, la Corte concluyó como razón de la decisión que *“...el INPEC desconoce de forma grave y manifiesta los derechos a la dignidad, la vida, la integridad física y a la libertad sexual de una persona privada de la libertad, cuando no adopta las medida necesaria para evitar que otros reclusos abusen sexualmente de una persona recluida en un establecimiento carcelario y vulneren sus derechos, en especial si se trata de una persona que pertenece a un grupo que tradicionalmente ha sido discriminado.”*

Caso concreto

8. Al inicio de esta argumentación se señaló que la Sala advirtió preliminarmente que no había lugar a dictar órdenes concretas de protección para el asunto de la referencia, habida cuenta que el interno actualmente gozaba de condiciones adecuadas para el ejercicio de sus derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, la Corte también encuentra que la actuación adelantada por los directivos del Establecimiento Penitenciario de Yopal resultó incompatible tanto con los postulados constitucionales, como con las mismas directrices que sobre la materia ha previsto el Inpec, según lo informado a la Sala por ese organismo. Adicionalmente, el fallo de tutela de segunda instancia, que negó la protección

derecho.” - Principio para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988-.

³⁸ “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”-sentencia T-424 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz-.

de los derechos invocados, es contrario a las reglas constitucionales sobre vigencia de los derechos fundamentales de las personas reclusas con identidad u opción sexual diversas.

9. En cuanto a lo primero, debe partirse de considerar que para el caso particular del actor, la adopción de su identidad sexual está mediada por el uso de maquillaje, el pelo largo y determinadas prendas de vestir, elementos todos ellos que permiten reafirmar dicha opción y atenuar las imposiciones que le generan las características propias del sexo fenotípico. En otros términos, el adecuado ejercicio del derecho a la autonomía personal, reflejado en la determinación de la opción sexual, depende del uso de tales elementos por parte del accionante, por lo que la privación injustificada de los mismos conlleva la vulneración de sus derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad. La actuación de los directivos del Establecimiento Penitenciario de Yopal, en cambio, se basó en la aplicación exegética de normas reglamentarias, sin tener en cuenta ninguno de los aspectos jurídico-constitucionales en juego para el presente caso. Además, impuso las restricciones de ingreso a los elementos del interno, sin que mediara una razón suficiente, más allá de un vago concepto de disciplina, fundado en el erróneo prejuicio que asimila la diversidad sexual con la anormalidad y la contradicción a entendimientos deformados de la moral social.

Debe la Sala insistir cómo la institución demandada, en abierta contradicción con los postulados del debido proceso, impuso sanciones al actor, consistentes en la prohibición de ingresos de sus elementos y la imposición de maneras determinadas de presentación personal, incompatibles con su opción sexual. Estas sanciones no estuvieron precedidas de ningún procedimiento disciplinario, ni tampoco de una motivación suficiente, que diera cuenta del porqué la apariencia física del recluso era incompatible con la disciplina y las limitaciones a los derechos fundamentales propias de la privación de la libertad en los establecimientos carcelarios.

Además, no puede perderse de vista que, según las pruebas recaudadas por el Magistrado Sustanciador, es claro que el Establecimiento Penitenciario de Yopal actúa en contradicción, no solo con los derechos fundamentales de las personas de identidad sexual diversa, sino también con las políticas trazadas por el Inpec en materia de tratamiento y protección de las minorías de identidad y opción sexual. Esta contradicción demuestra, además, que existe un común acuerdo para el sector carcelario acerca de la plena compatibilidad entre el ejercicio de la autonomía, reflejada en la opción sexual, y los fines de la pena, al igual que la disciplina y las restricciones propias de la privación de la libertad en establecimientos carcelarios. En últimas, la institución demandada actúa al margen de las políticas implementadas por sus superiores funcionales, en desmedro no solo de los derechos fundamentales de las personas reclusas, sino también de la articulación de acciones y la debida marcha de la Administración.

10. En lo que refiere a la decisión adoptada por el Tribunal de segunda instancia, se tiene que la misma es incompatible con el precedente constitucional sobre la materia. La razón de la decisión del fallo de tutela consiste en considerar que las limitaciones y restricciones impuestas por el Establecimiento Penitenciario de Yopal, eran constitucionalmente legítimas, puesto que estaban basadas en la aplicación del reglamento carcelario y, además, no eran irrazonables o desproporcionadas. Ello en tanto asuntos relativos exclusivamente a la presentación personal del recluso, no tenían la entidad para afectar derechos fundamentales. Esta visión, como es sencillo observar, desconoce el contenido y alcance de los derechos constitucionales de las personas con identidad sexual diversa. Contrario a como lo expresa el Tribunal, la presentación personal no es un problema menor para las reclusas travestis, sino que, antes bien, es un aspecto crítico para la definición y ejercicio de la identidad sexual. En ese sentido, el análisis debió centrarse en (i) identificar la importancia de la apariencia personal para las personas de identidad sexual diversa; (ii) determinar si existía una razón suficiente para fijar restricciones a la misma; y (iii) efectuar un juicio estricto de las medidas impuestas por el establecimiento penitenciario, habida cuenta que estaban basadas en un criterio sospechoso de discriminación. Estos pasos, que son la aproximación constitucional adecuada al problema jurídico planteado, fueron pretermitidos por el Tribunal, lo que lleva necesariamente a revocar la sentencia de segundo grado.

11. Ahora bien, a pesar que como se ha explicado, en el caso concreto se está ante la carencia actual de objeto, la Sala también advierte que el tratamiento que el Establecimiento Penitenciario de Yopal otorga a las personas reclusas de identidad sexual diversa contradice tanto los postulados constitucionales como las políticas que para el efecto prevé el Inpec. Por ello, con el fin de prevenir que en el futuro se ejerzan acciones contrarias a los derechos fundamentales de los internos, la Corte ordenará a dicho establecimiento que, con el acompañamiento de sus superiores funcionales, adelante una campaña de sensibilización y capacitación a reclusos y funcionarios integrantes de la guardia penitenciaria, sobre el tratamiento constitucional de las personas reclusas con diversidad sexual diversa, según lo expuesto en esta sentencia. Del mismo modo, se prevendrá a la institución demandada que se abstenga de repetir actuaciones contrarias a las personas de identidad u opción sexual diversa. Finalmente, se exhortará al Inpec para que adelante modificaciones al reglamento penitenciario, a fin de incorporar reglas particulares sobre el tratamiento constitucional de las personas internas de identidad u opción sexual diversas, que resulten compatibles con la doctrina constitucional.

Por último, con el fin de garantizar el cumplimiento de lo decidido en este fallo, se requerirá el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, en cada una de las disposiciones antes expuestas. Además, se conservará la competencia de la Sala de Revisión para verificar el cumplimiento de lo ordenado en este fallo, de conformidad con lo regulado en el artículo 27 del Decreto Ley 2591 de 1991

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR, la sentencia proferida el 20 de agosto de 2010 por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior de Yopal (Casanare). En su lugar, **CONFIRMAR**, por las razones expuestas en este fallo, la decisión adoptada el 1º de julio del mismo año por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Yopal, que concedió la tutela de los derechos invocados por Erick Yosimar Ortiz Lastra.

SEGUNDO: ORDENAR al director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare) que en el término de un mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, adelante, con la concurrencia de la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec, una campaña de sensibilización y capacitación a los funcionarios, personal de guardia e internos de ese establecimiento, sobre la protección de los derechos constitucionales de los reclusos y reclusas de identidad u opción sexual diversa, en los términos planteados en esta sentencia. Para cumplir este objetivo, a través de la Secretaría General envíese copia del expediente de la referencia y de esta decisión al Director General del Inpec. Esto con el fin de que dicha Dirección adelante las actuaciones administrativas dirigidas a coordinar y ejecutar dicha campaña de sensibilización y capacitación

En relación con esta orden, **REQUERIR** al Defensor del Pueblo, con el fin que acompañe, a través del funcionario que este determine, la campaña de sensibilización y capacitación anotada. Para ello, el citado funcionario tendrá competencia para asesorar al director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare), sobre los contenidos y metodología para la ejecución de la campaña. Estos contenidos deberán ser acordes con la jurisprudencia constitucional sobre los derechos de las minorías de identidad u opción sexual privadas de la libertad, descritas en el presente fallo.

El director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare) y el Director General del Inpec, deberá informar del cumplimiento de lo ordenado en este numeral a esta Sala de Revisión, autoridad judicial que, en los términos del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, conserva la competencia para que se dé cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia. El informe correspondiente, que deberá estar acompañado de las pruebas que acrediten la celebración de la campaña de sensibilización y capacitación, deberá remitirse a la Corte dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la misma.

TERCERO: PREVENIR al director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare) que en lo sucesivo esta institución se abstenga de llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la garantía de los derechos fundamentales de los internos e internas de identidad u opción sexual diversa, descritos en esta sentencia.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de esta orden, la Sala **REQUIERE** al Defensor del Pueblo para que, a través de los mecanismos institucionales que prevea para ello, monitoree periódicamente la situación de las personas reclusas de identidad u opción sexual diversas en el citado establecimiento penitenciario. A su vez, deberá remitir copia de los informes que se originen de ese monitoreo a esta Sala de Revisión y al Director General del Inpec, a fin de evaluar el cumplimiento del fallo.

Del mismo modo, se **ORDENA** al Director General del Inpec para que, en ejercicio de sus potestades disciplinarias y de coordinación respecto del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal (Casanare), adelante funciones de control respecto del cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia. Sobre el particular, deberá remitir informes trimestrales a la Corte sobre la ejecución del presente fallo respecto del citado Establecimiento Carcelario. Estos informes deberán realizarse y remitirse a la Corte dentro del año siguiente a la notificación de esta sentencia.

CUARTO. ORDENAR 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.

En especial, el Director General deberá prever expresamente en el Acto Administrativo que modifique dichos reglamentos, que la imposición de medidas y sanciones disciplinarias a las personas privadas de la libertad no deberá interpretarse de manera tal que sirvan de menoscabo para los derechos de las personas reclusas de identidad u opción sexual diversas. En ese sentido, las medidas y sanciones disciplinarias al interior de los establecimientos penitenciarios no podrán tener un alcance tal que (i) sirvan para prohibir el ingreso de elementos de uso personal a los establecimientos carcelarios, necesarios para que las personas reclusas de identidad sexual diversas puedan garantizar el ejercicio de dicha identidad; (ii) discriminen a las personas reclusas de identidad u opción sexual diversas en el derecho a la visita íntima, en iguales condiciones que las personas reclusas heterosexuales; y, de manera general, (iii) discriminen en el acceso y goce de los derechos adscritos a las personas privadas de la libertad, por el solo hecho de pertenecer a una minoría de identidad u opción sexual diversas.

El Director General del Inpec contará con un término de cuatro meses calendario, contados a partir de la notificación de este fallo, para efectuar las reformas reglamentarias antes dispuestas, en especial de aquellas reglas previstas en el Acuerdo 011 de 1995 *“Por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios”*. Cumplido ese término, dentro de los cinco días siguientes deberá remitir informe sobre el particular a esta Sala de Revisión. Dicho informe deberá contener, al menos, (i) una descripción del proceso de reforma a los reglamentos, en el sentido previsto en esa sentencia; (ii) un ejemplar auténtico del acto administrativo reformativo de las normas reglamentarias citadas, en especial el Acuerdo 011 de 1995.

QUINTO. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
MAURICIO GONZALEZ CUERVO
A LA SENTENCIA T-062/11.**

Referencia: expediente T-2.821.851

Acción de tutela interpuesta por Erick Yosimar Ortiz Lastre contra el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Yopal – Casanare.

Magistrado Ponente:
LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

A continuación expongo los motivos que me llevan a apartarme del numeral cuarto del resuelve de la presente Sentencia:

En primer lugar, de manera general, considero que este no es el caso apropiado para las ordenes allí contenidas, pues en el mismo fallo se indica que la vulneración de los derechos fundamentales del actor ha cesado a partir del traslado del accionante a la cárcel de Santa Rosa de Viterbo y que por ende se esta frente a un **hecho superado**. Al respecto, la jurisprudencia³⁹ de este Tribunal Constitucional ha establecido que cuando se presenta un hecho superado necesariamente se está frente a la carencia actual de objeto o sustracción de materia, lo que implicaría declarar la improcedencia de la acción de tutela, pues cualquier orden dada sería ineficaz para la protección de los derechos fundamentales.

Al respecto, en la sentencia SU-540 de 2007, se expuso lo siguiente:

“El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado⁴⁰

³⁹ Sentencia SU-540 de 2007, T-449 de 2008, T- 085 de 2011 entre otras muchas más.

⁴⁰ Cita realizada en la sentencia SU-540 de 2007, “Así, por ejemplo, en la sentencia T-082 de 2006, en la que una señora solicitaba la entrega de unos medicamentos, los cuales, según pudo verificar la Sala Octava de Revisión, le estaban siendo entregados al momento de la revisión del fallo, la Corte consideró que al desaparecer los hechos que generaron la vulneración, la acción de tutela perdía su eficacia e inmediatez y, por ende su justificación constitucional, al haberse configurado un hecho superado que conducía entonces a la carencia actual de objeto, la cual fue declarada por esa razón en la parte resolutive de la sentencia. Así mismo, en la sentencia T-630 de 2005, en un caso en el cual se pretendía que se ordenara a una entidad la prestación de ciertos servicios médicos que fueron efectivamente proporcionados, la Corte sostuvo que “si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, la tutela pierde su razón de ser, pues bajo esas condiciones no existiría una orden que impartir ni **un perjuicio que evitar**.” Igual posición se adoptó en la sentencia SU-975 de 2003, en uno de los casos allí estudiados, pues se profirió el acto administrativo que dejó sin fundamento la tutela del actor, por lo que la Corte estimó, sin juzgar el mérito de dicho acto, que se encontraba ante un *hecho superado*”.

en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela”.

En segundo lugar, la Corte en reiterada y consolidada jurisprudencia⁴¹ ha sostenido que pueden diferenciarse tres grupos de derechos de las personas que están privadas de la libertad. Por un lado, un grupo de derechos fundamentales que se mantiene incólume como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la salud, el debido proceso y el derecho de petición. Otro grupo de derechos que se encuentran suspendidos o admiten limitaciones severas como el derecho a la libre locomoción, a la libertad física y los derechos políticos. Finalmente y por último, un grupo de derechos que admite limitaciones y restricciones menos severas, como el derecho de asociación, reunión, intimidad personal y familiar, **libre desarrollo de la personalidad** y libertad de expresión.

La razón para que el primer grupo de derechos no admita limitación alguna consiste en que son derechos que están relacionados de manera directa con la esencia del ser humano; los derechos que admiten limitaciones severas es porque respecto de la pena de prisión se producen sus consecuencias de manera directa; y el grupo que admite restricciones menos severas obedece generalmente al deber que tiene el Estado de mantener el orden y la seguridad en los establecimientos penitenciarios. Acorde con esto, no resulta sensato que con el fin de garantizar un derecho que admite algún grado de restricción como el del libre desarrollo de la personalidad se ponga en peligro la seguridad y la integridad física de los guardias, de todos los internos y de la comunidad en general, al permitirles a las personas con una opción sexual diferente el ingreso de artículos que sean característicos de su personalidad como tacones puntilla, collares con elementos metálicos o topes entre otros muchos.

A su vez, la sentencia T-1030 de 2003 insistió en que la relación existente entre los presos y el Estado se caracteriza por ser una relación de sujeción⁴². De tal manera que el Estado puede exigirles el sometimiento a ciertas condiciones y reglas de conducta encaminadas a mantener el orden y la seguridad en las cárceles del país. A pesar de ello es claro, en todo caso, que el Estado debe garantizarle a los reclusos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de manera compatible con las limitaciones autorizadas.

Acorde con lo anterior, considero que los reglamentos de los establecimientos carcelarios conocidos en esta oportunidad por la Corte no son arbitrarios. Por el

⁴¹ En cuanto a los derechos de las personas que están privadas de la libertad, se pueden ver entre otras las siguientes sentencias T- 286 de 2011, T-844 de 2009, T-894 de 2007, T-133 de 2006, T-1030 de 2003, T-702 de 2001, T-153 de 1998, T- 437 de 1993, T-705 de 1996, T-420 de 1994, T- 437 de 1993, T-388 de 1993, T-273 de 1993, T-219 de 1993, T-522 de 1992, T-596 de 1992, T-424 de 1992, T-522 de 1992.

⁴² Sobre el estado de sujeción especial de los reclusos frente al Estado ver, entre otras, las sentencias T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; C-318 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-705 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-706 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-714 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

contrario, las restricciones contenidas en ellos frente al uso de ciertos elementos de carácter personal obedecen a la necesidad de mantener el orden y la seguridad dentro de los establecimientos penitenciarios, razón por la cual, pienso que el numeral cuarto del resuelve de la sentencia es muy general, en el sentido de que deja abierta la posibilidad para que los internos de los establecimientos carcelarios utilicen cualquier artículo u objeto de carácter personal, sin tener en cuenta que es obligación del Estado garantizar la seguridad y la integridad física de los reclusos.

Debido a lo anterior, considero que la Sala debió haber precisado los elementos personales cuyo ingreso se les debe permitir a los internos con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas con opción sexual diversa.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado