

Jorge Mejía Turizo**
Maury Almanza Iglesia***

Comunidad LGBT: Historia y reconocimientos jurídicos*

LGBT Community: History and legal recognitions

Objetivos

Objetivo general: Determinar la eficacia de los derechos reconocidos a la población homosexual teniendo en consideración su desarrollo histórico-jurisprudencial en Colombia.

Objetivos específicos:

1. Realizar una reconstrucción histórica y jurisprudencial de los reconocimientos jurídicos obtenidos por la población homosexual en Colombia.
2. Establecer en qué medida entidades de derecho público y de derecho privado dan cumplimiento a los derechos reconocidos a la población homosexual.
3. Determinar los factores que inciden en el desconocimiento de los derechos reconocidos a la población homosexual.

Método: Este trabajo de investigación está orientado bajo un paradigma de corte histórico hermenéutico, en consideración a que se pretende partir de una reconstrucción de la evolución que han tenido los derechos de la comunidad LGTB en Colombia. A fin de analizar e interpretar sus logros jurídicos y más especialmente jurisprudenciales a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El enfoque a utilizar será el cualitativo, el método empleado es el inductivo. La población está constituida por la población homosexual, entiéndase en forma de asociación como ONG o individualmente tratadas, y por entidades públicas o privadas a quienes corresponda otorgar beneficios cuando quiera que una pareja homosexual lo solicite (EPS, fondo de pensiones, cárceles, juzgados, compañías de seguros, etc.). Como técnicas de recolección de información se acudirá a la entrevista, las encuestas y análisis de documentos (jurisprudencias de la Corte Constitucional).

Resultados: A través del presente artículo de investigación se exponen los resultados obtenidos con la ejecución del primer objetivo específico del proyecto “eficacia de los derechos reconocidos a la población homosexual desde su contenido histórico jurisprudencial en Colombia”. Así las cosas, se pone a consideración una reconstrucción minuciosa y fragmentada por periodos de la historia de la comunidad LGBT y se presenta una línea jurisprudencial organizada por ejes temáticos correspondientes a derechos que se han reclamado, fruto de un análisis y síntesis de sentencias de la Corte Constitucional.

* Este artículo es el resultado de los avances teóricos del proyecto de investigación “Eficacia de los derechos reconocidos a la población homosexual desde su contenido histórico jurisprudencial en Colombia” que se desarrolla en el grupo de investigación Historia del Derecho y las Prácticas Jurídicas en la Formación de Abogados de la Universidad Simón Bolívar. Y corresponde esencialmente a la ejecución del primer objetivo de investigación que se orienta a “realizar una reconstrucción histórica y jurisprudencial de reconocimientos jurídicos obtenidos por la población homosexual en Colombia”, para lo cual se ha tomado una prolífica literatura anglosajona, alemana y de Iberoamérica, normativa internacional, una recopilación de la producción jurisprudencial en Colombia en materia de derechos de la población LGBT.

** Abogado de la Universidad Simón Bolívar. Maestrando en Derecho Administrativo, Diplomado en Gestión y Políticas Públicas de la ESAP, Joven Investigador de Colciencias 2010. Integrante del grupo Historia del Derecho y las Prácticas Jurídicas en la Formación de Abogados. mejiaturizo@gmail.com

*** Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Educación. Líder del grupo Historia del Derecho y las Prácticas Jurídicas en la Formación de Abogados de la Universidad Simón Bolívar. mauryalma@hotmail.com

Recibido: Marzo 19 de 2010 / Aceptado: Mayo 10 de 2010

Artículo de Investigación/Research Article

“El respeto al derecho ajeno es la paz”.

Benito Juárez

Introducción

Antes de abordar el tópico puntual atinente a la reconstrucción histórica de la comunidad LGBT en los distintos estadios del tránsito evolutivo de la humanidad y los avances jurídicos de este sector de la sociedad, es pertinente precisar ciertos aspectos conceptuales, a fin de brindar una debida contextualización y orientación que permitan entender el problema, de una manera holística. En ese sentido, se empieza por realizar una aproximación conceptual de varias nociones que en este ámbito es menester distinguir: orientación sexual, identidad sexual e identidad de género. En cuanto al primero, hace referencia a la atracción emocional, sentimental y afectiva hacia otras personas. Cuando la atracción se dirige hacia el sexo opuesto, se dice que la orientación es heterosexual, si se orienta hacia el mismo sexo, se habla de homosexualidad, y cuando se encauza hacia ambos sexos se conoce como bisexualidad. Existen así mismos, otras orientaciones como los pansexuales, quienes pueden sentirse atraídos por las personas independientemente del sexo y género, incluyendo aquellas que poseen una dicotomía sexual como los intersexuales, transexuales e intergéneros.

Por otra parte, la identidad sexual se expresa como sentimiento psicológico y la autopercepción de ser hombre o mujer, mientras que la identidad de género tiene que ver con la adherencia de una persona a las normas, usos y definiciones sociales de masculinidad y feminidad,

esto es, la tendencia a aceptar o identificarse con lo que la sociedad considera como propio de uno u otro sexo¹. Teniendo en consideración que el término género se circunscribe en una categoría de orden simbólico, cultural y social.

Ahora, en torno a la moderna designación que utilizan las personas con orientaciones sexuales homoeróticas para agruparse en sus diferentes manifestaciones, esto es, “LGBT”, es preciso ilustrar que es una sigla que se encuentra en uso desde los años 90 y corresponde a una extensión de la expresión LGB, que a su vez había reemplazado a la voz “comunidad *gay*” que muchos homosexuales, bisexuales y transexuales sentían que no les representaba adecuadamente². En su orden la sigla hace alusión al grupo conformado por lesbianas, *gays*, bisexuales y transgeneristas. Esta multicitada sigla se ha constituido como una expresión de auto-identificación y ha sido adoptada por la mayoría de comunidades y medios de comunicación LGBT en muchos países angloparlantes³ y recientemente en Latinoamérica. No obstante, no son de la complacencia de todos a los que literalmente integra. Por un lado, algunos intersexuales (hermafroditas) quieren ser incluidos en el grupo LGBT y preferirían el término “LGBTI”⁴. Por otro, ciertos individuos

1. Basado en las indicaciones de la American Psychological Association.

2. Swain, Keith W. *Gay Pride Needs New Direction*, Denver Post, 2007.

3. Terry Stone, CenterLink (formerly The National Association of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Community Centers) and Movement Advancement Project (MAP), *Community Center Survey Report: Assessing the Capacity and Programs of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Community Centers*. 2008.

4. Aragón, Angela Pattatuchi. *Challenging Lesbian Norms: Intersex, Transgender, Intersectional, and Queer Perspectives*, Haworth Press, ISBN 1-56023-645-0, 2006.

de un grupo pueden sentir que no tienen ninguna relación con los individuos de los otros grupos englobados y encontrar ofensivas las persistentes comparaciones⁵. Estas tensiones al interior de esta minoría encuentran sus manifestaciones más protuberantes en circunstancias como el hecho de que algunos transgeneristas no sientan que sus necesidades y causas correspondan a las mismas de los del resto del grupo. Así mismo, en este ámbito es constante hallar movimientos de “separatismo *gay* y *lésbico*” que se orientan a fomentar un cisma al interior de la comunidad para disgregarse en razón a su distinción, lo cual genera un efecto endodiscriminador. Aunque lo cierto es, que una gran porción de esta comunidad consciente que la lucha por su reconocimiento legal y social requiere partir del consenso y la unidad, huye y precave cualquier tensión segregativa.

Perspectiva histórica

Periodo clásico

Es acertado para los fines de este cometido, mirar en retrospectiva las situaciones o vicisitudes que han debido afrontar esta minoría en razón a su orientación y comportamiento sexual en los diferentes contextos de la historia, destacando que las investigaciones históricas sobre homosexualidad, iniciaron en Berlín, Alemania en 1899, fueron interrumpidas en la era nazi en 1933 y se reanudaron en Estados Unidos en 1950, en ese orden es dable señalar algunos vestigios remo-

tos de la presencia y aceptación del fenómeno homosexual en el tránsito evolutivo de la humanidad, obtenidos a partir de tales investigaciones. Así, se empieza por anotar que en la antigua cultura helénica no se diferenciaba el deseo o comportamiento sexual por el sexo biológico de quienes lo practicaban, sino por cuánto se adaptaba dicho deseo o comportamiento a las normas sociales. Estas normas se basaban en el género, la edad y el estatus social. Particularmente a este respecto se considera que hay dos puntos de vista sobre la actividad sexual masculina en la antigua sociedad griega. Algunos estudiosos del tema, como Kenneth Dover⁶ y David Halperin⁷, aseveran que había una clara y ostensible división asimétrica entre compañeros “activos” y “pasivos”, y esta polarización activo-pasivo estaría asociada con roles sociales dominantes y sumisos: el rol activo se asociaría con la masculinidad, con un estatus social superior y con la edad adulta, al paso que el rol pasivo se asociaría con la feminidad, con un estatus social inferior y con la juventud⁸. En este contexto era entonces aceptable y normal que un hombre adulto de alcurnia o estirpe social alta mantuviere relaciones con un joven de ralea baja, siendo el primero quien asumiera el papel activo. No obstante, en sentido inverso era visto como un hecho igno-

5. Bloodsworth-Lugo, Mary K. *In-Between Bodies: Sexual Difference, Race, and Sexuality*, Suny Press, 2007.

6. Dover, Kenneth J. *Homosexualidad griega*. Vendimia Books, 1978. ISBN 0-394-74224-9, traducido al español por Editorial El Cobre Ediciones, Barcelona en 2008.

7. Halperin, David. *Cientos años de homosexualidad: Y otros ensayos en el amor griego*. Routledge, 1989. ISBN 0-415-90097-2

8. Hornblower, Simon y Spawforth, Antonio (1996). *El diccionario clásico de Oxford*. Tercera edición. Prensa de la Universidad de Oxford. En entrada “homosexual”. ISBN 0-19-866172-X.

minioso y vergonzoso. En atención a esto, el tratadista francés Michel Foucault junto con otros pensadores no tan célebres, sostuvieron en una concepción de género que denominaron “teoría *queer*” que la orientación sexual y la identidad sexual no corresponden a una categoría biológica sino que son el resultado de construcciones sociales, tomando como uno de los argumentos de peso que la homosexualidad pre-moderna era diferente de la homosexualidad moderna, pues aquella era estructurada por edad, por sexo o por clase, en vez de igualitaria, así mismo sostienen que no existen roles sexuales natural o biológicamente establecidos en la naturaleza humana, sino formas socialmente variables de desempeñar uno o varios papeles sexuales⁹.

Como se ha podido establecer, las relaciones homoeróticas durante la esplendorosa Grecia antigua circulaba literalmente como moneda corriente, pero el carácter de estas era inminentemente masculino, puesto que las relaciones entre mujeres tenían una reprobación y censura social muy alta. Y es que durante el imperio helénico el hombre o el varón gozaba de una supervaloración a tal punto que la mujer era soslayada e invisibilizada. De hecho, la máxima griega era, a este respecto, que “la mujer era para la reproducción, pero el hombre para el placer”. Se admitía que era imperioso mantener la especie, pero que solo se podía encontrar placer en la relación íntima con otro hombre, ya que el hombre se consideraba un ser más perfecto que la mujer

y, por lo tanto, la unión entre dos hombres sería más perfecta¹⁰.

Por otra parte y siguiendo a otras civilizaciones, en los albores del imperio romano, las relaciones entre hombres libres eran duramente castigadas por una ley conocida como la *ley escantinia*, pero se permitía en los casos en que los esclavos ejercían un papel pasivo¹¹. Con el devenir del tiempo algunas costumbres helénicas fueron permeando a la sociedad romana y esto generó que los actos homoeróticos fueren lentamente aceptados. Con la diferencia que en Roma, como quiera que la autoridad era ejercida por “el *pater familias*”, este aprovechando su poder tomaba a sus esclavos para fines sexuales, aun contra su voluntad. Quienes ejercían el papel activo se conocían como “*erastés*”, y al pasivo como “*eromenos*” o *efebos*. Pero a todas estas tendencias socio-sexuales le llegaría su punto de quiebre o declive, y fue justamente con la llegada del cristianismo al poder, aunque quizá un poco antes, cuando cualquier expresión de afecto homosexual se convirtió en tabú y se proscribió su práctica. En 390 d.C. Teodosio I proclamó una ley prohibiendo definitivamente todas las relaciones sexuales con los del mismo sexo, castigándolas con la pena de muerte¹².

El Medioevo

En la Edad Media con el influjo de la iglesia,

9. Foucault, Michel (1984). *Historia de la sexualidad: El uso de los placeres y la inquietud de sí*.

10. Dover, Kenneth J. *Homosexualidad griega*. Vendimia Books, 1978. ISBN 0-394-74224-9, traducido al español por Editorial El Cobre Ediciones, Barcelona en 2008.

11. Wilhelm Rein. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, 1844, p. 864.

12. M. Hyamson, ed. and tr., *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, London 1913 (reimpresión Buffalo, 1997), pp. 82-83.

los tabúes y estereotipos contra la homosexualidad se acentuaron férrea e implacablemente. Tanto fue así, que se pasó de una relativa tolerancia a la persecución descomunal e inhumana, haciendo que se condenaran a las personas con tendencias homoeróticas por el “*pecado nefando*” y el delito de sodomía, esto es, por actos sexuales “*contra natura*”. La verdad es que en ese contexto era difícil desligar o hallar distinción entre las acusaciones por estas conductas y por herejía. Así las cosas, se produjeron en nombre de la santa inquisición torturas y vejámenes que comprendían la quema en la hoguera, la castración, humillación pública, la aplicación de la pera de la angustia¹³, entre otros.

Edad Moderna

En España durante los inicios de la época moderna, la persecución de los sodomitas y la codificación de la sodomía como un crimen nefando y pecado contra natura, se acentuó para 1497. Los monarcas Isabel y Fernando, promulgaron la primera pragmática¹⁴ contra la sodomía. Esta aumentaba la gravedad de las sentencias y penas que se imponían contra los sospechosos de sodomía. Estas normas fueron inspiradas por la “*setena partida*” del siglo XIII, la cual establecía que lo sodomítico era un “pecado contra

la naturaleza y costumbre natural cometido por hombres entre sí”. La partida consideraba que el origen de este mal provenía de Sodoma y Gomorra¹⁵.

En materia de procedimientos acusatorios en casos del crimen nefando de sodomía, en 1530 el consejo supremo de la inquisición de Aragón había sentado el precedente para la práctica de un testimonio, fijaba que un testigo aunque fuera un cómplice y un menor de veinticinco años de edad, servía como prueba y evidencia del delito. Solo si el testigo en cuestión resultaba ser la esposa, del reo acusado podía no investir la entidad suficiente para actuar como testigo¹⁶.

Por otros lados, en Florencia, Italia, surgió un hecho muy poco conocido en la historia de la comunidad LGBT, pero que representa la primera reacción ante la opresión contra la inclinación homoerótica. Se trató de un movimiento de hombres jóvenes que en el año 1494, se agruparon en las calles florentinas desafiando a las autoridades en su intención de reprimir la homosexualidad. Jóvenes de distintos estratos sociales dieron a lucir públicamente a sus parejas del mismo sexo y alegaban por sus derechos a los placeres. Ciertos jóvenes “particianos” de los Medici invadieron el palacio del gobierno y obligaron al “confaloniero”¹⁷ a renunciar. Las

13. Artefacto en forma de pera que podía expandirse gracias a las cuatro partes móviles de las que constaba. Se introducía en el ano, vagina o boca de los acusados según el cargo que se les había imputado (herejes, homosexuales y brujas). La pera se iba abriendo lentamente hasta desgarrar los orificios de la víctima.

14. La pragmática es la institución por la cual el rey crea leyes. Hay leyes para grupos privilegiados, pero no hay una ley para todo el territorio de la corona, aunque la pragmática tiene validez en todo un reino.

15. Garza Carvajal, Federico (2002). *Quemando mariposas: sodomía e imperio en Andalucía y México siglo XVI-XVII*. Barcelona: Ed. Laertes.

16. Tomás y Valiente, Francisco (1969). “El crimen y pecado contra natura”. En: VV. AA., *Sexo barroco y otras trasgresiones pre-modernas*. Madrid: Alianza. Véase Tomás y Valiente, Francisco (1969). *El derecho penal de la monarquía absoluta*. Madrid: Ed. Tecnos.

17. El *gonfaloniere* era uno de los nueve ciudadanos elegidos cada bimestre en forma rotativa, para formar el gobierno. Era el abanderado de la ciudad de Florencia, y custodio de su estandarte en www.Wikipedia.org.

sentencias de castigo de todos aquellos que habían sido exiliados o despojados de sus trabajos por sodomía fueron revocadas¹⁸.

Época Contemporánea

Para el año 1868 el escritor y periodista húngaro Karl-María Kertbeny acuñó el término homosexual. Kertbeny en su condición de detractor de los actos de injusticia y defensor de lo que hoy conocemos como derechos humanos, se interesó particularmente por los problemas de los homosexuales, luego de que un amigo se suicidara por la presión que le imprimía una extorsión a causa de su orientación sexual.

En la Alemania del siglo XIX Karl Heinrich Ulrichs, hombre de leyes y de estudios sociales, dio a conocer por los años 1860 una serie de publicaciones que intentaban poner en discusión los tratos segregacionistas hacia quienes experimentaban condiciones homoeróticas, así escribió inicialmente cinco ensayos, entre los que puede resaltar "*Forschungen über das Räthsel der mann männlichen Liebe*" (Estudios sobre el misterio del amor masculino), en el que manifestaba que tal amor era natural y biológico, resumido en la frase "*anima muliebris virili corpore inclusa*" (una psique femenina atrapada en un cuerpo masculino). En estos escritos, Ulrichs forma ciertos neologismos para describir las diferentes orientaciones sexuales e identidades de género, expresiones entre las que se encuentra "*Urning*" para masculinos que se sienten

atraídos por otros hombres y "*Dioning*" para los hombres que prefieren a mujeres. Estos términos hacen expresa alusión a una sección de "*El Banquete*" de Platón, en el que se discuten dos tipos de amor, simbolizados por una Afrodita nacida de un hombre (Urano) y una Afrodita nacida de una mujer (Dione). Ulrichs igualmente creó las palabras para los correspondientes femeninos (Urninde, para la mujer homosexual). En 1864 sus libros fueron vetados y confiscados por la policía de Sajonia. La misma suerte corrió en Berlín y sus obras fueron prohibidas en toda Prusia. Varias de estas publicaciones han sido encontradas en los archivos nacionales de Prusia e iban a ser divulgados en 2004. Varias de las obras más importantes de Ulrichs han sido reimpresas, tanto en alemán como en inglés¹⁹.

Por último, Ulrichs en una obra hito, demuestra su esfuerzo por edificar bases para un trato exento de represión y exclusión: "*El Araxes. Ruf nach der Befreiung der Urningsnatur vom Strafgesetz*" (*Araxes. Llamada a la liberación de la naturaleza del urning de la ley penal*). Publicado para el año 1870, allí describe que el "*urning*, también, es una persona, por lo tanto, tiene derechos inalienables. Su orientación sexual es un derecho establecido por la naturaleza. Los legisladores no tienen ningún derecho a vetar la naturaleza; ningún derecho a perseguir la naturaleza en el curso de su trabajo; ningún derecho a torturar a criaturas vivas que están su-

18. ROCKE, M. Amistades prohibidas: la homosexualidad y la cultura masculina en la Florencia del renacimiento. Oxford University press, 1996.

19. Ulrichs, Karl Heinrich. *Forschungen über das Räthsel der mann männlichen Liebe*. 1863. Véase también en Levay, Simon. *Queer science: The use and abuse of research into homosexuality*, MIT Press, 1996.

jetas a esos impulsos que la naturaleza les dio”. Y continúa, “es un ciudadano. Él, también, tiene derechos civiles; y de acuerdo a esos derechos, el estado tiene ciertos deberes que cumplir. El Estado no tiene razones para actuar por capricho o por el placer de la persecución. El Estado no está legitimado, como en el pasado, a tratar a los *urnings* como si no los acogiera la ley”²⁰.

Antes del advenimiento del nazismo y su posterior llegada al poder, en Alemania se habían organizado movimientos de reivindicación de derechos de personas con tendencias homófilas. Uno de los más celebres y reconocidos activistas y cabeza visible de ese movimiento fue el médico y sexólogo Magnus Hirschfeld (1868-1935). Este avezado estudioso de la sexualidad humana a quien designaron con el epíteto del “Einstein del sexo”, ideó una teoría intermedia entre el hombre y la mujer, la cual definió como el tercer sexo, enfocándose en el análisis y estudio de las diferentes manifestaciones de las necesidades sexuales y eróticas. En 1897 fundó un Comité Científico Humanitario (*Wissenschaftlich-humanitäres Komitee*) con el objetivo de procurar la defensa de los derechos de las personas homoeróticas y buscaba además la abolición del Artículo 175 de la ley penal alemana, que criminalizaba las relaciones homosexuales. Hirschfeld pensaba que un mejor conocimiento de la homosexualidad podría ayudar a combatir la hostilidad hacia quienes poseen estas inclinaciones. El comité encabezado por Hirschfeld logró

que más de 4.000 distinguidos ciudadanos, entre ellos, Albert Einstein, el novel Thomas Mann y el filósofo teólogo Martin Buber, firmaran un libelo en el que se pide la derogación del Artículo 175 de la ley penal para ser presentada ante el Reichstag²¹, fue apoyada por el partido minoritario socialdemócrata de ese entonces, pero dio al traste con la irrupción del nazismo del tercer Reich.

Hirschfeld fundó en 1919 el “*Institut für Sexualwissenschaft*” (Instituto para el estudio de la sexualidad) en Berlín, en los albores de la República de Weimar, la cual propiciaba sus estudios por su ambiente más liberal. Tal instituto albergaba una gigantesca biblioteca y un museo sobre temas relacionados con el sexo. Este fue frecuentado por inmensidad de personas de diversas ideologías de toda Europa, pero cuando el partido nacionalsocialista tomó el poder se ordenó destruir el instituto y quemar la biblioteca en 1933.

El tercer Reich alemán es una clara muestra desbordada de homofobia de Estado, en el sentido que durante tal época, se realizaron persecuciones sistemáticas contra los homosexuales, con el fundamento de que tales relaciones adolecían de efectos reproductivos y por tanto, la posteridad y perpetuidad de la raza aria se hallaba limitada. Así de una tolerancia relativa durante la República de Weimar, se pasó a una campaña de exterminio masivo. El citado Artículo 175 fue recrudecido y bajo la conducta típica de homo-

20. Ulrichs, Karl Heinrich (1870) *Araxes. Ruf nach der Befreiung der Urningsnatur vom Strafgesetz*.

21. Hace referencia a los diferentes parlamentos que se sucedieron en Alemania entre 1849 y el final de la Segunda Guerra Mundial.

sexualidad que este consagraba, fueron enviados entre unos 10.000 y 15.000 hombres –aunque se calculó que podría haber sido más– a los campos de concentración. Los detenidos por estas conductas eran marcados con un triángulo de color rosa y conformaban la población de más baja casta dentro de los campos. Esto significaba que la aplicación de la pena de muerte para este sector era elevada. Ya para la posguerra los homosexuales que habían sido detenidos, encarcelados o enviados a campos de concentración fueron tratados como criminales y no como víctimas. Los que se encontraban en la cárcel tuvieron que terminar sus condenas²². Los homosexuales fueron el último grupo de víctimas de la era nazi en ser reconocidos, en 1985, el gobierno alemán anuló las sentencias nazis contra esta población y pidió disculpas públicamente a la comunidad LGBT.

Un hecho que marcó en forma profunda y definitiva la historia para las minorías con orientación homoerótica acaeció el 28 de junio de 1969 en los Estados Unidos: “Los disturbios de Stonewall”, los cuales consistieron en una manifestación caótica contra una redada policial, que irrumpió en bar de la ciudad de Nueva York conocido como Stonewall Inn. El grupo de policías cerró todas las salidas y solicitó revisar a los clientes y mostrar su identificación, todos aquellos que usaran una vestimenta que no corres-

pondiera a su sexo eran detenidos. Los que se encontraban en tales circunstancias se negaron al arresto y el resto de clientes rehusó identificarse, lo cual generó que los policías decidieran llevar a los reacios a las comisarías, y esto provocó los enfrentamientos, terminando en una muchedumbre incontenible y disturbios fuera del bar. Dos años después de los disturbios de Stonewall había grupos radicales en favor de los derechos LGBT en cada ciudad importante estadounidense, en Canadá, Australia y Europa Occidental, igualmente se generó la publicación de revistas en numerosas ciudades y campos universitarios de América y después en el norte de Europa. La historiadora Lillian Faderman llama a los disturbios “un disparo que se escuchó en todo el mundo”²³.

El movimiento Stonewall de Estados Unidos en 1969, tiene varias particularidades: es visible, trata que se propicien reformas en las legislaciones que discriminan y criminalizan a personas homosexuales y genera un reconocimiento de la propia identidad, la identidad *gay* y lesbiana, que afecta las dimensiones personales y sociales. De este modo, con Stonewall surge una nueva subjetividad política, que partiendo del reconocimiento de una diferencia busca impactar en las esferas públicas y privadas de los sujetos.

Historia contemporánea en Colombia

En Colombia, la lucha por el reconocimiento

22. Hoffschildt, Rainer. 140.000 Verurteilungen nach “175”. En Fachverband Homosexualität und Geschichte e.V. (en alemán). Denunziert, verfolgt, ermordet: Homosexuelle Männer und Frauen in der NS-Zeit. Invertitio. Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten. Hamburgo: Männerschwarm Verlag. pp. 214. 2002 ISBN 3-935596-14-6.

23. Carter, David (2004). *Stonewall: The Riots that Sparked the Gay Revolution*. St. Martin's Press. ISBN 0-312-34269-1.

de los derechos de los homosexuales parte en el año 1940 en Bogotá con la formación de un grupo denominado “Los Felipitos”, el cual se hallaba en la clandestinidad.

En 1970, León Zuleta uno de los activistas homosexuales más reconocidos en la historia de Colombia organizó un grupo LGBT en Medellín. Se vinculó a la Juventud Comunista, de la cual fue expulsado por su condición de homosexual. Fue el fundador de un periódico denominado *el otro*, el cual circuló entre 1977 y 1979 y de una revista llamada *La ventana gay* en 1979, la cual alcanzó una publicación de 21 números. Para la realización de estas actividades contó con la compañía de Manuel Velandia otro activista del movimiento en Bogotá.

En julio de 1981 se despenalizó la homosexualidad en Colombia, ya que era considerada como un delito, y surgieron nuevos colectivos como: Movimiento por la Liberación Homosexual, Grupo de Estudio y Liberación *Gay*, Colectivo Landa y Heliogábalos, liderados por Guillermo Cortez, Manuel Rodríguez y Leonardo Vidales. En 1982 se realiza una Marcha del Orgullo *Gay* en la capital colombiana²⁴.

Pero todos los avances que se obtuvieron jurídicamente, no repercutieron en la actitud homofóbica de muchos sectores del país. Así, entre 1986 y 1989 se perpetraron 640 homicidios contra *gays*. Grupos como “Manonegra”, “Amor a Medellín”, “Amor a Manizales”, “Muerte a Ho-

mosexuales”, “Masetos del Magdalena Medio”, “Termineitor de Aguachica” y “Autodefensas de Urabá” ejecutaron los crímenes²⁵.

El 23 de agosto de 1993 fue asesinado León Zuleta, quien había dedicado los últimos años de su vida a la Escuela Nacional Sindical y al Comité Educativo de Amnistía Internacional. Manuel Velandia, el otro pionero del movimiento de liberación *gay*, tuvo que salir del país después que una granada estallara en el jardín de su casa. En una etapa más reciente, con el surgimiento de nuevos grupos como el Polo Rosa y el Colectivo León Zuleta, se ha recuperado la dinámica del movimiento²⁶.

Reconocimientos jurídicos internacionales

En cuanto al tratamiento jurídico dado a las minorías LGBT en el plano internacional, que a la vez genera compromisos de los Estados partes y signatarios de pactos, convenciones, tratados o declaraciones frente a estos temas, y de igual forma con relación a la jurisprudencia internacional en la materia, es preciso señalar que la primera oportunidad en que la ONU se pronunció respecto a los derechos LGBT fue en 1994 mediante la resolución favorable del caso Toonen contra Australia por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual dictó que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recoge que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

24. Sánchez González, Diego. La lucha va más allá de las demandas de la comunidad LGBT, Edición 148. Desde abajo, 2009. En www.desdeabajo.info/index.php/ediciones/187-edicion-148/4961-nuestra-lucha-va-mas-alla-de-las-demandas-de-la-comunidad-lgtb.

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*.

La Organización de las Naciones Unidas ONU, promulgó el 18 de diciembre de 2008 la declaración sobre orientación sexual e identidad de género, siendo esta la primera declaración sobre derechos homosexuales emanada de la Asamblea General. Por su pertinencia con el tópico citaremos algunos apartes que se consideran que meten en cintura a los Estados, incluyendo el colombiano, para el cumplimiento de estos lineamientos:

(...)

3. Reafirmamos el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

4. Estamos profundamente preocupados por las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género.

5. Estamos, asimismo, alarmados por la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquéllos sometidos a tales abusos.

(...)

10. Hacemos un llamado a todos los Estados y mecanismos internacionales relevantes de derechos humanos a que se comprometan con la promoción y protec-

ción de los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual e identidad de género.

11. Urgimos a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias, en particular las legislativas o administrativas, para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular ejecuciones, arrestos o detención.

12. Urgimos a los Estados a asegurar que se investiguen las violaciones de derechos humanos basados en la orientación sexual o la identidad de género y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia²⁷.

Así mismo, unos meses antes la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos durante su 38ª sesión el 3 de junio de 2008, había adoptado la resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”. En esta manifiestan su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género y encargan a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que incluya en su agenda, antes del trigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General, el tema “Derechos humanos, orientación sexual e identidad

27. Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 2008.

de género²⁸. De esta forma los 34 países miembros de la Organización de Estados Americanos aprobaron de forma unánime esta resolución en la que se extendía la protección de los derechos humanos a la identidad de género y la orientación sexual²⁸.

Estos reconocimientos han sido posible además por el esfuerzo de múltiples asociaciones y ONG internacionales como Amnistía Internacional, ARC Internacional, Center for Women's Global Leadership, COC Nederland, Global Rights, Human Rights Watch, International Committee for IDAHO, International Gay and Lesbian Human Rights Commission (IGL-HRC), International Lesbian and Gay Association (ILGA), International Service for Human Rights, Pan Africa ILGA y Public Services International. Estas organizaciones luchan para que cambie el panorama según el cual la homosexualidad es ilegal y criminalizada en setenta y seis países y tiene pena de muerte en cinco, a saber, Mauritania, Sudan, Irán, Arabia Saudita y Yemen, lo cual representa una clara muestra de homofobia de Estado. La otra cara es la de los países que reconocen el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como es el caso de Holanda, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, algunos estados de Estados Unidos, México D.F., Argentina.

Nacionales

Ahora bien, entrando al ámbito del Estado

colombiano, se debe mencionar que la Constitución Política de 1991 fue fundamental en el proceso histórico de reconocimiento de derechos a los homosexuales, por los valores y principios que consagra y por los instrumentos de protección jurídica como la acción de tutela, la cual se convirtió en una herramienta para la defensa de esta minoría. Así mismo, las acciones públicas de inconstitucionalidad o inexecutable han sido un mecanismo indispensable para alcanzar en ciertos derechos o situaciones jurídicas la igualdad de trato frente a parejas heterosexuales, respeto a la diferencia por orientación sexual y no discriminación. Ha sido entonces, la rama jurisdiccional del poder público, especialmente la Corte Constitucional y en contadas oportunidades los otros tribunales de cierre, los órganos que mediante sus providencias han otorgado o extendido derechos y sus correlativos deberes para las parejas homosexuales, mientras que el poder legislativo ha sido incapaz de proferir una norma de protección jurídica para la libre orientación sexual, por falta de consenso y voluntad política, debido al anquilosamiento legislativo que se genera por los estereotipos aún arraigados en la conciencia de los miembros de este cuerpo político colegiado. Se han presentado en diversas ocasiones proyectos de ley, pero todos han dado al traste en el trámite legislativo, estando el último y más reciente²⁹ aún anquilosado –se reitera– en las comisiones del Congreso.

28. Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” de la Organización de los Estados Americanos.

29. Proyecto de Ley No. 73 de 2010. Por el cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo y sus derechos patrimoniales. Ponente: Piedad Córdoba Ruiz (la pretensión del proyecto es equiparar por vía legislativa los efectos de las uniones matrimoniales de hecho heterosexuales con las homosexuales).

Como se ha anotado la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al tema de los derechos de personas LGBT, unas veces por vía de revisión de tutela y otras con ocasión de análisis de constitucionalidad de normas. “Aunque en todos los casos exista un denominador común –derechos de los homosexuales– en cada uno de ellos se discutía una garantía constitucional o una facultad legal distinta: el derecho a la autonomía personal, el principio de igualdad y la garantía de no discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la educación, el derecho a la seguridad social, la facultad de constituir una familia, la posibilidad de aplicar el régimen patrimonial de las parejas heterosexuales, la posibilidad de adoptar menores de edad”³⁰, etc.

Teniendo en consideración lo expresado precedentemente, se procurará hacer un breve análisis de los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia, organizados por ejes temáticos, haciendo una división basada en sus efectos: “inter partes” o *erga omnes*, en ese orden, se empieza por analizar las sentencias de tutela (tipo T), y subsiguientemente las sentencias de constitucionalidad (tipo C) y sentencias unificadas (tipo SU).

Sentencias Tipo T

Cambio de nombre

La primera oportunidad en que la Corte

Constitucional una vez erigida, se pronunció en un caso en el que se estuviera discutiendo un derecho de una persona homosexual, fue en la Sentencia **T-594 de 1993**, en esta un ciudadano que es biológicamente de sexo masculino, pero que es reconocido e identificado con un nombre de sexo femenino, solicita que se cambie su nombre en el registro civil, de Carlos Montaña Díaz por el de Pamela Montaña Díaz, ante lo cual el Notario se niega. La Corte amparó en este caso el derecho al libre desarrollo de la personalidad y ordenó el cambio del nombre, con el argumento que “es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa, que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida”³¹.

En establecimientos castrenses

En la esfera militar en Colombia se han evidenciado casos de conductas homoeróticas, verbigracia, en la sentencia **T-097 de 1994**, un estudiante de la Escuela de Carabineros “Eduardo Cuevas” de Villavicencio, solicitó la protección de su derecho fundamental al debido proceso y al buen nombre, vulnerados, en su concepto, por las directivas de la escuela al haber tomado la

30. Pardo Schlesinger, Cristina (2006) (magistrada auxiliar Corte Constitucional). *Homosexualidad: del miedo a la esperanza*. Bogotá: Ed. Trillas. p. 143 capítulo 9. Compilado por García, María Consuelo.

31. Sentencia T-594 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Corte Constitucional.

decisión de expulsarlo por supuestas conductas homosexuales, sin el cumplimiento del procedimiento debido. La Corte decidió que se habían vulnerado los derechos mencionados por el actor y ordenó reintegrar al estudiante y proceder conforme al proceso debido. Manifestando que “del simple “amaneramiento”, así se le otorgue el carácter de indicio, no puede, pues, deducirse el homosexualismo. La sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en un juicio de tipo moral; ni siquiera en la mera probabilidad hipotética de que la institución resulte perjudicada, sino en una afectación clara y objetiva del desarrollo normal y de los objetivos del cuerpo armado. El homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable. Otra cosa ocurre con las prácticas sexuales, dentro de cuarteles y escuelas, así como con las demás manifestaciones externas de este tipo de conducta que, si interfieren con los objetivos, funciones y disciplina, legítimamente instituidos, bien pueden ser objeto de sanción”³².

Un caso análogo se presenta en la Sentencia **T-037 de 1995**. Un estudiante de la Escuela de Policía de Tuluá, incoa acción de tutela contra esta entidad, puesto que fue expulsado de ella por actos de homosexualismo. El actor alega que se le violó el debido proceso, el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. De conformidad con el expediente se presenta

denuncia contra el actor, ya que durante una noche se acostó al lado de un compañero y lo asedió mediante caricias y otros actos. La Corte no concedió las pretensiones del accionante y declaró ajustado a la Carta Política la medida disciplinaria de expulsión con el argumento que “Tanto los actos de homosexualidad como los que impliquen objetivamente el acoso o asedio a los compañeros dentro del establecimiento, quebrantan de manera ostensible y grave la disciplina y además ofenden a los demás integrantes de la comunidad educativa, quienes merecen respeto, por todo lo cual aquellos deben ser oportuna y ciertamente castigados”³³.

En medios de comunicación

En el tema de Publicidad en Medios, en Sentencia **T-539 de 1994** un grupo de homosexuales demanda el hecho de que el Consejo Nacional de Televisión haya negado la publicación de un comercial en el que figuran besándose dos hombres, y se incentiva el uso de preservativos. En esta ocasión la Corte no amparó los derechos solicitados: a la vida, a no ser sometidos a tratos degradantes, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, a informar y recibir información veraz e imparcial y a la honra, por considerar que no había censura. En ese sentido la Corte manifestó que “la censura supone el veto doctrinario, ideológico o moral. En este caso no hay veto de este tipo, porque la negativa

32. Sentencia T-097 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional.

33. Sentencia T-037 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Corte Constitucional.

del organismo competente se basó en consideraciones objetivas y técnicas (las imágenes no se corresponden con el mensaje). No se rechazó ni una doctrina, ni un modo de ser, ni se condenó moralmente a los homosexuales”. Sin embargo esta corporación expresó que los homosexuales como minoría tienen derecho a sus convicciones e inclinaciones bajo la premisa que “el rechazo que existe hacia los homosexuales es injustificado bajo el marco de una filosofía de comprensión y tolerancia, como la que inspira la Carta de 1991. Los dogmatismos están proscritos, y en su reemplazo hay un respeto absoluto por las posturas minoritarias, mientras estas no afecten el orden jurídico y los derechos de los demás. En la sociedad contemporánea se ha abierto espacio a la tolerancia y la comprensión hacia las posturas contrarias. De ahí que, como se ha dicho, 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 y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado Social de Derecho³⁴”.

En establecimientos educativos

Con relación a comportamientos homosexuales en establecimientos educativos, en Sentencia **T-569 de 1994**, la Corte señaló que “si las conductas homosexuales invaden la órbita de los de-

rechos de las personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos no se ajustan a las normas de comportamiento social y escolar, aquellas no pueden admitirse ni tolerarse”. Así, en el caso de esta sentencia, “el menor al presentarse al colegio con zapatos de tacón, maquillado, con una vestimenta femenina llamada slacks, etc. no solo infringió el reglamento educativo, sino que también puso en evidencia su propia condición sexual, y él mismo se encargó de que su derecho al libre desarrollo de la personalidad no pudiera ser objeto de protección”. En ese mismo orden la Corte expresa que “el deber de los estudiantes radica, desde el punto de vista disciplinario, en respetar el reglamento y las buenas costumbres, y mantener las normas de presentación establecidas por el colegio³⁵”.

Por otra parte, en la Sentencia **T-101/98** los accionantes Pablo Enrique Torres Gutiérrez y José Julián Prieto Restrepo, estudiantes del instituto Ginebra –La Salle–, en el cual cursaban los grados sexto y séptimo respectivamente hasta el año 1996, solicitaron la protección de sus derechos fundamentales a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, pues consideraron fueron vulnerados por el Rector y el Consejo Directivo del claustro educativo al negarles cupos académicos por sus inclinaciones sexuales. La Corte emitió decisión a favor de estos jóvenes e impartió la orden de otorgar los cupos negados y por tanto, su reintegro al colegio, argumentando que estos no habían incurrido en ninguna falta

34. Sentencia T-539 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Corte Constitucional.

35. Sentencia T-569 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, Corte Constitucional.

contra la misma por su condición de homosexualidad. La cual al decir de la Corte no constituía un peligro para la comunidad estudiantil, siempre y cuando “en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia”. Asimismo, debía anteponerse su libre acceso a la educación, por representar este un deber y un derecho; el respeto por el otro, las diferencias y a la diversidad sexual. Por otra parte, esta actitud de rechazo a los *gays*, vislumbra la discriminación y la imposición de un paradigma religioso excluyente que refleja la presencia ineludible de prejuicios que giran en torno a creencias y convicciones reduccionistas; obviando así la posibilidad de difundir criterios objetivos fundamentados en la defensa del derecho a la igualdad y el fortalecimiento de políticas garantistas, propias de un Estado Social de Derecho³⁶.

De igual forma, en la Sentencia T-435 de 2002 la señora Aracely Ravelo, actuando en nombre de su menor hija Daniela Giovanna Martínez, interpuso acción de tutela contra la directora del Colegio Nuestra Señora de Nazareth de Bosa, manifestando la violación de los derechos fundamentales a la igualdad, intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y el derecho a la educación. En la narración de los hechos, la accionante enuncia que en la institución en la cual su hija había cursado su primaria y casi todo

*su bachillerato, intempestivamente le negaron el acceso a la misma, con el argumento que la menor se drogaba, ingería bebidas alcohólicas y sus inclinaciones sexuales no estaban definidas. En este caso, la Corte profiere su decisión, amparándose en lo expresado en los Artículos 29, 13, 15 y 16 de la Constitución Nacional y en su anterior jurisprudencia, sentando un precedente para que el colegio se abstenga de tomar decisiones que violan el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar; pero no ampara el derecho a la educación y considera bien fundada la decisión de expulsión dada por el colegio y por tanto no hay lugar a el reintegro por estar contemplados dentro del manual de convivencia las causales de expulsión y se encuentra justificada la misma.*³⁷

Custodia y cuidado personal de menor

En Sentencia T-290 de 1995, un hombre homosexual solicita que le sea reintegrada una niña, que venía criando desde hace varios años cuando una pareja la abandonó. Puesto que el ICBF tomó protección de la menor con el argumento de que no se encontraba en condiciones adecuadas para su desarrollo. El accionante manifiesta que fue despojada de la menor por su condición de homosexual. La Corte entra a resolver el caso, negando la tutela al actor con la manifestación que el ICBF “encontró a la menor en una situación irregular tal, que ameritaba su

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

37. Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

intervención, mediante los mecanismos que la ley dispone para ello. La menor había sido abandonada por sus padres y se encontraba viviendo en un medio que hacía peligrar su seguridad y el adecuado desarrollo al que tiene derecho”. Ahora bien el Magistrado Carlos Gaviria Díaz, aclara su voto arguyendo que “Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución. Se debió dejar claramente establecido que eran otros los motivos que habían guiado a la Corte a denegar la tutela”. (...) “La homosexualidad no es en sí misma un lastre moral, pues el comportamiento recto o desviado de una persona nada tiene que ver con sus preferencias sexuales. El comportamiento ético de una persona nada tiene que ver con sus predilecciones amorosas y que es aquel, y no estas, el que ha de evaluarse para decidir si un adulto es o no competente para educar a un niño”³⁸.

Afiliación al sistema de salud

En el tema de afiliación en salud, los primeros pronunciamientos fueron de no amparar el derecho y con el tiempo se produjo un cambio de precedente, así inicialmente en Sentencia **T-999 de 2000**, el Defensor del Pueblo regional Risaralda, solicita que se ordene la afiliación al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiario de una persona que poseía más

de cinco años de convivencia con su compañero perteneciente al mismo sexo, en aras de que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, a la igualdad, a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad. En esta oportunidad la Corte denegó tal pretensión señalando que “la decisión de la entidad demandada –de la EPS que niega la afiliación– no vulnera el derecho a la igualdad, pues el argumento de que a otras familias, específicamente las conformadas de hecho por heterosexuales, si se les acepta la afiliación de las compañeras o compañeros permanentes, no es admisible, por cuanto la protección integral que para la familia ordena la Constitución, en principio no incluye las parejas homosexuales”³⁹.

Ahora bien, en Sentencia **T-618 de 2000**, una persona solicita vinculación como beneficiario al sistema de salud a su compañero del mismo sexo. El ISS acepta esta solicitud, pero después de varios meses de estar tratando por VIH al beneficiario revoca la afiliación porque esta no cubre parejas del mismo sexo. Se interpone la acción de tutela por vulneración de los derechos a la vida, salud, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y la Corte, a la postre, decide conceder el amparo. Sosteniendo que “el ISS inicialmente aceptó a una persona como beneficiario de otra del mismo sexo. No podía el ISS, sin previamente instaurar una acción de lesividad, violar el respeto al acto propio. Como abusivamente lo hizo, violó el debido proceso y,

38. Sentencia T-290 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, incluye aclaración de voto del mismo magistrado, Corte Constitucional.

39. Sentencia T-999 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional.

por ende, el principio constitucional de la continuidad, propio de la seguridad social en salud. Como el derecho del titular a vincular como su beneficiario a su compañero del mismo sexo obtuvo inicialmente respuesta positiva y luego hubo expulsión del sistema sin juicio previo, también se le violó el debido proceso⁴⁰.

Prosiguiendo con la línea jurisprudencial, en Sentencia **T-1426 de 2000**, el accionante actuando en calidad de agente oficioso solicita que se afilie como beneficiario del sistema de salud a su compañero del mismo sexo, quien viene adoleciendo de una enfermedad grave como VIH. La EPS se niega con el argumento que no está previsto legalmente este tipo de afiliación. La Corte resuelve no amparando la protección pedida, fundada en que la Constitución Política prevé una ampliación gradual de la cobertura, subordinada a la existencia de los recursos que así lo permitan, ha de entenderse que la inclusión del compañero y compañera permanente, en calidad de beneficiarios, al Sistema de Seguridad Social obedeció, en sus inicios, al imperativo constitucional de darle a la persona de distinto sexo, que hace vida marital con el afiliado, el mismo tratamiento que se le veía dando al cónyuge. Y que, la persona del mismo sexo, que hace vida marital con el afiliado, en cuanto no fue constitucionalmente asimilada al cónyuge, no puede acceder al Sistema como beneficiario, porque las normas que rigen la seguridad social no lo tienen previsto⁴¹.

40. Sentencia T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Corte Constitucional.

41. Sentencia T-1426 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional.

Por su parte, en Sentencia **T-856 de 2007**, se solicita la afiliación al sistema de salud en condición de beneficiario de una persona que venía conviviendo por más de dos años con su pareja homosexual. La EPS niega esta solicitud y los juzgados de instancia validan tal decisión. Sin embargo la Corte, revoca tales providencias dando un viraje con relación a sus antecedentes, decisiones y ordena la afiliación del compañero permanente del mismo sexo al Sistema de Seguridad Social, señalando que mediante Sentencia C-075 de 2007 se extendieron los efectos de la Ley 54 de 1990, es decir, la figura de la unión marital de hecho y la calidad de compañero o compañera permanente a las parejas homosexuales y tal decisión comenzó a producir sus efectos desde el 8 de febrero de 2007. Por lo tanto el argumento esgrimido por la entidad promotora y por los jueces de instancia para negar la solicitud de afiliación era insostenible a la luz de la jurisprudencia constitucional. Por lo tanto debido a que la afiliación fue solicitada el 7 de marzo de 2007, es decir, un mes después de haberse proferido la Sentencia C-075 de 2007, la EPS debió responder de manera afirmativa a tal petición⁴².

Actividades públicas

En cuanto al uso de lugares públicos para realizar manifestaciones culturales por parte de la minoría multicitada, en Sentencia **T-268 de 2000**, la comunidad *gay* de Neiva pidió un permiso a la Alcaldía de esa localidad, para realizar

42. Sentencia T-856 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Corte Constitucional.

un desfile por las principales calles de la ciudad de Neiva. Posibilidad que le fue negada por la Alcaldía mediante resolución motivada del 10 de agosto de 1999. Por consiguiente, consideran que la negativa a permitirles la realización del desfile, ha vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, y en consecuencia solicitan que se les permita realizar el desfile. La Corte se pronunció en el sentido de que tutela no es la vía procedente para controvertir decisiones administrativas cuando el administrado, tiene mecanismos conducentes para controvertir las decisiones que no comparte, sin embargo exhorta al Alcalde de la ciudad de Neiva a fin de que en lo sucesivo, tenga en cuenta reflexiones tendientes a considerar que en los espacios se deben asegurar las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que se deben consolidar en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad. No obstante, las exigencias de las autoridades en ese sentido deben dirigirse a los ciudadanos en general, –sean por ejemplo homosexuales o heterosexuales–, y no presuponer *a priori* la alteración del orden social por parte de un grupo específico de ciudadanos, por el mero hecho de que una manifestación de su identidad ponga de presente su condición personal⁴³.

En centros de reclusión y visita íntima de internos

Entrando al tema de los derechos de los reclusos homosexuales, en la Sentencia **T-1096 de 2004**, se protege la dignidad e integridad sexual

de un hombre homosexual privado de la libertad que, que por su orientación sexual, había sido víctima permanente de violación, sin que las autoridades del INPEC lo protegieran. En este caso se resalta cómo la discriminación basada en la orientación sexual puede contribuir a un proceso de deshumanización de la persona que es víctima de ella y es la condición primaria de una situación de tortura y maltrato. En el análisis de este caso la Corte insistió que la homosexualidad no puede servir de pretexto válido para que el Estado deje de proteger los derechos a la dignidad humana, la vida, la integridad física, la libertad sexual y salud, y por ende, se establecen obligaciones para el Estado específicamente el INPEC, de tomar las medidas necesarias para evitar la continuación de violaciones en el caso concreto, determinó además que la falta de protección a los reclusos genera responsabilidad administrativa del Estado⁴⁴.

En cuanto a visitas íntimas, en Sentencia T-499 de 2003, una reclusa de un centro carcelario a quien le conceden un permiso mensual de 72 horas solicita autorización para realizar visita íntima a otra reclusa que se encuentra en otro establecimiento penitenciario, durante sus jornadas de permiso. El instituto carcelario niega esta autorización fundada en que es requisito para ingresar la cédula de ciudadanía y el certificado judicial, y comoquiera que la reclusa carece de este no se le otorgó tal autorización. Las reclusas interponen tutela porque consideran vulnerados sus derechos fundamentales a

43. Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Corte Constitucional.

44. Legislación y derechos de LGBT en Colombia: voces excluidas. Colombia Diversa, Tercer Mundo Editores, 2006. p. 66.

la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de las internas, en razón de que los accionados no les permiten las visitas homosexuales que estas solicitan. La Corte termina por conceder el amparo constitucional señalando que las autoridades carcelarias bien pueden exigir a quienes pretendan ingresar a los establecimientos carcelarios, cualquiera fuere el motivo, la cédula de ciudadanía y el certificado judicial, a fin de adoptar medidas consecuentes con el mantenimiento del orden y de la disciplina carcelaria, salvo que la exigencia de los aludidos documentos limite los derechos constitucionales de los visitantes e internos hasta desconocerlos. En este orden de ideas, vale precisar que nada aporta el certificado judicial que la señora no posee ni puede conseguir para el mantenimiento del orden y la seguridad del reclusorio, durante las visitas que la nombrada solicita se le permita hacer a su pareja, habida cuenta que las autoridades carcelarias conocen los antecedentes de una y otra y son conscientes de su grado de resocialización, pero no se puede desconocer que la insistente negativa de los directores accionados compromete la estabilidad afectiva y emocional de las tutelantes, y por ende, la seguridad de los establecimientos carcelarios, en donde las mismas se encuentran reclusas⁴⁵.

Así mismo y a pesar de que en la Sentencia **T-274 de 2008**, los accionantes no eran homosexuales, sino una pareja heterosexual que reclamaba el derecho a visita íntima, la Corte recordó que las uniones entre personas con identidad

sexual también son titulares del derecho a la visita íntima del convicto, en tal sentido, esta Corporación señaló que la orientación sexual de las personas privadas de su libertad, no constituye una justificación razonable y proporcional a la luz de la Constitución y las leyes, para impedir la visita íntima. En consecuencia, a fin de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los reclusos y de sus visitantes, particularmente de su derecho fundamental a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las autoridades penitenciarias y carcelarias deben garantizar el ejercicio del derecho a la visita íntima de las parejas homosexuales⁴⁶.

Admisión en asociaciones

En la Sentencia **T-808 de 2003** el apoderado del señor Édgar Eduardo Robles Fonnegra instaura una acción de tutela en contra de la Asociación Scout de Colombia en procura de la protección de derechos fundamentales a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad; violados al ser expulsado arbitrariamente de esta asociación por liderar un proyecto de ley, donde se pretendía lograr la aceptación de uniones de parejas del mismo sexo. En efecto, esta asociación como entidad privada, sin ánimo de lucro afirmaba que dentro de sus estatutos aparecía una regla que los facultaba para limitar el derecho de admisión y por ello la expulsión de uno de sus integrantes no representaba un acto abrupto, sino una medida pertinente para evitar que los niños y ado-

45. Sentencia T-499 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional.

46. Sentencia T-274 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería, Corte Constitucional.

lescentes recibieran una educación inadecuada, inmoral y este lugar destinado a la formación se convirtiera en el epicentro de incidentes irreparables. En el presente caso, la Corte considera que el reglamento interno de una asociación no puede desconocer los principios constitucionales y subordinar los derechos protegidos a intereses particulares y a juicios carentes de objetividad y racionalidad; y por tanto ordena la aceptación de la inscripción del accionante nuevamente, sin ninguna objeción⁴⁷.

Derecho de locomoción y residencia

En materia de derecho de circulación por lugares públicos, en Sentencia **T-301 de 2004**, un ciudadano instaura acción de tutela contra la Comandancia de Policía del departamento del Magdalena, en razón a que un grupo de auxiliares y agentes de esta dependencia, en diversas ocasiones se ha acercado al accionante y a su grupo de amigos homosexuales, para solicitarles su identificación, que abandonen el sector de la Bahía de Santa Marta y conduciéndolos a la Estación de Policía, debido a la mala imagen que ocasionaban por sus comportamientos atentatorios contra la moral, la ética y sanas costumbres de los ciudadanos de bien tanto turísticos como residentes en la ciudad, además de expresar que es un riesgo para la comunidad que personas con VIH deambulen por el sector. Se solicita entonces, el amparo constitucional y después de dos fallos de instancia negativos la Corte resuelve

revocarlos y amparar los derechos a la libre circulación, igualdad y libre desarrollo de la personalidad sosteniendo que “no ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido de la moral social con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía. Encuentra la Corte que la medida restrictiva de la libertad de circulación por el territorio nacional del ciudadano no resulta ni necesaria ni adecuada para garantizar un valor constitucional⁴⁸.

Por otro lado, en la Sentencia **T-725 de 2004**, una persona solicita que a su pareja del mismo sexo se le otorgue derecho de residencia en la isla de San Andrés y Providencia, por tener más de tres años de convivencia con su compañero isleño. La gobernación de San Andrés niega la solicitud y comunica que el visitante debe abandonar la isla en cinco días, por vencimiento de permiso. La pareja interpone la acción de tutela para que se le protejan sus derechos a la igualdad, el trabajo, la libertad sexual y la dignidad. La Corte falla el caso considerando que la Gobernación tenía la obligación de readecuar el trámite de la solicitud ya que sabía que el aspirante

47. Sentencia T-808 de 2003, Alfredo Beltrán Sierra, Corte Constitucional.

48. Sentencia T-301 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Corte Constitucional.

a la residencia definitiva reunía las condiciones que le permitirían adquirir el derecho, por sí solo y no como compañero beneficiario, y que, por lo tanto, se trataba de un problema formal referido a la vía elegida para solicitarlo, sino, y principalmente, de que no obstante que, en general, cabe que las autoridades administrativas nieguen una solicitud cuando la misma no es elevada por el directamente interesado, en este caso era evidente la afectación que de ello resultaría para las expectativas legítimas, de quien en razón a su condición de residente temporal y al cumplimiento de los demás requisitos previstos en la ley, podía aspirar a obtener la residencia definitiva, y para los derechos del residente, quien hizo explícita la relación homosexual de carácter permanente que mantenía con el destinatario de la solicitud.

Sustitución pensional

En lo que tiene que ver con el tema de pensión de sobreviviente, en Sentencia **T-349 de 2006**, se solicita se ampare el derecho a la sustitución pensional de una persona que había convivido con su pareja del mismo sexo por más de ocho años y fallece su compañero quien gozaba de una pensión de invalidez. En el presente caso la Corte niega el derecho a la sustitución pensional sosteniendo que existen diferencias objetivas entre los sujetos: la unión heterosexual tiene un plus en la conformación de la familia como núcleo esencial de la sociedad y objeto de especial protección constitucional. Además de la obvia diferencia de su composición, existen algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las

homosexuales y que son suficientes para tenerlas como supuestos distintos. Señaló la Corporación que “las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. Arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales.” En segundo lugar existen también diferencias en las circunstancias temporales y los elementos fácticos que dieron lugar a la pensión de sobrevivientes. La pareja heterosexual y la familia que se origina en la misma son una realidad cuya presencia es muy anterior al diseño de los actuales sistemas de seguridad social. Si bien el régimen legal de la pensión de sobrevivientes se adecuó para asimilar el cambio de las circunstancias, no perdió su basamento como factor de protección a la familia. Las parejas homosexuales estables son una realidad que surge en nuestra sociedad en un contexto distinto y en el que no aparecen razones objetivas que justifiquen, *per se*, hacerles extensivo el régimen de especial protección de la familia⁴⁹.

En Sentencia **T-1241 de 2008**, un compañero permanente de un sargento pensionado que había fallecido, solicita su derecho a la sustitución pensional ante las fuerzas militares. Esta Institución niega dicha solicitud, lo que genera la incoación de la acción de amparo constitucional.

49. Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

En últimas la Corte resuelve negando la garantía porque el accionante no allegó prueba que demostrara su vínculo con el causante y sostuvo que para acreditar el vínculo debe existir, cuanto menos, una declaración juramentada ante notario ya que la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja no tiene el poder de acreditar la voluntad de conformar un lazo de manera permanente. Sin embargo en la parte resolutive de la sentencia se previno a la accionada para que en adelante ajuste todos sus procedimientos internos a los fundamentos jurídicos establecidos en la Sentencia C-336 de 2008, permitiendo dentro del régimen prescricional de la fuerza pública el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al compañero o compañera permanente de las parejas homosexuales, siempre que cualquiera de ellos cumpla con los mismos requisitos exigidos a los integrantes de las parejas heterosexuales⁵⁰.

Derecho al trabajo

En este punto se puede mencionar la Sentencia **T-152 de 2007**, en la cual un transexual considera violentado su derecho al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad, arguyendo que una empresa inmobiliaria no lo contrató como estucador en una obra previa a una prueba satisfactoria que él había realizado, basado en su orientación sexual, cuando se le había convocado para comenzar a trabajar. La Corte a este respecto determinó que no habían presupuestos para

sostener que se desconoció su derecho al trabajo por su personalidad o su condición sexual y, por ende, no puede predicarse que dicha actuación se constituya en un acto discriminatorio en su contra por parte de los accionados, toda vez que la decisión para que aquella no lograra incorporarse a la obra fue tomada exclusivamente por el contratista bajo el argumento de la ausencia de vacantes. Además, se acreditó que el ingreso a la obra para realizar una prueba de estuco fue permitido por una persona que no tenía autorización para ello⁵¹.

Otro caso donde se reclama el derecho al trabajo y la seguridad social es en la Sentencia T-295 de 2008, en la que un ciudadano interpuso acción de tutela contra el hospital y la empresa de servicios temporales a las que había estado vinculado, por vulnerar sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, igualdad, dignidad, mínimo vital, seguridad social integral y la vida; según el actor la empresa lo desvinculó injustamente de su cargo de liquidador de cuentas, en la sección de facturación del hospital accionado, al reclamar la mora en el pago de los aportes a la seguridad social, hecho que generaba la no prestación de atención médica y, por ende, el riesgo latente de afectar su salud, quebrantada por su condición de portador de VIH, así mismo, afectaba la manutención de sus dos ancianos padres de 70 y 73 años, los cuales dependían de sus ingresos. Además, manifestó públicamente su patología

50. Sentencia T-1241 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Corte Constitucional.

51. Sentencia T-152 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

y homosexualidad. Esta declaración fue utilizada como justificación para dar por terminado el contrato establecido previamente. Es por ello, que la Corte decide exigir el reintegro a la empresa que lo despidió, toda vez que esta no expuso sus argumentos de forma clara respecto al caso y obvió sustentar su determinación; desconociendo de esa forma el estado de salud del trabajador, la afectación de un núcleo familiar conformado por sus padres y la primacía constitucional de sus derechos como ser humano libre e igual ante la ley⁵².

Sentencias Tipo C

Unión marital de hecho y régimen patrimonial

Una de las acciones públicas con la que inicialmente se intenta equiparar derechos entre parejas del mismo sexo y heterosexuales es la que se resolvió mediante Sentencia **C-098 de 1996**, en esta se demanda la expresión “hombre y mujer” contenida en la Ley 54 de 1990, que regula las uniones maritales de hecho y la sociedad patrimonial, por considerarla inconstitucional toda vez que discrimina la parejas conformadas por personas del mismo sexo, violando el derecho a la igualdad real y efectiva y a la libre opción sexual. En esta oportunidad la Corte declara la exequibilidad de la expresión, con el argumento que las disposiciones acusadas, “no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales, coartan el derecho

constitucional a la libre opción sexual. La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental, el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social”. Y en ese mismo sentido expresa que “la definición y las presunciones que contiene la ley, en efecto, circunscriben la unión material de hecho a las parejas formadas entre un hombre y una mujer, vale decir, se excluyen las parejas homosexuales”⁵³.

La Corte haciendo un cambio de su propio precedente, en la Sentencia **C-075 de 2007**, realiza modulación de fallo para equiparar los derechos de las parejas homosexuales con respecto al de las parejas heterosexuales en materia de unión marital de hecho y sociedad patrimonial, esto es, el régimen de protección establecido en la Ley 54 de 1990 se aplica de igual forma a las parejas del mismo sexo. Para llegar a esta determinación la Corte manifestó los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes

52. Sentencia T-295 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Corte Constitucional.

53. Sentencia C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional.

de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante. La Corte se apoya en la obra de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* para el estudio del presente caso, puesto que inspirándose en este autor, precisa que al analizar si un grupo de personas está menos protegido que otro, “no le corresponde al juez constitucional sustituir la apreciación del legislador ni imponer niveles de protección máximos o ideales. No obstante, sí le compete determinar (i) Si el legislador no ha respetado los mínimos de protección constitucionalmente ordenados, (ii) Si la desprotección de un grupo excede los márgenes constitucionalmente admisibles, o (iii) Si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación, lo cual estaría constitucionalmente prohibido”⁵⁴. Y sostiene la Corte que justamente en la presente materia, la configuración legislativa se encuentra limitada por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.

Para la Corte, no hay razón que justifique so-

meter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales⁵⁵.

Como falta disciplinaria o causal de mala conducta

Mediante la Sentencia **C-481 de 1998**, la Corte declara inconstitucional el literal B) del Artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, que señalaba que la homosexualidad constituía causal de mala conducta en el ejercicio docente. Para estos efectos la Corte afirma que “La exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos”. Y la Corte va más allá y termina sosteniendo que “la presencia de profesores con distintas orientaciones sexuales, en vez de afectar el desarrollo psicológico y moral de los educandos, tendería a formarlos en un mayor espíritu de tolerancia y de aceptación del pluralismo, lo cual es no solo compatible con la Carta sino que puede

54. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991 [Capítulo noveno; sección segunda (II)].

55. Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

ser considerado un desarrollo de los propios mandatos constitucionales, que establecen que la educación deberá formar al colombiano en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia⁵⁶.

En lo atinente al servicio notarial, en Sentencia **C-373 de 2002**, la Corte decidió que el homosexualismo no debe ser considerado como una causal de falta disciplinaria para los notarios, ni una inhabilidad para concursar para dicho cargo. En esta sentencia se hace el análisis de constitucionalidad del parágrafo 2° del Artículo 4° de la Ley 588 de 2000 y la remisión que allí se hace al Decreto 960 de 1970, en la cual se expresa que se encuentra inhabilitado para concursar el notario que haya sido sancionado disciplinariamente “por embriaguez habitual, practicar juegos prohibidos, usar estupefacientes, amancebarse, concurrir a lugares indecorosos, ser homosexual, abandonar el hogar y observar mal comportamiento social”. Para declarar esta disposición no ajustada a la norma la Corte arguyó que el moderno constitucionalismo suministra argumentos para que el homosexualismo deje de considerarse como una enfermedad o como una anormalidad patológica y para que, en lugar de ello, se asuma como una preferencia sexual que hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En ese contexto, ninguna razón es válida para que la asunción de una particular identidad sexual constituya falta disciplinaria. La regla de

derecho que así lo establezca contraría los fundamentos mismos del orden político constituido pues desdice de la dignidad humana como fundamento del moderno constitucionalismo, desvirtúa la libertad y fomenta la discriminación⁵⁷.

Derecho de adopción

En la Sentencia **C-814 de 2001**, la Corte Constitucional negó la posibilidad de que las parejas conformadas por personas del mismo sexo pudieran adoptar a un menor de edad. Los actores solicitaban la declaratoria de inexecutable de la expresión del Artículo 90 numeral 2 del Código del Menor⁵⁸, según la cual “pueden adoptar conjuntamente una pareja formada por un hombre y una mujer”. La Corte al pronunciarse a favor de mantener la disposición tal como se encuentra en el ordenamiento jurídico, manifestó que entre las dos clases de parejas –homosexuales y heterosexuales– no se da una identidad de hipótesis, en la que se imponga al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico, si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica⁵⁹.

En el ámbito castrense

Mediante Sentencia **C-507 de 1999**, se soli-

56. Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

57. Sentencia C-373 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Corte Constitucional.

58. Derogado parcialmente por la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia.

59. Sentencia C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional.

cita declarar la inexecutable de las expresiones “b) Vivir en concubinato o notorio adulterio; c) Asociarse o mantener notoria relación (...) con antisociales como drogadictos, homosexuales, prostitutas y proxenetas; d) Ejecutar actos de homosexualismo o practicar o propiciar la prostitución; que según el Artículo 184 del Decreto 85 de 1989, eran faltas contra el honor militar. La Corte declara el literal b) inexecutable, arguyendo que la unión libre, ‘aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. De igual forma las expresiones del literal c) mencionadas, las declaro no ajustadas a la Carta, puesto que “la prostitución y la homosexualidad son, en efecto, opciones sexuales válidas dentro de nuestro Estado Social de Derecho, razón por la cual, aquellos que las han asumido como forma de vida, sin afectar derechos ajenos, no pueden ser objeto de discriminación alguna”. Pero por otra parte, declaró executable el literal d) justificando que los actos sexuales de cualquier tipo, llevados a cabo en el ámbito de la comunidad o actividad castrenses, desbordan la esfera de amparo constitucional a la intimidad y al libre desarrollo individual, afectando derechos de terceros y resultando incompatibles con los principios que gobiernan la vida militar⁶⁰.

En Sentencia **C-431 de 2004**, la Corte recordó que en el ámbito militar es constitucionalmente válido prohibir actos o prácticas sexuales, sean

estas de carácter heterosexual u homosexual, que se realicen de manera pública, o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses propiamente dichas, y que por ello comprometan los objetivos básicos de la actividad y disciplina militares, pues es evidente que las mismas deben ser objeto de las correspondientes sanciones. Pero una cosa es sancionar las prácticas y otra la tendencia o condición homosexual *per se*, pues esto último hace parte de una opción legítima de vida que no se puede reprimir, en este sentido la Corte precisa en esta misma sentencia, que la sexualidad de las personas y, particularmente su comportamiento homosexual, no puede ser objeto de estigmatización particular o institucional y, por tanto, la participación que el individuo como ser social pueda tener en la vida del Estado, en manera alguna puede estar condicionada por su inclinación y desarrollo sexual⁶¹.

Sustitución pensional

En lo tocante al derecho de sustitución pensional contenido en el régimen de seguridad social integral, en Sentencia **C-1043 de 2006**, el tribunal constitucional se declara inhibido para pronunciarse de fondo, con respecto a una demanda que pretendía que se ampliara el derecho a la sustitución pensional a los compañeros permanentes del mismo sexo, derecho contenido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. La Corte precisó que existió ineptitud

60. Sentencia C-507 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Corte Constitucional.

61. Sentencia C-431 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional.

sustantiva de la demanda, toda vez que el demandante no explicó las razones por las cuales una prestación que no tiene carácter general, sino que, por el contrario, ha sido establecida a favor de quienes se encuentren en determinados supuestos normativos, debe, por imperativo constitucional, hacerse extensiva a las personas que considera excluidas por la norma. Esto es, no cumple con la carga de mostrar que, frente al contenido normativo demandado, existe una identidad de posiciones jurídicas entre quienes fueron incluidos como beneficiarios—el cónyuge o el compañero o la compañera permanente— y quienes no lo fueron—las parejas homosexuales—. La existencia de esas diferencias hace imprescindible que, para configurar un cargo por omisión legislativa el actor especifique las razones por las cuales, en su criterio, el contenido normativo acusado excluye de sus consecuencias jurídicas situaciones que, por ser asimilables, tenían que estar contenidas en el texto normativo cuestionado, que tal exclusión carece de un principio de razón suficiente, y que, por consiguiente, se produce una lesión del principio de igualdad. Esta carga argumentativa no se satisface en el presente caso, puesto que, como se ha dicho, el actor se limita a señalar que, en su criterio, las parejas homosexuales y heterosexuales deben recibir el mismo trato en materia de pensión de sobrevivientes, y que no hacerlo así resulta discriminatorio. Además la Corte señala que no se integró debidamente la proposición jurídica demandada, dado que la plena identificación de los destinatarios de la norma acusada solo puede hacerse a la luz de un contenido normativo no

demandado, el previsto en el Artículo primero de la Ley 54 de 1990⁶².

Ahora sí, pronunciándose de mérito o fondo en el tema, mediante Sentencia **C-336 de 2008**, la Corte amplió el derecho de sustitución pensional a las parejas del mismo sexo, declarando condicionalmente exequible el Artículo 47 de Ley 100 de 1993, en el entendido que las expresiones compañero y compañera permanente también engloba a parejas homosexuales. En esta oportunidad la Corte al ponderar los derechos de las parejas en relación con la pensión de sobrevivientes, no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente válidas que puedan constituirse en un obstáculo o significar un déficit de protección para las parejas conformadas con personas del mismo sexo que les impida ser destinatarias de los beneficios reconocidos por el legislador en materia de pensión de sobrevivientes. Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, para lo cual deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes⁶³.

62. Sentencia C-1043 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

63. Sentencia C-336 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Corte Constitucional.

Afiliación al sistema de salud

En lo que respecta a la normativa sobre afiliación en salud, en Sentencia **C-811 de 2007**, la Corte declaró condicionalmente exequible, el Artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que las parejas del mismo sexo también pueden afiliarse como beneficiario del sistema de salud a su compañero permanente. Para estos efectos la Corte sostuvo, que la ausencia de una posibilidad real que un individuo homosexual se vincule como beneficiario de otro al sistema general del régimen contributivo configura un déficit de protección del sistema de salud que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar una pareja. Así mismo la Corte sostiene que la privación de los beneficios que la ley ofrece a parejas heterosexuales afecta directamente el derecho a la salud de los miembros de la pareja del mismo sexo y compromete en última instancia su derecho a la vida (Art. 11 C.P.), con lo cual se quiere significar que, en su caso, los derechos a la salud y a la vida se ven afectados por el ejercicio legítimo de su libertad⁶⁴.

Inasistencia alimentaria

En materia del delito de inasistencia alimentaria, la Corte consideró mediante Sentencia **C-798 de 2008**, que las parejas del mismo sexo también eran amparadas en su bien jurídico tutelado con esta norma penal. A este respecto

la Corte esgrimió que la exclusión de la pareja del mismo sexo de la protección penal frente al incumplimiento del deber alimentario no es necesaria para los fines previstos en la norma, dado que la inclusión de la misma no implica la desprotección de la pareja heterosexual. En este, como en casos anteriores, la corrección del déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo no tiene como efecto, desde ningún punto de vista, la disminución de la protección a los miembros de la pareja heterosexual⁶⁵.

Igualdad frente a compañeros permanentes heterosexuales

Una de las sentencias hito y más representativa para la comunidad LGBT es la **C-029 de 2009**, puesto que en esta la Corte Constitucional equipara los derechos de las parejas del mismo sexo con respecto de las heterosexuales. Afirmando que en muchas de las disposiciones de diversa índole en Colombia, donde se mencione la expresión “Compañero o compañera permanente” debe entenderse contenido las parejas de carácter homosexual. Así, en materia civil, comercial, penal, disciplinaria, agraria, administrativa, contratación pública, en inhabilidades e incompatibilidades, laboral y seguridad social, migraciones, etc. Debe hacerse extensiva la interpretación según la cual las uniones maritales de hecho también están integradas por parejas del mismo sexo. Para la Corte, en esos contextos, la situación de las parejas homosexuales es

64. Sentencia C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional.

65. Sentencia C-798 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Corte Constitucional.

asimilable a la de las parejas heterosexuales y no existe razón alguna que explique la diferencia de trato entre unas y otras.

Ahora bien, en esta misma sentencia la Corte se declaró inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, con respecto de la exequibilidad condicionada que se pretendía dar a las expresiones “familia, familiar, familiares, grupo familiar” para que en estas se incluyera a las parejas homosexuales. Para la Corte los demandantes no presentan cargos específicos contra estas expresiones, esto es, contra el concepto y naturaleza de la familia (que de acuerdo a la interpretación constitucional para la Corte es monogámica y heterosexual), sino que cuestionan el hecho de que las disposiciones en las que ellas se encuentran comporten un efecto de exclusión de los integrantes de las parejas del mismo sexo⁶⁶.

Matrimonio

En la Sentencia **C-886 de 2010**, se demanda la inconstitucionalidad de los Artículos 113 del Código Civil y 2 de la Ley 294 de 1996, en los que se menciona expresamente que el matrimonio y la familia respectivamente, se constituyen por la unión de “un hombre y una mujer”. Los actores consideran que las disposiciones sometidas a juicio de constitucionalidad conculcan los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana, a no recibir tratos degradantes o

denigrantes, el derecho a conformar una familia y además, transgreden el bloque de constitucionalidad, puesto que según los demandantes, se prohíbe la posibilidad a las parejas del mismo sexo de formalizar sus relaciones a través del matrimonio, como sí lo hacen las parejas heterosexuales. En esta oportunidad la Corte Constitucional resolvió declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, arguyendo que la acción pública impetrada no cumplía con un requisito sustancial como la fundamentación del concepto de la violación, sustentado en razones claras, ciertas, específicas, suficientes y pertinentes, lo cual no puede ser suplido oficiosamente por la Corte. Lo dicho se traduce en que la acusación debió ser lo suficientemente comprensible (claridad) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la disposición acusada (certeza). Además, el actor debió mostrar cómo la disposición vulnera la Carta Política (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional y no de orden legal o puramente doctrinario, como tampoco referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación debió no solo estar formulada en forma completa (proposición jurídica) sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

Pero esta decisión no fue ampliamente acogida, pues cuatro magistrados salvaron su voto porque consideran que no ha debido inhibirse el fallo, toda vez que la demanda sí reunía los requisitos necesarios a la luz de la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional

66. Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

para tener que ser estudiada de fondo. Específicamente, los requisitos que debe cumplir una demanda que sustente un cargo de discriminación por violación del principio de igualdad, con base en un criterio sospechoso (sexo). Para la posición minoritaria la decisión de la Corte, desconoció la jurisprudencia constitucional, lo que constituye una actuación contra la persona (*contra personae*), no a favor de la persona (*pro personae*), pues se le impone una carga desproporcionada de argumentación y demostración a quienes sufren marginamiento, exclusión y segregación social⁶⁷.

Sentencia SU

Afiliación al sistema de salud

Aunque el tema de afiliación en salud ya se encuentre resuelto a favor de las parejas del mismo sexo, valga recordar que mediante decisión unificadora expresada en Sentencia **SU-623 de 2001**, se falla negar la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud a una pareja homosexual. Aunque existió fuerte tensión para tomar esta decisión, puesto que cuatro magistrados salvaron su voto. Los argumentos de la posición mayoritaria para negar este derecho en ese entonces consistieron en que la normativa colombiana que determina quiénes son los beneficiarios del afiliado titular en el régimen contributivo de seguridad social en salud hacen referencia expresa y continuamente al concepto de familia, y dentro de esta incluyen a “el (o la)

cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a dos años”. Como se ve a partir de la simple lectura del título del artículo –“cobertura familiar”–, la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar y por lo tanto una relación heterosexual. Para confirmar esto basta con acudir a la definición que da la misma Constitución del concepto de familia (para la Corte la naturaleza de la Familia en la Constitución es monogámica y heterosexual)⁶⁸.

Conclusiones

Los reconocimientos jurídicos que han alcanzado la comunidad LGTB no constituyen *per se*, inmediata aceptación en el ámbito social. Puesto que a pesar de las conquistas legales de esta minoría en aspectos como alimentos, seguridad social y régimen patrimonial, es latente cierta resistencia a respetar las diferencias en materia de orientación social y la discriminación, los prejuicios o estereotipos contra la población homosexual siguen siendo parte del imaginario colectivo.

Una de las organizaciones nacionales que protege los derechos de los homosexuales conocida como Colombia Diversa, ha revelado a través de muchos informes los aspectos más importantes de la situación de derechos de lesbianas, *gays*, bisexuales y transgeneristas, dando cuenta que en el país subsiste la violencia generalizada contra estas personas, violencia como ataques físicos y verbales, intentos de homici-

67. Sentencia C-886 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, Corte Constitucional.

68. Sentencia SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.

dio, homicidios y abusos de las autoridades policiales, muy a pesar de los logros jurídicos que han obtenido.

Para la comunidad LGTB los derechos que le han sido reconocidos por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en su mayoría, son un paso significativo en la construcción de una sociedad más incluyente y más respetuosa con aquellos que son diferentes por motivos de su orientación sexual.

Bibliografía

- (1870). Araxes: Ruf nach der Befreiung der Urningsnatur vom Strafgesetz.
- (1969). *El derecho penal de la monarquía absoluta*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Alexy, Robert (1991). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Aragón, Angela (2006). Pattatuchi, *Challenging Lesbian Norms: Intersex, Transgender, Intersectional, and Queer Perspectives*, Haworth Press, ISBN 1-56023-645-0.
- Bloodsworth-Lugo, Mary K. (2007). *In-Between Bodies: Sexual Difference, Race, and Sexuality*. Suny Press.
- Carter, David (2004). *Stonewall: The Riots that Sparked the Gay Revolution*. St. Martin's Press. ISBN 0-312-34269-1.
- Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 2008.
- Dover, Kenneth J. *Homosexualidad griega*. Vendimia Books, 1978. ISBN 0-394-74224-9, traducido al español por Editorial El Cobre Ediciones, Barcelona en 2008.
- Foucault, Michel (1984). *Historia de la sexualidad: El uso de los placeres y la inquietud de sí*.
- Garza Carvajal, Federico (2002). *Quemando mariposas: sodomía e imperio en Andalucía y México siglo XVI-XVII*. Barcelona: Ed. Laertes.
- Halperin, David (1989). *Cientos años de homosexualidad: Y otros ensayos en el amor griego*. Routledge. ISBN 0-415-90097-2.
- Hoffschildt, Rainer. 140.000 Verurteilungen nach "175". En Fachverband Homosexualität und Geschichte e.V. (en alemán). Denunziert, verfolgt, ermordet: Homosexuelle Männer und Frauen in der NS-Zeit. Invertitio. Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten. Hamburgo: Männerschwarm Verlag. 2002. ISBN 3-935596-14-6.
- Hornblower, Simon y Spawforth, Antonio (1996). *El diccionario clásico de Oxford*. Tercera edición. Prensa de la Universidad de Oxford. En entrada "homosexual". ISBN 0-19-866172-X.
- Legislación y derechos de LGBT en Colombia: voces excluidas* (2006). Colombia Diversa, Tercer Mundo Editores.
- M. Hyamson, Ed. and Tr., *Mosaicarum et romanarum legum collatio*, London 1913 (reimpresión Buffalo, 1997), pp. 82-83.
- Pardo Schlesinger, Cristina (magistrada auxiliar Corte Constitucional) (2006). *Homosexualidad: del miedo a la esperanza*. Bogotá: Ed. Trillas. Compilado por García, María Consuelo.

- Proyecto de Ley No. 73 de 2010. Por el cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo y sus derechos patrimoniales. Ponente: Piedad Córdoba Ruiz.
- Resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” de la Organización de los Estados Americanos.
- Rocke, M. (1996). *Amistades prohibidas: la homosexualidad y la cultura masculina en la Florencia del Renacimiento*. Oxford: University Press.
- Sánchez González, Diego. *La lucha va más allá de las demandas de la comunidad LGBT*. Edición 148. Desde abajo, 2009. En www.desdeabajo.info/index.php/ediciones/187-edicion-148/4961-nuestra-lucha-va-mas-alla-de-las-demandas-de-la-comunidad-lgtb.
- Swain, Keith W. (2007). *Gay Pride Needs New Direction*. Denver Post.
- Terry Stone, CenterLink (formerly The National Association of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Community Centers) and Movement Advancement Project (MAP), Community Center Survey Report: Assessing the Capacity and Programs of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Community Centers. 2008.
- Tomas y Valiente, Francisco (1999). “El crimen y pecado contra natura”. En: VV. AA. *Sexo barroco y otras transgresiones pre-modernas*. Madrid: Alianza.
- Ulrichs, Karl Heinrich, *Forschungen über das Räthsel der mann männlichen Liebe*. 1863. Vease tambien en LEVAY, Simon, *Queer Science: The Use and Abuse of Research into Homosexuality*, MIT Press, 1996.
- Wilhelm Rein. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, 1844, p. 864.
- Sentencias de la Corte Constitucional**
- Sentencia T-594 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Corte Constitucional.
- Sentencia T-097 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional.
- Sentencia T-539 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Corte Constitucional.
- Sentencia T-569 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, Corte Constitucional.
- Sentencia T-037 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Corte Constitucional.
- Sentencia T-290 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, Corte Constitucional.
- Sentencia T-101 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional.
- Sentencia T-268 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Corte Constitucional.
- Sentencia T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Corte Constitucional.
- Sentencia T-999 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, Corte Constitucional.
- Sentencia T-1426 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional.
- Sentencia T-435 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.
- Sentencia T-499 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, Corte Constitucional.
- Sentencia T-808 de 2003, Alfredo Beltrán Sierra, Corte Constitucional.
- Sentencia T-301 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Corte Constitucional.

- Sentencia T-349 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.
- Sentencia T-152 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.
- Sentencia T-856 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Corte Constitucional.
- Sentencia T-274 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería, Corte Constitucional.
- Sentencia T-295 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Corte Constitucional.
- Sentencia T-1241 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Corte Constitucional.
- Sentencia C-098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Corte Constitucional.
- Sentencia C-481 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-507 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Corte Constitucional.
- Sentencia C-814 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional.
- Sentencia C-373 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Corte Constitucional.
- Sentencia C-431 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional.
- Sentencia C-1043 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.
- Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.
- Sentencia C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Corte Constitucional.
- Sentencia C-336 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Corte Constitucional.
- Sentencia C-798 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Corte Constitucional.
- Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional.
- Sentencia C-886 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo, Corte Constitucional.