

**DERECHOS RECONOCIDOS POR VÍA JURISPRUDENCIAL
ENTRE LOS AÑOS 2006 Y 2016 A LA COMUNIDAD LGBTI: EL
CASO DE GAYS Y LESBIANAS**

DORA LEZCANO MEDINA

**Trabajo de Grado como requisito para
Optar al título de Abogada**

Asesor Temático:

JULIA VICTORIA MONTAÑO BEDOYA

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2018**

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN.....	<i>i</i>
INTRODUCCIÓN.....	<i>ii</i>
1. LESBIANAS Y GAYS: RECUENTO HISTÓRICO-JURÍDICO DE LA RESISTENCIA, LA LUCHA POR LOS DERECHOS Y LAS CONQUISTAS LOGRADAS.....	<i>1</i>
2. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	<i>13</i>
BASE AXIOLÓGICA ACOGIDA POR LA CORTE PARA ESTABLECER EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS HOMOXEXUALES.....	<i>27</i>
3. LA INEXISTENCIA DE NORMAS LEGALES.....	<i>35</i>
4.	
CONCLUSIONES.....	<i>43</i>
BIBLIOGRAFÍA.....	<i>47</i>

RESUMEN

En este trabajo, cuyo objetivo a partir del análisis jurisprudencial y legal es mostrar que de acuerdo con la Constitución Política de Colombia, los derechos de la comunidad Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales, LGBTI, están garantizados. Sin embargo, aún son desconocidos por funcionarios del orden administrativo e incluso por órgano legislativo del poder, lo que obliga a sus titulares a acudir a acciones de tutela para que sus derechos como ciudadanos sean una realidad material. La indagación fue realizada mediante el examen documental y comprende tanto del desarrollo histórico de lo que ha sido la lucha social y jurídica de la comunidad, como las principales sentencias proferidas durante la temporalidad señalada -2006 a 2016 – y las consecuencias reales en términos del ejercicio de los derechos. Se analizan y muestran las normas legales existentes y se incluye la acción ejecutiva para la creación de la política pública para la comunidad, la que apenas comienza su existencia jurídica, ya que fue expedida en mayo 7 de 2018.

Palabras clave:

Comunidad LGBTI, gays, lesbianas, garantía, derecho a la dignidad, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, políticas pública.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, la lucha desarrollada por la comunidad LGBTI en pro del reconocimiento de sus derechos tuvo su expresión más visible a partir de la década del setenta, en el siglo XX. Se inició como una denuncia y una reclamación al Estado y a la sociedad para lograr el reconocimiento de su existencia en la sociedad de tal manera que sus derechos como personas prevalecieran y tuvieran un real estatus de ciudadanos. Aunque se despenalizó la conducta homosexual en el año 1980, solo fue en 1991 con la expedición de la Constitución Política y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural que el contenido de esas luchas pudo materializarse en decisiones garantistas y protectoras de sus derechos. La comunidad incluye las Llesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales y de allí la sigla que utilizan, LGBTI.

Antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, las personas diversas sexualmente tuvieron que someterse a las leyes penales y policivas que restringían e impedían la expresión libre de su sexualidad, les negaban el ejercicio de ciertas actividades y obstaculizaban el reconocimiento de sus derechos. Además de las restricciones normativas para que estas personas se desempeñaran sin trabas en la sociedad, puede decirse que solo existía la opción heterosexual para la vida en pareja, para el matrimonio, la paternidad, la formación de sociedades matrimoniales y los demás derechos. Para vivir, la sociedad exigía a sus miembros ser heterosexual en todos los ámbitos.

Fue necesaria la expedición de la Constitución de 1991 para que, mediante la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional, se hicieran efectivos los derechos fundamentales y que la población de personas caracterizadas como comunidad LGBTI tuvieran acceso a la plenitud de sus derechos como seres humanos que son.

Mediante una intensa labor de difusión de su existencia y del carácter humano de sus luchas y, en el ambiente propicio que se creó con la expedición de la Constitución Política y la puesta en funcionamiento de la Corte Constitucional, el trabajo de esta comunidad tuvo un nuevo escenario para el reconocimiento de sus derechos. Las decisiones garantistas tomadas por la Corte Constitucional constituyeron un importante medio para la abolición de conductas discriminatorias que marginaban a estas personas. Hasta la fecha, se ha logrado el reconocimiento de los derechos que tienen como individuos, además del reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo.

Pero subsisten todavía las limitaciones y barreras que les impiden su realización plena como personas y como ciudadanos, no obstante la existencia de definiciones y lineamientos de política pública para la población LGBTI por parte del Departamento Nacional de Planeación DNP (2015), de políticas públicas en ciudades como Bogotá, Medellín y en departamentos como el Valle del Cauca (pp. 26-27) y a pesar de la reglamentación de dicha política pública y de la socialización del texto, luego de su divulgación (Ministerio del Interior, 2016).

La Presidencia de la República divulgó un proyecto de decreto para la adopción de la Política Pública Nacional para el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales, el cual tuvo su origen en la exhortación de la Corte Constitucional en la Sentencia T-314

de 2011 para articular “una política pública integral nacional, constante y unificada con los entes territoriales para el sector LGBTI, que posibilite su socialización y coadyuve a la convivencia pacífica, cumpliendo también los deberes y obligaciones correlativas” (Presidencia de la República, 2016). A partir de la socialización del texto del decreto, se expidió el 7 de mayo de 2018 el Decreto número 762 (Presidencia de la República, 2018) que adiciona el texto del Decreto 1066 de 2015 y adopta la Política pública para la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de las personas que hacen parte de los sectores LGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.

Es importante el desarrollo legislativo, pero es limitado y por ello este trabajo pretende mostrar el campo de los avances jurisprudenciales de los derechos de la comunidad LGBTI y en especial de gays y lesbianas y la necesidad de que ellos se materialicen en normas efectivas como se pretende mediante la adopción de una política pública que, durante la realización de este trabajo, fue adoptada mediante el Decreto n° 762 del 7 de mayo de 2018.

**LESBIANAS Y GAYS: RECUENTO HISTÓRICO-JURÍDICO DE
LA RESISTENCIA, LA LUCHA POR LOS DERECHOS Y LAS
CONQUISTAS LOGRADAS**

Desde el siglo XIX, en lo que hoy es Colombia, y de acuerdo con el Código Penal de 1837, existieron sanciones para quienes expresaban públicamente sus preferencias sexuales por personas de su mismo sexo, pero no se consideró la homosexualidad como delito, siempre y cuando los actos fueran privados y no existiera abuso por parte de una de las personas partícipes sobre la otra. Esta norma persistió en el Código de 1890 que, según Bernate (2004) reprodujo el expedido en 1837. En estas compilaciones normativas se ratificó la separación entre el derecho y la moral y esta fue la razón por la cual el fundamento fáctico de las sanciones salió de la órbita religiosa para instalarse en el ámbito de la política de estado. Fue así como el delito dejó de ser un acto pecaminoso y se le conceptualizó como aquella conducta que interfiere en la órbita de acción de otro ciudadano (p.542).

Es en el Código Penal de 1936 que se tipifican y penalizan los actos homosexuales, considerándolos dentro de los “Abusos deshonestos”. En el artículo 324 se estableció:

Artículo 324. El que ejecute sobre el cuerpo de una persona mayor de diez y seis años un acto erótico-sexual, diverso del acceso carnal, empleando cualquiera de los medios previstos en los artículos 319 y 322, está sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión.

En la misma sanción incurren los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad.

Ahora, si bien la penalización se restablece en 1936, durante las décadas anteriores, tanto del siglo XX como del XIX, las personas homosexuales u homoeróticas – como las denomina Bustamante en un escrito para la Universidad de Caldas (sf - tuvieron que adecuar sus conductas a lo establecido por los códigos de policía. En 1841, según la Ley 8 se afirma que era a este cuerpo (el de policía) al que le incumbía velar por la “Decencia pública y buenas costumbres”. Al respecto hay que anotar que las conductas amorosas y sexuales entre parejas del mismo sexo constituían un atentado contra la moral y las buenas costumbres (Bustamante, sf y Becerra, 2010). Del artículo 108 de la ley y las normas siguientes que consagraban el deber de la policía de “*supervigilancia para que no hubiera casas de prostitución, ni lugares destinados a las reprobadas prácticas del desenfreno y el libertinaje*” se derivaba la facultad policiva de perseguir dichas prácticas.

Y es que entre las principales funciones de los jefes de policía estaban las de escoltar a los reos, perseguir y aprender a las personas halladas en flagrante delito, recorrer las plazas, calles y salidas públicas en el día y en la noche, aprehender los instrumentos de los delitos, impedir y perseguir los robos, incendios,

asesinatos, riñas y peleas, juegos prohibidos, bullicios, desórdenes, informar a las autoridades de la existencia de vagos u ociosos, **y otras funciones referentes a la tranquilidad, orden, seguridad y salubridad pública, la decencia y las buenas costumbres**¹ como lo afirma Becerra (2010, p. 149) .

Idéntica función de control y vigilancia para proteger la moral y las buenas costumbres puede rastrearse a lo largo del siglo XIX, tanto en Antioquia como en Colombia. Como bien lo expone Gómez (2012) quien ha encontrado dicha función en el reglamento de Policía para Antioquia de 1843, en la ley General de policía de 1856, la 275 de 1875, así como en la 280 de 1875, todas éstas, proferidas bajo el régimen federal. Igualmente, en el Código de Policía de Medellín decretado en 1886 y que contenía en el capítulo 12 *“las faltas contra la moral y las buenas costumbres”* (Gómez, 2012, p. 138). En Antioquia se adoptó el Código de Policía para el departamento mediante la expedición del Decreto 147 de abril de 1897 y en sus normas el control sobre las buenas costumbres y la decencia lo ejercía la policía. Hay que aclarar que según Giraldo (2001), las relaciones entre personas del mismo sexo eran sancionadas de conformidad con los códigos religiosos y más que delitos fueron consideradas como formas de perversión que debían ser castigadas por la conducta en sí y por constituir una forma de difundir el mal ejemplo entre los jóvenes.

De acuerdo con la Ley 213 de 1871, expedida por el Estado Soberano de Antioquia, en el capítulo 10, se encargaba a la policía de vigilar las calles, plazas y alrededores de las ciudades y castigar a *“aquellas personas que con el objeto de engañar usaren traje de vestido que no corresponda a su sexo”*.

Además de las regulaciones de Policía, en el Código de 1890, adoptado mediante la Ley 19 de dicho año (Bernate, 2004) se estableció que los

¹Resaltado fuera del texto

actos de naturaleza homosexual se incluyeran en el Título VIII, así, capítulo I, artículo 419. Se establece:

La persona que abusare de otra de su mismo sexo y ésta, si lo consintiere, siendo púber, sufrirá de tres a seis años de reclusión. Si hubiere engaño, seducción o malicia, se aumentará la pena en una cuarta parte más; pero si la persona de quien se abusare fuere impúber, el reo será castigado como corruptor, según el artículo 430.

Lo anterior significa que la ocurrencia de relaciones entre personas del mismo sexo no constituía delito y solo lo era si existía el abuso. No obstante que el Código Penal no contemplaba esta conducta como delito, en 1927, según lo documenta Bustamante en su artículo *“El invento del homosexual, una tradición de persecución; la invisibilidad, una forma de resistencia: discursos en la construcción de las homosexualidades”* (sf), incluido en el repositorio de la Universidad Nacional, puede ya identificarse un control estricto del cuerpo, pero una tolerancia de ciertas conductas siempre que se realizaran en zonas definidas para ello como Guayaquil y Lovaina, en Medellín. La homosexualidad se realiza, dice el autor, en un contexto de narraciones sobre su motivación y sobre las fuerzas a las que obedecían los que las realizaban que ellos mismos se ocultaban o se invisibilizan como alternativa para no ser señalados como pecadores, amoraes o enfermos. Se reconocen así los denominados sodomitas, que eran considerados como pecadores, los corruptores que eran delincuentes (a los ojos de la sociedad de la época) y los afeminados. Todos ellos eran anormales y enfermos, en el discurso de este tiempo. (p.322).

En 1927, retomando el Código de Policía de Antioquia, establece en el artículo 223: *“Las personas de un mismo sexo que mantengan relaciones que causen escándalo, serán castigadas [...]”*. Puede afirmarse la existencia de una

constante que era la invisibilidad y el poder policivo transformó en conducta que las personas incorporaban a su forma de actuar. En el Código de 1936, se consagra el castigo para la homosexualidad, independientemente de que las expresiones fueran o no abiertamente públicas. Dice el capítulo IV:

Capítulo IV. De los abusos deshonestos.

Artículo 323. El que ejecute sobre el cuerpo de una persona mayor de diez y seis años un acto erótico-sexual, diverso del acceso carnal, empleando cualquiera de los medios previstos en los artículos 317 y 320, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión. En la misma sanción incurrirán los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad” (República de Colombia, 1937).

Como afirma Bustamante en el artículo de la Universidad Nacional (sf) :

cEsta lectura del homosexual se nutre del saber médico y el sujeto pasa de delincuente a enfermo. Cuando la legislación comenzó a perseguir a los homosexuales, se enredó en sus propias interpretaciones; poco tiempo después dejó de perseguirlos y surgió, a su vez, un ambiente de “permisividad”. No obstante, el mensaje que circuló en la sociedad fue el del homosexual como corruptor de menores, lo que justificó su persecución. (Bustamante, p. 328)

Las décadas de mitad del siglo XX y hasta avanzada la del setenta son de una potente censura contra el homosexualismo. Las conductas familiares y sociales de reproche y de rechazo y de consideración de estas personas como delincuentes o como enfermos les indujeron a frecuentar ambientes privados donde la

tolerancia a sus conductas fuera la norma. Eran en realidad ciudadanos sin ciudadanía, seres que no podían compartir los espacios en comunidad.

En cuanto a las mujeres homosexuales, durante la Colonia fueron conocidas algunas de ellas y toleradas si estaban en espacios no familiares. Su práctica sodomita era combatida porque a las mujeres se les necesitaba para la reproducción, según lo narra Giraldo (2001). En los relatos posteriores no se habla de ellas, ni los códigos mencionan su actividad sexual. Razón de más para afirmar que las vidas de las lesbianas tenían que transcurrir en la invisibilidad completa.

Con la expedición del Código Penal de 1980, se despenaliza la homosexualidad. Y con la despenalización los homosexuales y lesbianas actuantes en la sociedad se dan a conocer, primero en círculos universitarios y luego como movimiento político que pone fin a la narrativa pintoresca de estos personajes, del tipo de los “Felipitos” (Gómez Rodríguez, 2008 p. 14), pero también con su caracterización como enfermos que había surgido para evitar así la penalización existente. La exclusión de la homosexualidad de las listas de la Asociación Psiquiátrica Americana APA y la aparición de movimientos gays en Estados Unidos, en Europa, en México y Argentina, creó un contexto importante, que unido al movimiento en pro de los derechos fundamentales y que culminó con la aprobación de la Constitución de 1991, contribuyeron a la visibilidad y a expresarse orgullosamente ante la sociedad.

Sobre este proceso de visibilización dice textualmente Gámez (2008):

En 1982 sucede el ciclo de protesta más importante del movimiento porque, luego del cambio normativo se crea una oportunidad política “para que se realizaran las primeras acciones de

visibilización colectiva” de homosexuales tales como “la Primera Semana Cultural Gay, el Primer Encuentro Latinoamericano de Grupos Gays y Lésbicos” (invitados por el IGA hoy ILGA International Lesbian and Gay Association) y “la Primera Marcha por los Derechos de los Homosexuales” organizada por Manuel Velandia, Guillermo Cortez, el MLHC y la revista Ventana Gay cuyo lema fue “Saltemos por la ventana”²⁷(Corredor y Ramírez: sf, , Velandia: 2008 Anexo 1 y 2). Estos repertorios marcan el primer paso para que las personas con orientaciones sexuales e identidades de género distintas, aún no activistas, se fueran sumando con el tiempo para hacer repertorios masivos de confrontación y visibilización y le dieran más fuerzas al movimiento. No se descarta que la influencia de los movimientos gays de otros lugares del mundo como de Estados Unidos, Europa o incluso de Latinoamérica como Argentina, pudieron incentivar a estas personas a actuar colectivamente en memoria a los sucesos de Stonewall, demostrando también una solidaridad e interés de los bogotanos a unirse a esta causa. Lo curioso de la marcha de 1982 es que fue la primera y la única de la década que logró visibilizarse el 28 de junio como lo ilustran estos testimonios (y cita dos del activista Manuel Velandia) (Gámez, 2008, p. 21)

Pero fue realmente con la expedición de la Constitución de 1991 cuando los homosexuales, denominados de esta manera desde mediados del siglo XX según lo afirma Bustamante en el artículo de la Universidad Nacional (sf), acceden como minorías a la protección constitucional.

Sin embargo, hay que decir que, aunque sus derechos como minoría fueron reconocidos, no fueron aplicados de inmediato. Eran normas abstractas de la Constitución que se consideraban como rectoras de la actividad estatal. Cabe, entonces preguntar ¿Qué sucede con los derechos fundamentales incorporados a la Constitución y que pasa con la población LGBTI, ¿cómo es que les son reconocidos sus derechos, explícitamente?

En el año 1993 se dicta la primera sentencia sobre cambio de nombre, la T-594. En esta sentencia se permitió que un transexual cambiara su nombre por uno que él consideraba más ajustado a sus deseos y preferencias. La Corte sostuvo que *“la esencia del libre desarrollo de la personalidad es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados o impedimentos. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo, fijadas autónomamente por él de acuerdo con su temperamento y su carácter propio”*.

Acerca del paso a paso de la evolución de estos derechos, narra Colombia Diversa y divulga el periódico El Espectador (1 de mayo de 2015) varios aspectos y en este trabajo se cita como parte de la narrativa del intenso trabajo de la Corte que condujo a que en el año 2007 se pronunciara sobre las parejas del mismo sexo. Además de que significó un importante trabajo hermenéutico para interpretar la Constitución en un pleno sentido garantista:

Durante años, las autoridades les han coartado a los LGBTI su derecho a expresar su cariño en público, tal como lo hacen los heterosexuales. La Corte se ha manifestado en reiteradas ocasiones contra ello. En la tutela T-539 de 1994, que analizó el veto del Consejo Nacional de Televisión a un comercial en donde aparecía una pareja gay, el alto tribunal indicó que *“Los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación”*. Y agregó: *“El hecho de que su conducta sexual no sea la misma de la mayoría de la población, no justifica un tratamiento desigual”*.

Y en esta Sentencia agregó la Corte:

Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, 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. Un trato justo hacia los homosexuales tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás.

A esta sentencia le siguieron otras como la T-268 de 2000, donde la Corte le hizo un llamado de atención al alcalde de Neiva por impedir un desfile gay; la T-301 de 2004, en la cual se le ordenó a la Policía de Santa Marta dejar de hostigar a los homosexuales que visitaban el malecón de la ciudad.

La discriminación en las aulas contra estudiantes y profesores homosexuales, práctica tan común que era asumida como “normal” en los distintos colegios y universidades del país. Con relación a este tema, la Corte tomó en la época anterior a 2007 varias decisiones:

En la Sentencia T-097 de 1994, el alto tribunal regañó al director de la Escuela de Carabineros Eduardo Cuevas por expulsar a un alumno gay. En esa ocasión, se dijo: “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 es una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable”. (El Espectador, 1 de mayo de 2015).

Y continúa la publicación periodística:

Luego profirió la tutela T-569 de 1994, en la que si bien no tuteló los derechos de un joven que fue vestido de mujer a su colegio, sí reconoció el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Más adelante desarrollaría este argumento con mayor vehemencia. Hasta que profirió la Sentencia C-481 de 1998, en la que tumbó una norma que señalaba al homosexualismo

como una causal de mala conducta dentro del ejercicio de la profesión docente. La Corte sostuvo entonces: “Es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad ni una anormalidad patológica que deba ser curada o combatida. Constituye una orientación sexual legítima, un elemento íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial”.

Un argumento que la Corte reiteró en sentencias siguientes como, por ejemplo, la T-101 de 1998, en la que defendió a dos menores hostigados por las directivas de su colegio por ser gays; la T-435 de 2002, en la que dijo que *“la elección de la orientación sexual es una manifestación del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de modo que el establecimiento educativo no puede coartar tal elección so pretexto de pretender inculcar valores homogéneos a todos los estudiantes, no respetando sus diversas tendencias”*; o la T-565 de 2013, en la que, a diferencia de lo hecho 15 años atrás, la Corte defendió a un menor que se presentó a su colegio vestido de una forma que consideraba acorde con su identidad sexual.

Sobre asuntos puntuales se reseñan las siguientes sentencias (El Espectador, 1 de mayo de 2015)

Fuerzas Militares

La Sentencia C-507 de 1999 fue determinante: declaró inconstitucional la norma que señalaba como una falta al honor militar la realización de “actos homosexuales”. Entonces el alto tribunal dijo: “Incluir como falta contra el honor militar el hecho de ‘ejecutar actos de homosexualismo’ comporta un estigma a la opción homosexual y desconoce aspectos que corresponden a la esfera íntima del individuo, los cuales, si se ejercen en forma responsable y en el ámbito de su privacidad, no tendrían por qué interferir con su condición de militar”. Asimismo, la

C-431 de 2004 resultó clave: allí se declararon inconstitucionales algunos apartes del Reglamento de las Fuerzas Militares.

En cuanto a la identidad y el desarrollo de la personalidad, Sentencia T-977 de 2012, que le permitió a una mujer trans cambiarse su nombre por segunda ocasión, y la T-611 de 2013. A los intersexuales la Corte ha tratado de protegerlos mediante varias sentencias, entre ellas la SU-337 de 1999, en la que reconoció que estas personas constituyen “*una minoría que goza de especial protección del Estado*”..

Luego vinieron varias sentencias sobre el derecho al consentimiento informado respecto a la posibilidad de la remodelación genital en el caso de niños intersexuales. Por ejemplo, los fallos T-692 de 1999, T-551 de 1999, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003 y T-912 de 2008. El denominador común es uno solo: la protección de una comunidad históricamente excluida. (El Espectador, 1 de mayo de 2015)

Como ya se ha dicho, con la Constitución de 1991 se inició el camino para que las personas LGTBI empezaran a obtener la protección de sus derechos para lograr que se acabe con la discriminación y la desigualdad. Una breve síntesis de lo sucedido antes de 2007 fue lo que se acabó de anotar de manera resumida. Pero, es desde 2007 y hasta 2016 cuando las parejas homosexuales adquirieron derechos, los cuales los pusieron en igualdad de condiciones que las personas heterosexuales, sin distinción. Incluso, con el tiempo se les ha permitido ser docentes en entidades públicas, tener seguridad social, hacer parte de la Fuerza armada, a la pensión de su compañero permanente y hasta poder adoptar. Después de todos estos reconocimientos a los derechos de la comunidad LGTBI muchos de ellos no pueden casarse legalmente porque son los propios notarios

quienes se interponen e impiden que ejerzan un derecho constitucionalmente garantizado.

Entender lo sucedido desde 2006 significa recorrer el camino que para la comunidad LGBTI ha sido una lucha difícil. Acudir ante el máximo Tribunal Constitucional y, de manera persistente, lograr el reconocimiento de sus derechos para lo cual no solo actuaron judicialmente, sino en el escenario social. Era fundamental dar a conocer la problemática de su existencia en la sociedad y este fue el papel que cumplieron las publicaciones, utilizando asociaciones como Colombia Diversa, desfilando año tras año en la Marcha del Orgullo Gay, difundiendo sus principios para así lograr la solidaridad de organizaciones como De Justicia, el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de Los Andes, entre otros dentro del país, además de trabajar los temas con organizaciones y universidades de otros países - como la Universidad de Yale - . Son muchos los autores que se refieren al tema específico, como Albarracín (2010), Bonilla (2010), Lemaitre Ripoll, (2009), López Medina (video 19 de agosto de 2015). Todos ellos se refieren a la evolución y las conquistas logradas por la comunidad LGBTI a partir de la jurisprudencia constitucional, tema al que se refiere el siguiente capítulo.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Albarracín y Rivera (2010), la Universidad de los Andes y Colombia Diversa (2008) señalan que la Sentencia C-075 (7 de febrero de 2007) dio un giro trascendental en el reconocimiento de las parejas del mismo sexo. En este punto coinciden con Bonilla (2008, 2010) quien señala que antes de dicha sentencia la Corte *“había reconocido los derechos de los homosexuales como individuos, pero se había negado sistemáticamente a reconocer que sus miembros eran titulares de derechos”* (2010, p. 184). En la sentencia mencionada la Corte decidió sobre los derechos patrimoniales de los miembros de la pareja, de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley 54 de 1990 para las uniones maritales de hecho entre parejas heterosexuales. En el proceso de discusión y apoyo intervinieron abogados e instituciones que defienden la causa de la comunidad (como el Centro de Estudios De Justicia, el Grupo de Derecho Público de la Universidad de los Andes) y organizaciones que aglutinan a las personas homosexuales como Colombia Diversa, la Corporación Triángulo Negro, Corporación RedSomos, Centro Latinoamericano en Sexualidad y Derechos Humanos, Clam, en el proceso que culminó con la sentencia participaron ciudadanos y organizaciones que compartieron los objetivos de la comunidad LGBTI.

En la demanda se alegó el derecho a la igualdad y a no ser discriminados, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política. Pero se

reclamó la igualdad material que el inciso segundo del artículo contempla y no la igualdad formal que está consagrada en el primer inciso del mismo. La igualdad formal expresa que no puede discriminarse a ninguna persona con base en la raza, la lengua, el género, la religión, el origen social o las ideas políticas no ha impedido, ni impide la exclusión, mientras que la igualdad material contempla las acciones que deben realizarse para materializar el derecho.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Igualdad formal)

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Igualdad material)

Los distintos Estados proveen la forma de garantizar la igualdad material a sus asociados. Como afirman Bernal Pulido (2014) y Rodríguez Garavito (2016) en la Constitución Política se consagra el derecho a la igualdad según la consideración de que hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual (p. 22 y 288). La importancia de la fórmula citada radica en la protección que se establece de esta manera para las minorías, proscribiendo las discriminaciones “activas” Rodríguez (2016, p. 88). En este sentido, no se trata de la igualdad legal que reconocía los derechos a todos los hombres, sino de la igualdad en la aplicación de la ley que, como dice Ramírez Monsalve (2013), cuando el artículo 13 impone la igualdad, exige a los

órganos de poder que se extienda razonada y justificadamente su alcance normativo. Al estar subordinados a la ley los órganos administrativos y jurisdiccionales deben hacer cumplir los mandatos legales y como dice citando a Bobbio (1993, p. 60 en Ramírez,) *“solo después de haber establecido el tratamiento surge la exigencia de establecer que el tratamiento igual sea reservado a aquellos que se encuentran en la misma situación”* (p. 68).

Las propiedades materiales que definen los derechos humanos deben entenderse como propiedades suficientes y alternativas que un derecho jurídico subjetivo debe revestir para poder ser considerado como tal. De este modo, un derecho jurídico subjetivo ha de ser considerado como un derecho humano si protege alguna de las facultades básicas del concepto liberal de persona (su capacidad de ser racional o la de ser razonable), alguna de las facultades básicas ligadas a la capacidad de discernimiento propia del concepto democrático de persona o alguna de las necesidades básicas que la teoría del Estado social atribuye al individuo, es decir, alguna de las necesidades básicas que se satisfacen por el mínimo vital o la procura existencial o alguna de las necesidades básicas indispensables para el ejercicio de las libertades o los derechos democráticos. Asimismo, dentro de la concepción liberal de la persona aparece protegido el derecho a la igualdad jurídica, al paso que la concepción de la persona del Estado social protege el concepto de igualdad fáctica. (Bernal Pulido, 2010).

- 1. Línea Jurisprudencial** Se entiende la línea jurisprudencial como aquel ejercicio hermenéutico que posibilita, a partir de una pregunta, identificar en sentencias individuales la base normativa mediante la cual se interrelacionan los pronunciamientos y se fundamentan las decisiones. Es necesario, entonces, definir o acotar, tal como lo enuncia López Medina (2000) el patrón fáctico y la tensión existente entre los intereses y el derecho para identificar de esta manera

la *ratio decidendi* en los fallos, sus reglas, así como las desviaciones o retrocesos que sufran en el tiempo.

Sobre la Comunidad LGBTI, en especial gays y lesbianas, han sido muchos los fallos proferidos en la temporalidad señalada y es necesario preguntar: ¿con fundamento en qué normas se orienta el tratamiento que ha dado la Jurisprudencia de la Corte Constitucional las parejas de gays y lesbianas entre los años 2006 y 2016?

Las sentencias referidas a las parejas son las siguientes

DERECHOS DE LA COMUNIDAD LGTBI, EN ESPECIAL GAYS Y LESBIANAS QUE HAN SIDO RECONOCIDOS ENTRE EL AÑO 2006 A 2016 POR VIA JURISPRUDENCIAL		
	Sentencias que se tomaron en cuenta	El Derecho si fue reconocido por la Corte Constitucional, ya sea al declarar exequible condicionalmente un Artículo o proteger derechos vulnerados a la comunidad LGBTI, en especial Gays y Lesbianas.
	<ul style="list-style-type: none"> • C- 075 de 2007 • C- 811 de 2007 • T-856 de 2007 • C- 336 de 2008 • C-798 de 2008 • T-1241 de 2008 • C- 577 de 2011 • T- 611 de 2013 • SU- 617 de 2014 • T- 935 de 2014 • C- 683 de 2015 • SU- 214 de 2016 	

El análisis de las sentencias referenciadas muestra que son las normas que consagran como principio constitucional la dignidad humana, así como el artículo 13 – que consagra la igualdad formal y material – y en forma colateral el derecho al libre desarrollo de la personalidad, artículo 43, las que sirven de apoyo constitucional.

Sin embargo, es el principio de la dignidad humana el que la Corte Constitucional ha tomado como regla para decidir en los casos mencionados. Como afirma Bonilla, es un criterio de análisis que permite: identificar el problema en juego; explicitar en forma precisa los obstáculos para solucionar el problema político y jurídico que implica el no reconocimiento de las parejas; interpretar los otros modelos y establecer un criterio para determinar cuáles mecanismos buscan neutralizarlo (Bonilla, 2010, p. 184)

En la Sentencia C- 075 de 2007, M.P Rodrigo Escobar Gil, se reconoce la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo. Como se dijo anteriormente, la Corte estableció que la Ley 54 de 1990 no diferenció y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 1º regula incluso la unión marital de las parejas del mismo sexo. La exequibilidad condicionada se dio, ya que la Corte dispuso que el artículo 1º era constitucional si se aplicaba también a las parejas homosexuales. Aunque la sentencia no logró lo que podría haber sido la transformación del sistema jurídico para que todas las normas regulatorias de la unión marital de hecho fueran aplicables a las parejas del mismo sexo, como se pedía en la demanda, si constituyó una apertura a nuevas demandas. En esta forma interpreta Bonilla (2010) el precedente establecido por la sentencia mencionada.

Las sentencias proferidas entre 2007 y 2008 confirman la regla de la constitución de sociedad marital de hecho por parejas del mismo sexo. La C-

811 de 2007 reconoce que las normas que rigen la afiliación al sistema contributivo de salud de las parejas heterosexuales son aplicables a las parejas homosexuales; igualmente que las parejas homosexuales tienen derecho a la pensión de sobrevivientes tal como lo estableció la Sentencia C-336 de 2008. La Sentencia C-798 de 2008 determinó el derecho a recibir cuota alimentaria de la pareja. Las Sentencias T-856 de 2007 y T-1241 de 2008 confirmaron la regla de que las parejas homosexuales pueden ser afiliadas al sistema contributivo de salud y a recibir pensión de sobrevivientes.

En todas ellas, la Corte establece el desconocimiento de la igualdad como consecuencia de ignorar el principio de la dignidad, atributo fundamental del ser humano y fundante del Estado Social de Derecho. La Corte ha considerado que la violación de la dignidad humana que ha sufrido históricamente la Comunidad LGTBI es la causa de que *“la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales”* sea desconocida. Dicho de otra manera, la dignidad humana es un componente para el desarrollo de la personalidad de cada persona y se encuentra íntimamente unida con cada proyecto de vida. Igualmente, el Tribunal Constitucional considera que lo que se ha hecho con las parejas del mismo sexo y con las personas lesbianas y gays ha sido ignorar la realidad en que viven, lesionando de esta manera su autonomía y autodeterminación.

Al no reconocer que la asociación afectiva, sexual y financiera de las parejas del mismo sexo (que es lo que se concreta en el matrimonio) es lo que llega a conformar una familia, se están desconociendo normas de la Constitución Política. En ese sentido no puede desconocerse la extensión de los efectos jurídico-patrimoniales de la ley 54 de 1990 a todas las parejas del mismo sexo.

Lo que si considera la Corte es que deben respetarse íntegramente, por parte de la pareja del mismo sexo, las condiciones que se establecen

legalmente para las uniones maritales de hecho, como lo son: a) comunidad de vida permanente y singular y, b) al menos dos años en esta convivencia.

En todas estas sentencias al tomar como regla y fundamento el principio constitucional de la dignidad humana fundante del Estado de Derecho se destaca que la igualdad es una de sus consecuencias necesarias. Y tanto la dignidad como la igualdad se extienden al concepto de familia que contempla el artículo 42. Ésta, no se reduce únicamente a la tradicional unión de un hombre y mujer, sino que también se forma por la voluntad de tener una familia sin importar el sexo, garantizándoles los mismos derechos tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales.

Asimismo, en otra sentencia de ese mismo año, C-811 de 2007- , M.P Marco Gerardo Monroy Cabra- se declara exequible el artículo 163 de la ley 100 de 1993 y se extiende el régimen de protección para las parejas del mismo sexo. En la fundamentación del fallo se establece que la dignidad es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Afirmó la Corte que la dignidad humana es un cimiento del Estado Social de Derecho ya que obliga a tratar a las personas conforme a su condición de ser humano, así que se deben tomar las medidas necesarias para garantizar los bienes jurídicos que definen al individuo y lo encaminan hacia su proyecto de vida. Dejar estas personas sin protección sería contribuir a la violación de sus derechos en especial el desarrollo de su proyecto de vida.

En relación con la Sentencias C-029 de 2009 que decide sobre la demanda de constitucionalidad de 26 normas jurídicas que diferenciaban entre las parejas del mismo sexo y las heterosexuales, la decisión protegió el derecho a la dignidad con igual vigor, puesto que, como afirma Bonilla (2010) para la Corte Constitucional, la dignidad es atributo de todos los seres humanos y un principio que

funda el Estado Social de Derecho. La dignidad es un atributo de todos, por el simple hecho de ser seres humanos y surge como consecuencia de la autonomía y la racionalidad del ser humano y garantiza la igualdad básica de todos los seres humanos *“En tanto que somos dignos, todos somos iguales”* (Bonilla, 2010, p. 188).

Es importante anotar que en relación con las normas demandadas y sobre las cuales se produjo la Sentencia antes citada (C-029 de 2009), éstas se referían a: asuntos como el derecho a no declarar o formular queja disciplinaria, penal y penal militar contra compañeros y otras similares en el ámbito penal; asuntos civiles y comerciales (afectación de vivienda familiar, constitución de patrimonio inembargable de familia, pago de alimentos al compañero permanente, una vez terminada la relación; normas de seguridad social, subsidio familiar y de vivienda; inhabilidades para la función pública, requisitos para la nacionalidad por adopción, inclusión como víctimas y derecho a verdad, justicia y reparación. En esta sentencia se fundamenta la garantía de los derechos a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho a la dignidad. (Bonilla, 2010, p. 187)

Las sentencias analizadas permiten afirmar que en sus decisiones, la Corte ha destacado dos dimensiones de la dignidad que deben ser acogidas por el Estado: una positiva que le obliga a garantizar las condiciones materiales mínimas que permiten que la autonomía se exprese; y una dimensión negativa que le obliga a abstenerse de adelantar acciones que vulneren, igualmente, la autonomía. (Bonilla, 2010, p. 188). Esta línea puede identificarse claramente en las Sentencias C-811 de 2007, C-136 de 2008, T-1241 de 2008, C-798 de 2008 y además en la sentencia C-129 de 2009.

En el año 2011 se profiere la Sentencia C- 577 de 2011.

Este fallo marca un punto muy importante en la historia del reconocimiento de los derechos a los homosexuales al formar una familia. Los accionantes demandaron la inconstitucionalidad de algunas expresiones del Artículo 113 del Código Civil, el inciso primero del artículo 2 de la ley 294 de 1996 e igualmente el inciso primero del artículo 2 de la ley 1361 de 2009, normas que se refieren a la formación de la familia como un contrato solemne entre hombre y mujer con el fin de vivir juntos y procrear.

Los argumentos de los accionantes se basaron en que la institución familiar no surge necesariamente del vínculo de un hombre y una mujer, menos aún del fin de procrear y destacan también que el deber de auxilio que tienen los cónyuges lo cumplen en la clandestinidad las parejas homosexuales, pues son víctimas de estigmatización. En esta sentencia se exponen nuevamente los argumentos del desconocimiento de la dignidad de la persona humana, de la violación del derecho a la igualdad y a la autonomía. Sin embargo, no se declara la inconstitucionalidad del artículo 113 del Código Civil, considerando que es al legislativo al que le corresponde la expedición de códigos.

En esta sentencia se describe perfectamente el avance social en cuanto a la definición de familia, y la realidad de muchas de las familias conformadas quienes deciden no procrear hijos. Igualmente se da el caso de que hombres y mujeres, solteros y solteras, que deciden tener un hijo y con él conformar la familia. La diversidad existente ameritaría una norma que consagrara como familia la que ha unido el amor, como dice la Magistrada María Victoria Calle recordando al Magistrado Ciro Angarita Barón. Las normas se quedan cortas y es necesario que su interpretación respete los derechos de todas las personas.

Sin embargo, hay que decir que la Corte vacila entre el reconocimiento y la orden que debe impartir, puesto que si bien tuvo la oportunidad de decidir de fondo sobre esta situación, optó por exhortar al Congreso de la República para que expidiera la legislación correspondiente a parejas del mismo sexo antes del 20 de junio del 2013. Un déficit de protección que desconoce la dignidad humana debería remediarse, pero no lo hizo directamente.

Con la inhibición de la Corte para resolver de fondo sobre este asunto y la renuencia del Congreso de la República para regularlo, el 20 de junio de 2013 se abrieron las puertas a que parejas del mismo sexo acudieran a jueces y notarios para celebrar los contratos maritales entre parejas del mismo sexo, dándoles así la posibilidad de ser reconocidas legalmente y que, en caso de que el notario o juez no acepte celebrar, puedan interponer la acción de tutela para que se les proteja su derecho a conformar una familia.

Dos años después, con la Sentencia T-611 de 2013, la Corte argumenta que la dignidad se construye en base al derecho a la identidad y, para el caso concreto, la identidad sexual que se desarrolla en el fuero interno y se exterioriza a medida que va pasando la vida.

Luego, en la Sentencia SU- 617 de 2014 se presenta una discusión acerca de la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo. Es un tema controversial, no solo en lo jurídico sino en lo político y por esta razón las intervenciones de personas e instituciones, mostraron que existía oposición a una sentencia en este sentido. Llamaron la atención conceptos de oficinas particulares de abogados que actúan como intervinientes y que aceptan la decisión de aceptar la adopción por considerar que esta solución, además de corresponder a una interpretación garantista de la Constitución, facilita la convivencia humana en los ambientes laborales.

La Compañía Sura también expresó su aceptación considerando razones empresariales para hacerlo.

Dicha sentencia marca un hito en los pronunciamientos de la Corte, puesto que establece como doctrina principal la no discriminación y la prevalencia del derecho del menor a tener una familia. Se hizo una profundización en el tema de que las dos mujeres estaban cumpliendo a cabalidad las labores de padre y madre, y que la condición sexual de estas no es un determinante para negarle a la menor de edad la posibilidad de tener una familia.

Ahora bien, la Corte fundamenta la decisión no en el derecho que tiene la pareja de mujeres a adoptar, sino en el derecho de la menor de edad a tener una familia, así que técnicamente no se está hablando de un avance en los derechos de los homosexuales sino de un avance en los derechos del menor, avance que genera muchas repercusiones sociales.

Un año después se da la sentencia C- 683 de 2015, la cual guarda una relación íntima con la SU- 617 de 2014 puesto que trata sobre el mismo tema: la adopción de menores de edad por parte de parejas homosexuales. En cuanto al interés superior del niño, la Corte lo ha definido como un concepto de gran relevancia que implica necesariamente un trato preferente no sólo por parte del Estado sino de la sociedad y la familia con el fin de que se garantice el desarrollo armónico del menor, cabe resaltar que este desarrollo se logra en la medida en que ejerzan sus derechos y tomen decisiones en su vida de acuerdo a su edad y madurez.

Cabe resaltar que el derecho del menor de edad a tener una familia es un pilar importante en la formación de este como un ciudadano de bien. En este sentido es el Estado el encargado de definir las estructuras familiares que pueden contribuir a la formación y que a su vez permitan que el menor recobre las relaciones de filiación que no ha tenido para así desarrollar un ambiente armónico. Es en este sentido que la adopción implica que se puedan suplir las relaciones de filiación de un menor que no las ha tenido. Cabe resaltar que este requerimiento no puede ser cumplido por cualquier familia sino dentro de aquella que pueda brindar una adecuada y plena formación al niño, es por ello que en los procesos de adopción debe primar el beneficio del menor.

Una de las mayores inquietudes respecto a este tema es cómo se afectará el crecimiento del menor de edad que tiene por familia a una pareja de homosexuales. La Corte ha dicho que no existen efectos negativos en la salud, bienestar y desarrollo del menor. Es importante decir, que es necesaria una idoneidad moral para adoptar un menor de edad, y la Corte especificó muy claramente que esta idoneidad no hace referencia exclusivamente a los heterosexuales, razón por la cual, no hay excusa para que una pareja de homosexuales que son idóneos para adoptar, no se le permita hacerlo.

Por lo tanto, los procesos de adopción deben basarse en asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la orientación sexual de los padres. La exclusión de las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción

comporta un déficit de protección de los derechos de los menores que se encuentran en situación de orfandad, por cuanto si se acreditan dadas las condiciones para hacer parte de una familia su derecho se verá frustrado sin que exista una razón que lo justifique, distinta a la mera condición sexual de los adoptantes.

Pero esta sentencia no genera una condición de igualdad completa para la adopción de menores, puesto que la limita única y exclusivamente a la adopción de menores que sean hijos biológicos de uno de los miembros de la pareja, lo cual excluye por completo a parejas que se encuentran imposibilitadas de concebir un hijo biológico.

Finalmente, en el año 2016 se dio la sentencia SU- 214, es un desarrollo indirecto de la sentencia C-577 de 2011. Para el caso concreto los seis casos acumulados de amparo plantean el siguiente problema jurídico, de carácter general: ¿celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo, en lugar de una unión solemne innominada, con miras a suplir el déficit de protección declarado por la Corte en Sentencia C-577 de 2011, configura una violación del artículo 42 Superior, tal y como lo aducen quienes se negaron a celebrar o a registrar los matrimonios civiles igualitarios?; o por el contrario, como lo interpretaron los jueces civiles que los celebraron, ¿constituye una adecuada interpretación de la Sentencia C-577 de 2011, un ejercicio válido de autonomía judicial y una materialización de principios constitucionales como la igualdad, la libertad y la dignidad humana?

Al darse un vacío jurídico producto de la Sentencia C-577 de 2011 en la ausencia de regulación del tema, se generan situaciones perfectamente

tales como las siguientes: los registradores deben registrar un matrimonio celebrado por parejas del mismo sexo, los notarios deben celebrar matrimonios entre parejas del mismo sexo y los jueces si anulan un matrimonio igualitario incurren en un defecto por violación directa de la constitución.

De los derechos que se consideran violados continuamente por entidades públicas se encuentra la dignidad humana, sobre la cual la Corte ha sostenido que cada persona dentro de su ámbito personal tiene autonomía para decidir con quién quiere sostener un vínculo matrimonial. El Estado al permitir que coexistan dos tipos de uniones solemnes, una para parejas homosexuales y otra para heterosexuales, presenta un trato diferenciado fundado en la orientación sexual de cada individuo.

Respecto a la supuesta violación al artículo 42 Constitucional que establece que un matrimonio está conformado por un hombre y una mujer, la Corte estableció que se debe usar la hermenéutica constitucional. El hecho de que la Constitución hable de matrimonio entre hombre y mujer no excluye la posibilidad de que se dé un matrimonio entre parejas del mismo sexo.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido derechos para las parejas del mismo sexo. De ahí que, las personas homoparentales puedan conformar una unión marital de hecho en calidad de compañeros permanentes y, por homologación normativa, los efectos de este vínculo en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, particularmente en materia de derechos civiles, de seguridad social en salud y

pensiones, los cuales pueden ser verificados en temas relacionados con la afectación de la vivienda como patrimonio familiar, la nacionalidad por adopción, la pensión de sobrevivientes, la obligación de alimentos y la posibilidad de incurrir el delito de inasistencia alimentaria, entre otros.

La decisión de la Corte Constitucional significa, como lo señala *Ámbito Jurídico* (7 de julio de 2016) :

Los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual.

Efectos jurídicos de considerar que las uniones solemnes realizadas entre parejas del mismo sexo son contrato civil, pero no matrimonio (identificación del trato discriminatorio).

Finalmente, con el propósito de superar dicho déficit de protección y amparar el principio de seguridad jurídica, la alta corporación extendió los efectos de su sentencia de unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al 20 de junio del 2013:

(i) Hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les hubiera negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual.

(ii) Hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil.

(iii) Habiendo celebrado un matrimonio, la Registraduría Nacional se haya negado a inscribirlo.

(iv) En adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil.

**BASE AXIOLÓGICA ACOGIDA POR LA CORTE
CONSTITUCIONAL PARA ESTABLECER EL ÁMBITO DE
PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES**

La Corte Constitucional, en el extenso examen para el reconocimiento de los derechos de las personas de la comunidad LGBTI y en particular los de las parejas de gays y lesbianas, ha tomado como fuente de derechos el principio de la dignidad humana incorporado a la Constitución Política. Éste, que ha sido enfocado hacia la autonomía individual, a la existencia de condiciones materiales adecuadas para la existencia y condición para la integridad moral y física de las personas, en el caso que trata este escrito ha sido considerado desde los tres enfoques. El concepto de dignidad está relacionado directamente con la persona humana pues se reconoce en ella la base de la existencia del sistema institucional y legal. En este principio, con mayor o menor intensidad, se han fundado las sentencias analizadas. Por esta razón se le examinará en el siguiente aparte.

La Corte Constitucional con el fin de dar una protección a las garantías de un grupo históricamente discriminado como lo es la población LGTBI ha plasmado en sus sentencias desde el año 2006 hasta el 2016 la doctrina en cuanto al concepto de dignidad humana y el alcance de este frente a la protección otorgada a dicha población, no sólo en cuanto a derechos patrimoniales sino también a los extrapatrimoniales que hacen parte de los derechos que como personas les ha otorgado la Constitución Política de 1991.

Es en este sentido que en la sentencia C- 075 de 2007 - M.P Rodrigo Escobar Gil- se tiene como punto de partida que la dignidad humana es el principio fundante del Estado Social de Derecho pues a partir de éste, se derivan los derechos que constituyen las garantías del individuo. Esto significa para la Corte que la dignidad es entendida como un atributo que tiene toda persona, por lo tanto el reconocimiento de este no debe ser entendido como igual para todos los habitantes del territorio nacional sino que comprende una esfera personal y autónoma de cada ser.

Es así que la dignidad humana implica necesariamente que se escoja un plan de vida conforme a las vivencias y experiencias de cada uno e involucra necesariamente que no se den intromisiones injustificadas de las autoridades y de terceros en las decisiones individuales que emanan de la libertad, la no discriminación, la intimidad, etc.

En este sentido, la Corte reconoce que la falta de reconocimiento de un grupo, como lo es la población LGTBI constituye una infracción a los preceptos de dignidad dado que esta no solo implica la no intromisión injustificada, sino que se encuentra ligada a la falta de reconocimiento jurídico frente a situaciones que viven los miembros de esta comunidad. Es así como la Corte parte del reconocimiento de derechos de índole patrimonial, puesto que al no estar prohibida la formación de un hogar por una pareja de diferente sexo no puede aceptarse que los bienes que adquieran durante su convivencia no puedan hacer parte del régimen patrimonial. Ignorar situaciones como estas afectaría directamente la dignidad humana expresada en la opción de escoger su modo de vida.

Más adelante la Corte en sentencia C-811 de 2007 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra reitera nuevamente el papel de la dignidad humana como elemento fundante del Estado Social de Derecho, es así que el deber del Estado y más

específicamente de sus autoridades es velar por la protección de los bienes jurídicos de los individuos y que de una u otra forma se relacionen con la forma de vida que cada uno de ellos escogió. Asimismo la Corte afirma que ***“la dignidad humana implica el reconocimiento de la autonomía del ser humano, enfocada al diseño de un plan personal de vida. La libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.”***² De allí que cuando cada individuo toma decisiones sobre su vida materializa el conjunto de garantías y derechos de los cuales es acreedor y no pueden ser limitados absolutamente. Y es que, además, no se puede lograr el interés general a costa de la dignidad humana de un grupo social como lo es por ejemplo la comunidad LGTBI.

Se resalta entonces que la sanción que se ha dado desde el plano legal a la libre escogencia de una pareja del mismo sexo implica necesariamente la violación a la dignidad humana puesto que la discriminación es basada en la orientación sexual de los individuos y de una u otra forma atenta contra otros derechos inclusive de tipo fundamental, demostrando así que la falta de reconocimiento jurídico constituye una clara vulneración a la Constitución, en este sentido es de destacar el contenido del salvamento de voto de la sentencia C-811 de 2007 en la cual el magistrado Jaime Araujo Rentería afirma que ***“no se puede pregonar el respeto de los seres humanos y de su dignidad como seres libres e iguales y al mismo tiempo volverse contra ellos, desconociendo sus derechos fundamentales”***³ puesto que no puede aceptarse la discriminación en contra de las parejas homosexuales ni de sus familiares ni los prejuicios con los que este tipo de población es visto por el resto del conglomerado social.

² Subrayado en el texto

³ Subrayado en el texto

Durante el año 2008 también se pronunció la Corporación acerca del alcance de la dignidad humana en la sentencia C-336 de 2008. M.P Clara Inés Vargas Hernández, en esta se sostiene que si bien la dignidad humana es pilar fundamental del Estado no solamente implica a los administrados como sujetos de garantías, derechos y deberes sino que existen otras consecuencias jurídicas para el Estado como garante de la dignidad, las cuales son las consecuencias materiales e inmateriales que dicho principio comporta, en cuanto a las primeras se entienden que son aquellas relacionadas con: *“los requerimientos éticos, morales, axiológicos, emocionales e inclusive espirituales que identifican a cada persona y que siendo intangibles e inmanentes deben ser amparados por el Estado”*⁴ con lo cual se garantiza que el individuo no atente contra el modo de vida que escogió; de otro lado se encuentran las materiales las cuales *“han de entenderse los requerimientos tangibles que permiten a la persona vivir rodeada de bienes o de cosas que, según sus posibilidades y necesidades, le permiten realizar su particular proyecto de vida.”*⁵ Gracias a las consecuencias anteriormente mencionadas es que cada persona puede edificar su ser y proyecto de vida de forma libre inclusive teniendo en cuenta el pluralismo y más específicamente su identidad sexual, y derivado de ello se erige el deber del Estado de protección de las distintas opciones de vida que se den, y en el caso que ocupa sin distinción de sexos, y sin tener como excusa la configuración legislativa que de una u otra forma ignora ciertas situaciones jurídicas en las cuales se ven involucrados miembros de la comunidad LGTBI puesto que dentro de los elementos axiológicos que tiene el Estado la protección a la dignidad humana se convierte en un elemento intrínseco e inherente de cada persona, de cada humano que lo hace ser tal y no de otro u otros modos.

⁴ Subrayado en el texto

⁵ Subrayado en el texto

De otro lado, es evidente que a lo largo de sus pronunciamientos la Corte no ha empleado el concepto de dignidad como elemento axiológico que permite la protección de derechos de contenido patrimonial sino que también amparó derechos de índole extrapatrimonial, es así que en la sentencia T-492 de 2011 M.P: Nilson Pinilla Pinilla se resalta que la dignidad se encuentra íntimamente ligada con el libre desarrollo de la personalidad por lo cual cada persona debe decidir autónomamente sobre su imagen sin que esta decisión menoscabe garantías ajenas, por lo cual cualquier limitación a esta facultad de cada individuo se manifiesta como contradictoria con los postulados constitucionales, es así que con hechos tan cotidianos como lo es la vestimenta de una persona deben estar inmersas las garantías independientemente de la condición sexual escogida por ésta.

Asimismo esta Corporación en otro de sus pronunciamientos como lo es la sentencia T-611 de 2013 M.P: Nilson Pinilla Pinilla, consideró que la dignidad implica el reconocimiento de cada persona como un fin en sí mismo, por lo cual los jueces deben estar llamados a traer este principio como criterio de interpretación de la normatividad; a su vez, también se requiere entender que cada persona mantiene unos rasgos característicos que de una u otra forma contribuyen su individualidad, y nuevamente reitera que las únicas limitaciones para la realización de su personalidad son los derechos de otras personas y el ordenamiento jurídico. En este sentido la dignidad se vuelve parte integrante de otros derechos como lo es por ejemplo la identidad pues este implica la autonomía de cada ser y toda decisión tomada con respecto a este debe responder al consentimiento que de ello dé la persona titular de este derecho, dentro de lo cual cabe la posibilidad de pertenecer o tener un sentimiento más afín frente a determinado sexo.

Sin embargo es de resaltar que los avances de la Corte en materia de reconocimiento de derechos de las personas pertenecientes a la comunidad LGTBI teniendo como elemento neural la dignidad humana, no pararon puesto que con la sentencia SU-617 de 2014 M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez, se establece que la dignidad se relaciona con el ámbito de protección del cual deben gozar todos los individuos, con lo cual un déficit de protección del cual son víctimas las personas homosexuales como individuos y como pareja a su vez menoscaba y anula derechos como lo son la autodeterminación, y la libertad de cada individuo desde la conciencia que tiene sobre el mundo, es así que los aspectos relacionados con la dignidad también se encuentran presentes al interior de la familia puesto en el cual se definen las normas familiares, rutinas dentro del hogar y responsabilidades de cada uno, sin intromisiones innecesarias del Estado, en este caso la Corte se basa en la dignidad humana con respecto al papel de la familia puesto que ampara la familia conformada por personas del mismo sexo dentro de las cuales se está criando un niño y a su vez relaciona que los derechos de los cuales goza el menor no se pueden ver menoscabados en ningún momento y menos por razones de discriminación hacia la pareja. En sentido similar la Corte se pronunció acerca de la relación de la dignidad y la familia en la sentencia C-683 de 2015 M.P: Jorge Iván Palacio Palacio. En esta ocasión se establece que la orientación sexual no es un criterio de selección para la posibilidad de adoptar puesto que así se estaría absteniendo de reconocer situaciones jurídicas y por ende se daría pie a la discriminación lo cual contraría la dignidad como principio.

Más recientemente en el año 2106 la sentencia SU-214 de 2016 M.P: Alberto Rojas Ríos se hace un recuento de los derechos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que han sido reconocidos mediante vía jurisprudencial a la población LGTBI y los cuales han tenido como pilar la

visibilización de la dignidad humana como elemento intrínseco del ser, es de destacar que el Estado debe ser garante especialmente de las garantías de los grupos minoritarios en cuanto a tratos que puedan desembocar en episodios de discriminación, ante lo cual es de suma importancia el estudio de cualquier trato diferenciado que se dé teniendo en cuenta criterios de proporcionalidad. De otro lado se condena la estigmatización de cualquier individuo por cuenta de sus preferencias sexuales pues al fin y al cabo la elección de cada persona es un ejercicio legítimo de sus derechos, debido a que a cada persona dentro del Estado colombiano se le deben un mínimo de derechos sin los cuales no se puede desarrollar la dignidad y un gran conglomerado de garantías.

Nuevamente se reitera el carácter absoluto de la dignidad puesto que este atributo no permite negociación alguna para ningún sujeto, en este sentido la Corporación expresa ***“En tanto que guía de la actividad estatal, la dignidad humana ofrece dos dimensiones: el individuo queda libre de ofensas y humillaciones (negativa); por el otro, le permite actuar en libertad y llevar a cabo el libre desarrollo de su propia personalidad (positiva)”***⁶. Por ende, la dignidad humana no posee una dimensión única sino que es más amplia puesto que es entendida como principio fundante del Estado y de su ordenamiento jurídico, también como principio contenido en la Carta Magna y como derecho fundamental, con lo cual todo individuo está plenamente facultado para escoger el curso de su existencia y por ende a ser sujeto de los tres ámbitos que conforman la dignidad como lo son ***“vivir como quiera”***, ***“vivir bien”*** y ***“vivir sin humillaciones”***. Es de destacar que la libertad que cada ser humano tiene de unirse a otro es un derecho que viene derivado del ejercicio de la dignidad humana por lo cual el Estado es el primer llamado a proteger a este grupo de cualquier injerencia arbitraria de terceros y de las mismas autoridades.

⁶ Subrayado en el texto

Por lo anterior es que se define claramente que la dignidad ha sido tomado como elemento para el desarrollo y reconocimiento de las garantías que como individuos y grupo tienen los homosexuales a fin de propender que sean de recibo los elementos intrínsecos de la persona y que de una u otra forma son dados a la mayoría de la población y que no podrían ser negados a este grupo históricamente discriminado pues cada uno de ellos actúa en ejercicio de los postulados dados por la Constitución Política de Colombia y por lo tanto deben ser aplicados íntegramente en el Estado Colombiano, no sólo con respecto a los contenidos de la Carta Magna sino del resto de las normas jurídicas que regulan el cúmulo de situaciones que se presentan entre los integrantes de la población LGTBI.

3

LA INEXISTENCIA DE NORMAS LEGALES

En este trabajo se ha sostenido la tesis de que, no obstante un amplio desarrollo jurisprudencial que ha resuelto proteger y garantizar los derechos de las personas del mismo sexo, éstas aún encuentran obstáculos para la materialización de sus derechos.

La ley 54 de 1990, que regula la unión marital de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, solo regulaba la unión entre parejas heterosexuales. En su artículo 2 literal “a” decía “*Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio*”. Lo citado se refiere a uno de los requisitos para declarar la unión marital de hecho, la ley en su texto es clara en hacer énfasis que la relación solo podía darse entre hombre y mujer, al igual que los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación solo afectarán a parejas heterosexuales. Sin embargo, la Corte Constitucional la interpretó en el sentido de que se extendía a las parejas del mismo sexo, de conformidad con la Sentencia C-075 de 2007. Esta ley se encuentra vigente, pero su constitucionalidad se condicionó a que fuera aplicada a las parejas del mismo sexo, ya que al momento de su expedición solo comprendía las parejas heterosexuales.

La ley 100 de 1993, por la cual se decreta el sistema de seguridad social integral, es una ley que en su ámbito de aplicación, al igual que la anterior no reconoce a los homosexuales como sujetos de derechos, no obstante que el artículo 13 de la Constitución Política consagró la igualdad como un principio fundamental. En consecuencia, los operadores de salud no admitían a los compañeros y compañeras del mismo sexo como beneficiarios de sus parejas. Tampoco se reconocía la pensión de sobrevivientes. Según la Sentencia C-811 de 2007, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional resolvió la aplicación del régimen de protección allí contenido a parejas del mismo sexo. La norma demandada dispone quiénes son los beneficiarios del régimen contributivo de salud y lo amplía a las parejas del mismo sexo. En cuanto a la

pensión de sobrevivientes la Sentencia C-336 de 2008 dispone lo pertinente a las parejas del mismo sexo.

La Ley Estatutaria 1751 de 2016 por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, consagra el principio de la universalidad, lo que significa que a él tienen derecho todas las personas, sin necesidad de establecer diferenciaciones. Entre las obligaciones del Estado señaladas por la Ley referenciada se encuentran:

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas; b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;

b) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio

Y entre sus principios, artículo 6:

a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas

vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

Las normas, enfáticas al referirse a las parejas como hombre y mujer, se aplican con criterio estricto a éstas. Al no especificar que existen parejas del mismo sexo han inducido el desconocimiento de los derechos de gays y lesbianas no tienen la posibilidad de obtener estos derechos patrimoniales que trae consigo la respectiva ley. Un ejemplo claro, la pensión de sobrevivientes, los Art. 47⁷ y 74⁸ de la ley 100 de 1993, van en contra de los Art. 1,13,16,48,49,93 de la Constitución Política, ambos artículos de la ley 100 de 1993 hablan de quiénes son beneficiarios de la pensión de sobreviviente, posteriormente esos artículos fueron modificados por el Art. 13 de la ley 797 de 2003, donde se limita a favor de parejas heterosexuales los beneficios de la protección en materia de pensión de sobrevivientes, excluyendo a parejas homosexuales. Es reiterativo que se le deniegue a este grupo LGBTI derechos que hacen relación a su unión sentimental entre parejas del mismo sexo.

Otro tema afectado por el déficit legal en relación con las parejas del mismo sexo era el de la adopción de menores de edad, este tema en particular ha tenido influencia de todos los ámbitos políticos, culturales, religiosos y morales. La adopción pretende darle la posibilidad de constituir una familia a los homosexuales, y respetarle el derecho a la igualdad que tienen las personas heterosexuales a la hora de adoptar, pero en realidad el tema de la adopción no solo

⁷Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones “*la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera permanente*”; “*compañero o compañera permanente*”; “*una compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*” contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

⁸“*el cónyuge o la compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*un compañero o compañera permanente*”; “*una compañera o compañero permanente*”; “*la compañera o compañero permanente*”; “*compañero o compañera permanente*” y “*compañero o compañera permanente*”, contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

radica en darle aquel beneficio a los homosexuales, para tal reconocimiento de derecho, se ve inmiscuidos los derechos del menor. Se considera que la adopción de padres homosexuales afectaría el crecimiento del menor de edad. Por otro lado, la adopción por gays y lesbianas, daría la posibilidad de darle al menor, la familia que no tuvo, y garantizarle la protección, crianza que el niño necesita.

Para el tema en concreto, la adopción está regulada por la Ley 1098 de 2006 “Por el cual se expide el Código de La Infancia y la Adolescencia” en especial los artículos 64,66 y 68⁹ (numerales 3° y 5°) hablan de la adopción y sus requisitos, uno de estos “*...Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo*”. En relación con este tema, la Corte Constitucional, luego de considerar los intereses del menor e indirectamente los derechos de parejas del mismo sexo resolvió mediante la Sentencia C-683 de 2015:

Declarar EXEQUIBLES las expresiones impugnadas de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 3° y 5°) de la Ley 1098 de 2006, “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, así como del artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, “*por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*”, **bajo el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.**(Resaltado en la sentencia).

Sin embargo, el Congreso de la República al tramitar y aprobar la Ley 1878 (9 de enero de 2018), no contempló el caso de los artículos 64, 66 y

⁹**Artículo 64.** *Efectos jurídicos de la adopción.* La adopción produce los siguientes efectos: ... “5. Si el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre de sangre del adoptivo, tales efectos no se producirán respecto de este último, con el cual conservará los vínculos en su familia.”

68, declarados exequibles con la condición señalada en la Sentencia, es decir que dentro de su ámbito de aplicación se encuentran las parejas del mismo sexo.

La magistrada María Victoria Calle Correa, presidenta de la corporación y el magistrado Jorge Iván Palacio, ponente de la sentencia en el caso referido, manifestaron que el interés superior defendido con la sentencia era el de los niños, como ya se dijo en este trabajo. Pero reiteró dos aspectos importantes que *Ámbito Jurídico* (5 de noviembre de 2015) destaca:

Así, la Sala Plena resaltó que, según la Constitución, los tratados internacionales sobre derecho humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de la Corte Constitucional: la orientación sexual de una persona del mismo sexo o su sexo no son, por sí mismos, indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar.

De esta manera, la presidenta concluyó los fundamentos de la decisión al afirmar que impedir que un niño tenga una familia fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja representa una restricción inaceptable de los derechos del niño y es entonces contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que la integran, precisó.

Vale mencionar que la vocera del alto tribunal aclaró que *“cualquier proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del menor y del establecimiento de sus derechos y, por tanto, será deber del Estado verificar conforma a la Constitución y a los términos de esta sentencia si se cumplen los demás requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico”*.

Igualmente, destaca *Ámbito Jurídico* (5 de noviembre de 2015) que la magistrada Calle Correa señaló que a comienzos de 2015:

La Corte Constitucional le solicitó al Congreso de la República que le informara cuáles habían sido las iniciativas legislativas presentadas y tramitadas relacionadas con los derechos y deberes de las parejas del mismo sexo y la posibilidad de adopción para esta población, indicando cuál ha sido el resultado de dichos proyectos.

[...]

Meses más tarde, la Secretaría General del Senado de la República informó que no existían iniciativas legislativas que regularan sistemática y organizadamente los derechos de las parejas del mismo sexo.

Indagando al respecto de las normas jurídicas propuestas, Gómez Álvarez y Parada Hernández (2012) dan cuenta de los proyectos presentados y no aprobados hasta la fecha:

Proyecto del representante a la Cámara Miguel Gómez (Partido de la U), en el que se crea la figura de unión civil, un contrato solemne por el cual dos personas mayores de edad, de igual o de diferente sexo, se unen con el fin de vivir juntos y de auxiliarse mutuamente, quedando obligados al reconocimiento de alimentos y a la sociedad contractual civil.

Un segundo proyecto, presentado por el representante Guillermo Rivera Flórez (Partido Liberal), propone modificar el artículo 113 del Código Civil, que reza: *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*, y el artículo 2 de la Ley 294, que desarrolla el artículo 42 de la Constitución, que indica: *“La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”* cambiando la expresión *“entre un hombre y una mujer”* por *“dos personas”*. Pretende otorgar a la unión entre parejas del mismo sexo los mismos derechos que tiene el matrimonio pero no se pronuncia sobre la adopción de menores.

Un tercer proyecto, presentado por los representantes Alfonso Prada y Carlos Amaya y los senadores Gilma Jiménez, Jorge Londoño, Iván Ñame, Félix Valera (Partido Verde) y Armando Benedetti (Partido de la U), propone la creación de una unión civil que otorga los mismos derechos a los dos tipos de pareja, pero con diferentes nombres.

Por último, el proyecto de ley presentado por los representantes Alba Luz Pinilla Pedraza e Iván Cepeda (Polo Democrático) propone modificar el

Código Civil, el Código de la Infancia y la Adolescencia y reconocer legalmente el matrimonio entre las parejas del mismo sexo, la adopción conjunta para ellas y determinar sus efectos legales.

El último proyecto presentado fue el presentado por la senadora Viviane Morales “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional por la cual se consagra la adopción de menores solo por parejas conformadas entre hombre y mujer” no fue aprobado en la Cámara de Representantes, razón por la cual no siguió su trámite. (Blu Radio, 10 de mayo de 2017)

En el año 2015, el Departamento Nacional de Planeación destaca la necesidad de adoptar una política pública que abarque la comunidad LGBTI. En este documento destacó la existencia de ella en Bogotá, Medellín y en el departamento del Valle del Cauca (DNP, 2015, p. 29). En el mismo señala la necesidad de la adopción de este instrumento teniendo en cuenta que es necesario:

Obtener respeto y reconocimiento de los sectores sociales LGBTI por parte de toda la sociedad. ii) Reconocer y garantizar los derechos de la población LGBTI por parte del Estado, sin discriminación de ningún tipo. iii) Superar la exclusión económica y social de las personas LGBTI en Colombia, así los gobiernos territoriales deben orientar la prestación de los servicios necesarios para brindar bienestar y proteger de posibles vulneraciones a esta población.

Igualmente afirma que un instrumento de esta naturaleza se debe tener en cuenta en relación con los sectores LGBTI, porque :

Las personas de los sectores sociales LGBTI han enfrentado una serie de problemas relacionados fundamentalmente con el fuerte rechazo, discriminación y estigmatización por parte de la sociedad debido a su identidad de género y orientación sexual.

Existe escasa capacidad por parte de funcionarias y funcionarios para responder a las diferentes necesidades de los sectores sociales LGBTI, principalmente demandas relacionadas con salud, seguridad, educación y trabajo.

Los sectores sociales LGBTI presentan una serie de barreras las cuales impiden que las personas con orientaciones e identidades sexuales diversas puedan ejercer efectivamente sus derechos.

Promover transformaciones en los imaginarios culturales que producen discriminación y prejuicios que se traducen personas LGBTI en todos sus planes, programas, proyectos y acciones sino también en vulneraciones de los derechos humanos de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales (LGBTI).

Los gobiernos territoriales no sólo deben incluir a las orientar acciones específicas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los sectores sociales LGBTI. (p.29).

De acuerdo con las recomendaciones del DNP(2015), el gobierno socializó un proyecto de adopción de una política pública (Presidencia de la República, 2016h) y profirió el decreto 762 el día 7 de mayo de 2018 (Presidencia de la República, 7 de mayo de 2018)

Es esta la última norma, la cual se anexa a este trabajo y de ella se espera que, en definitiva garantice, en la realidad, los derechos de la población LGBTI.

CONCLUSIONES

- 1- Es evidente, estudiando la historia de las comunidades diversas sexualmente, que lo que han conquistado, a la fecha es el resultado de factores concurrentes: el trabajo organizativo, de divulgación y de darse a conocer en la sociedad, unido al despliegue de las herramientas jurídicas que la Constitución de 1991 puso a su disposición, han sido fundamentales.

- 2- Igualmente la consagración constitucional que consideró la diversidad multicultural, los principios y derechos fundamentales, fueron otro factor de importancia primordial. Sin los instrumentos constitucionales, la lucha de la comunidad LGBTI, habría tardado más en dar sus frutos.

- 3- La labor de la Corte Constitucional que ha reconocido derechos a los homosexuales, lo cual no puede considerarse como una igualdad real y material, razón por la cual aún se presentan casos de discriminación contra estas parejas. Sin embargo, esta intervención ha servido de fundamento para que las actitudes

de magistrados, jueces y de la comunidad haya cambiado de manera tan importante.

4- Subsisten sectores de la sociedad colombiana que aún no están preparados para aceptar la diversidad sexual,. Es necesario un avance, no solo legislativo, sino social para garantizar derechos tan básicos como el derecho a la libre expresión de la personalidad o la autodeterminación para los miembros de la comunidad LGTBI.

5- Queda un largo camino por recorrer para que tanto la Corte como el Congreso de la República se decidan a garantizar de manera real y sin condiciones los derechos de los homosexuales.

6- La mayoría de los derechos reconocidos han sido vía jurisprudencial, no vía legislativa, lo cual es una clara muestra de la renuencia del legislador de crear normas que regulen estos comportamientos que cada vez son más comunes en la sociedad. El Decreto que estipula la creación de la política pública para la Comunidad LGTBI constituye una nueva herramienta que por llevar solo trece días de expedida ha permitido pensar en las personas pertenecientes a dicha comunidad podrán ser personas, como las demás, que viven su vida y materializan sus derechos sin requerir de acciones de tutela.

7-El desarrollo jurisprudencial corrobora la existencia de dos épocas en lo referente a los derechos de la comunidad LGBTI: una primera, cuya orientación es el reconocimiento de los derechos individuales y una segunda, en la cual se amplía

la mirada de la jurisprudencia sobre sus miembros y los enfoca como miembros que pueden conformar una familia.

Corroborar este examen la existencia de tres fundamentos constitucionales: la igualdad, la autonomía y la dignidad al considerar los derechos de la comunidad LGBTI. En esta perspectiva hay que decir que el derecho a la dignidad humana puede ser el que de manera más contundente ha permitido dicho reconocimiento y está en la perspectiva de que se haga lo propio con otras necesidades y aspiraciones de otros individuos de grupos diferentes que también requieren del respeto por parte de los demás ciudadanos.

El derecho a la igualdad, consagrado por el artículo 13 de la Constitución Política fue decisivo para considerar a estas personas como miembros legítimos de una familia y definir sus derechos patrimoniales, a la salud, a la pensión, al nombre. Se garantizó de esta manera la igualdad material de todos sus miembros.

El sistema constitucional colombiano privilegia al individuo: solo él lo ha diferenciado y con sus derechos claros y nítidamente definidos puede expresarse en forma libre, desarrollar su personalidad y optar por alternativas de vida como ser social. Es el sentido presente en esta sentencia: si los miembros de la comunidad LGBTI, sea cual sea su orientación necesitan y desean ser miembros de una pareja, la jurisprudencia reconoce en esta expresión individual la protección de la Constitución.

Al aplicarse con rigor la máxima de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual se dio vía para la consideración de las personas de la comunidad como ciudadanos que podían ejercer todos sus derechos, sin exclusión. Este

importante corte se da a partir del año 2007 con la Sentencia C-075 del 7 de febrero de este año.

La importancia de esta sentencia se da además por el número de organizaciones que se intervinieron a lo largo de la etapa, tanto organizaciones jurídicas como de miembros de la comunidad LGBT. Como se ha visto, esta organización monolítica en cuanto a su enfoque constitucional sobre la igualdad como seres humanos, se manifiesta en diversos colectivos que defienden sus objetivos.

Pero, no obstante, la existencia de dichos objetivos, existe un aglutinante en cuanto a que puedan comportarse y expresarse ante la sociedad y mediante los instrumentos normativos como parejas. En este sentido se considera este derecho como aquel que tienen como seres humanos.

A partir de la Sentencia C-075 de 2007, los pronunciamientos que le siguieron, al definir reglas sobre la sociedad marital, la afiliación al sistema contributivo de salud, el derecho a la pensión de sobrevivientes y a recibir cuota alimentaria, unificaron los criterios de respeto por la igualdad y el reconocimiento de cada ser como diferente a los demás, pero amparado por normas idénticas que le garantizan la vida, el patrimonio y lo que es fundamental la dignidad humana. En cada uno de los pronunciamientos de la Corte, lo que se observa es la defensa a ultranza de los derechos individuales, como bases fundamentales para asumir a las personas de la comunidad como miembros de las instituciones en todo orden, principalmente en el orden familiar.

El examen jurisprudencial muestra, como ya se dijo, un apoyo fundamental en el derecho al reconocimiento de la dignidad humana como fundamental. Un

reconocimiento también a la existencia de la diversidad en el plano del comportamiento sexual y a que éste no sea causal para que las personas puedan ejercer sus derechos.

Al hacer referencia a la familia, a la posibilidad de adoptar, al matrimonio, el modelo adoptado es el modelo familiar que se desarrolla alrededor de una pareja que decide unirse para convivir bajo un mismo techo, tener hijos y criarlos, tal como lo hacen las parejas heterosexuales. En este sentido, puede decirse que el reconocimiento ha sido más amplio en lo que tiene que ver con gays y lesbianas: son los modelos masculino y femenino, adoptados indistintamente los que priman frente a otros derechos que reclaman los colectivos bisexuales, transgeneristas e intergeneristas.

BIBLIOGRAFÍA

Albarracín C., M. (2010). Corte Constitucional y movimientos sociales: el reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. Revista Internacional de derechos humanos. [Versión digital] <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27671.pdf>

Albarracín C., M., Rivera R. J.C. (2010). ¿Cómo la Corte Constitucional salió del closet? Diez años de progresos constitucionales sobre diversidad sexual en Colombia. [Versión digital] <https://lasa.international.pitt.edu/otrossaberes/uploads/081710-malbarracin-y-jrivera -c-mo-la-corte-constitucional-sali-del-closet_final-2-1.pdf

Ámbito Jurídico (7 de julio de 2016) . Esto dice la histórica sentencia que garantiza el matrimonio igualitario. [Versión digital] <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/esto-dice-la-historica-sentencia-que-garantiza-el-matrimonio>

Becerra, D. (2010). Historia de la Policía y del Ejercicio del Control Social en Colombia. Prolegómenos – Derechos y valores. Volumen XIII, nº 26. [Versión digital] <<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2425/2118>

Bernal Pulido, C. (2010) La metafísica de los derechos humanos. Revista Derecho del Estado Nº 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. [versión digital] <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2569/2211>

Bernal Pulido, C. (2014). El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. p. 58. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>

Bernate O., F. (2004) El Código Penal Colombiano de 1890. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 537-558. Retrieved April 29, 2018, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792004000200017&lng=en&tlng=es.

Bonilla D. (2008) Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público: la historia de la sentencia C-075/07. En: *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad*. Universidad de los Andes-Colombia Diversa. Bogotá. .

Bonilla, D. (2010) Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. *Anuario de Derechos Humanos*, Bogotá

Bustamante T., W. A.(2011). La Corte Constitucional y su tarea de renombrar los derechos humanos de la diversidad sexual y de género. *Revista Electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. U de A., Número 7, año 2. En

Bustamante T., W. A.(s.f) Homoerotismo y homofobia en Colombia: una visión histórica.

<http://www.ucaldas.edu.co/docs/seminario_familia/HOMOEROTISMO_HOMOFOBI_A_COLOMBIA_Walter_Bustamante.pdf

Bustamante Tejada, Walter. (sf). El invento del homosexual, una tradición de persecución; la invisibilidad una forma de resistencia: _ discursos en la construcción de las homosexualidades. [Versión digital]<<http://bdigital.unal.edu.co/1539/16/15CAPI14.pdf>

Colombia Diversa (2005) Voces Excluidas. Legislación y Derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y transgeneristas en Colombia. [Versión digital] <<http://bdigital.unal.edu.co/45584/1/Vocesexcluidaslegislacionyderechos.pdf>

Correa M., G.A. (2015). Raros. Historia Cultural de la homosexualidad en Medellín, 1890-1980. Tesis doctoral en Historia, Línea de Historia Social y de la Cultura. Universidad Nacional de Colombia, sede de Medellín. [Versión digital] <<http://bdigital.unal.edu.co/50960/1/71394345.2015.pdf>

Congreso de la República de Colombia (1936). Ley 95 de abril 24 sobre el Código Penal.

Dejusticia, Rodríguez G., C., Sánchez L., N:C. (2014). Un balance agridulce. *Colaboraciones Sur Norte*. [Versión digital] <<https://www.dejusticia.org/column/un-balance-agridulce/>

Departamento Nacional de Planeación (2015) Normatividad, documentación relevante y lineamientos de política pública desde las competencias de los gobiernos territoriales, en relación con los temas de: equidad de género, embarazo en la adolescencia y población LGBTI. <

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Social/9.%20Normatividad%20Documentacion%20y%20Lineamientos%20PDTerritorial%20-%20G%C3%A9nero.pdf>

Giraldo B., C (2001) Homoerotismo femenino en la Nueva Granda. Escrito a partir de la tesis de Grado Deseo y represión: homoeroticidad en la Nueva.

Gámez R. C.A. (2008). Logros y desafíos del Movimiento LGBT de Bogotá para el reconocimiento de sus derechos. Una mirada desde la acción colectiva, las estructuras de oportunidad y la política cultural. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Bogotá [Versión digital <<http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis178.pdf>

Gómez Álvarez, J. C., Parada Hernández M.M. (2012) Los nuevos retos del legislativo en materia de derechos de las familias LGTBI en Colombia. En reflexiones sobre la libertad de expresión. [versión digital] < http://editorial.urosario.edu.co/pageflip/accesoabierto/Reflexiones_sobre_la_libertad.pdf#page=14

Gómez E., J.A. (2012). Ordenando el orden: la policía en Medellín 1926-1914. Funciones y estructuras. Tesis de Maestría en Historia, Universidad Nacional de Colombia, Medellín. [Versión digital] <<http://www.bdigital.unal.edu.co/6029/1/98496275.2012.pdf>

Lemaitre R., J. (2009) El amor en tiempos de cólera: Derechos LGTB en Colombia. Revista Internacional de Derechos Humanos. [Versión digital] < http://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/es_05.pdf

Londoño Jaramillo, Mabel, (2012). Derechos de las parejas del mismo sexo. Un estudio sobre la jurisprudencia de Corte Constitucional Colombiana. Revista Opinión Jurídica, Vol. 12, N° 22. [Versión digital] <<http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/552/499>

Periódico El Espectador (de mayo de 2015). Los 73 triunfos de los LGBTI.[Versión digital]

<<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-73-triunfos-de-los-lgbti-articulo-558170>

Presidencia de la República (2016). Proyecto de decreto “por el cual se adopta la Política Pública Nacional para el ejercicio pleno de los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI). [Versión digital] <https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/proyecto_decreto_politica_publica_lgtbi_1.pdf

Presidencia de la República (febrero 9 de 2016). Con nueva política Pública el Gobierno Nacional garantiza derechos de la Comunidad LGBTI. [Versión digital] <<http://es.presidencia.gov.co/sitios/busqueda/noticia/Con-nueva-politica-publica-el-Gobierno-Nacional-garantiza-derechos-de-la-Comunidad-LGBTI/Noticia>

Presidencia de la República (7 de mayo de 2018). Decreto número 762, por el cual se adiciona un capítulo al Decreto 1066 de 2015, Único Reglamentario del Sector Interior, para adoptar la Política Pública para la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de las personas que hacen parte de los sectores sociales LGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas. [Versión digital] <<http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20762%20DEL%2007%20DE%20MAYO%20DE%202018.pdf#search=LGBTI>

República de Colombia (sf) Código Penal de 1890
https://archive.org/details/codigo_penal_colombiano_1890

Rincón P., G. (20 de agosto de 2015). Intervención del doctor Germán Rincón. En <
<https://www.youtube.com/watch?v=-pt74wjQfl4>

Romero R. O.V. (2014). La comunidad LGBTI en Colombia: un estudio socio jurídico sobre la realidad del matrimonio. Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho. [Versión digital]
<<http://metadirectorio.org/bitstream/10983/2632/1/la%20comunidad%20LGBTI.pdf>

Tamayo B. L. (2015). Avances del derecho a la identidad de género en el derecho colombiano y en el Sistema Interamericano de derechos humanos. Trabajo de grado, Facultad de Derecho, UPB [Versión digital]
<<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2687/Art%20C3%20ADculo%20Grado%20Laura%20Tamayo%20Revisado.pdf?sequence=1>

CORTE CONSTITUCIONAL

Anteriores a 2006, citadas en el texto

SU-168 (1999) M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
SU-047 (1999) M.P. Alejandro Martínez Caballero
SU-640 (1998) M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
T-961 (2000) M.P. Alfredo Beltrán Sierra
T-937 (1999) M.P. Alvaro Tafur Galvis
Auto A-016 (2000) M.P. Alvaro Tafur Galvis
C-022 (2001) M.P. Cristina Pardo Schlesinger
T-1003 (2000) M.P. Alvaro Tafur Galvis
T-539 (1994) M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
T-268 (2000) M.P. Alejandro Martínez Caballer
T-301 (2004) M.P. Eduardo Montealegre Lynnet

POSTERIORES A 2006

C-075 (2007) M.P. Rodrigo Escobar Gil
C- 811 (2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
T-856 (2007) M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
C- 336 (2008) M.P. Clara Inés Vargas Hernández
C-798 (2008) M.P. Jaime Córdoba Triviño
T-1241 (2008) M.P. Clara Inés Vargas Hernández
C-029 (2009) M.P. Rodrigo Escobar Gil
C-577 (2011). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
T- 611 (2013) M.P. Nilson Pinilla Pinilla
SU- 617 (2014) M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
T- 935 (2014) M.P. Mauricio González Cuervo
C- 683 (2015) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
SU- 214 (2016) M.P. Alberto Rojas Ríos

