

## ¿Cómo la Corte Constitucional salió del closet?

### Diez años de progresos constitucionales sobre diversidad sexual en Colombia

**Mauricio Albarracín Caballero\***  
**Juan Camilo Rivera Rugeles\*\***

Walt Whitman no tenía un buen concepto del derecho. “Mantener a los hombres juntos por el papel y el sello o por la fuerza no cuenta”, escribió. “Eso solo mantiene unidos a aquellos hombres que están congregados en un principio de vida”, y llegó a afirmar que sólo los poetas, y no los jueces, podían suministrar ese “algo”. Aquí, creo yo, Whitman subestima la fuerza social de “el papel y el sello”. El papel y el sello, aunque seguramente necesitan ser implementados para convertirse en más que palabras sobre el papel, en todo caso tienen un gran poder expresivo y dignatario. Por lo general, también tienen gran poder práctico. No debemos pensar que el cambio legal puede generar un cambio social por sí solo. Ello no sucedió con la raza, y no sucederá aquí. El derecho, sin embargo, puede establecer parámetros que expresan el mismo respeto, señalando ciertos arreglos odiosos como fuera de límites y garantizando a todos los ciudadanos la igual protección de las leyes existentes. De esta forma el derecho protege los derechos de los vulnerables, y envía una señal a la sociedad entera de que la libertad y la igualdad están hechas para todos nosotros (Nussbaum 209)<sup>1</sup>.

### Introducción

Estudiamos derecho en la década pasada, y durante nuestras clases se discutía mucho sobre temas socialmente controvertidos, por ejemplo sobre el aborto, los derechos de los homosexuales, o la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Sobre estos temas en particular los libros tradicionales que estudiamos sobre derecho constitucional, penal o de familia determinaban en brevísimas menciones que no existía excepciones para el aborto; que el servicio militar era absolutamente obligatorio y que estaba por encima de las propias ideas sobre la guerra; y que los homosexuales tenían algunos derechos, pero no todos.

Diez años después sentimos gran alegría de leer la sentencia C-728 de 2009, en la cual la Corte Constitucional corrige su jurisprudencia sobre la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, y afirma que el derecho existe y que además puede ser reclamado mediante acción de tutela. También sentimos satisfacción, aunque no

---

\* Abogado de la Universidad Industrial de Santander. Investigador del Centro de Estudios Socio-Jurídicos – CIJUS y estudiante de la maestría en derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Parte de la investigación de este artículo hace parte del proyecto de maestría “Corte Constitucional y movimientos sociales: El caso de la movilización legal para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo” dirigido por la profesora Julieta Lemaitre y del proyecto “Movilización legal e incidencia política del movimiento LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas) en Colombia: experiencias prácticas para el reconocimiento de las parejas del mismo sexo” financiado por la iniciativa Otras Américas / Otros Saberes de la Latin American Studies Association (LASA). Contacto: [malbarracin@gmail.com](mailto:malbarracin@gmail.com); <http://malbarracinc.blogspot.com/>

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario. Miembro de la Comisión Colombiana de Juristas. Contacto: [jcrivera182@hotmail.com](mailto:jcrivera182@hotmail.com)

<sup>1</sup> Traducción libre de los autores.

completa, por la sentencia C-355 de 2006, que estableció que las mujeres tenían derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en tres casos excepcionales: cuando exista peligro para la vida y salud de la mujer; cuando el embarazo sea producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento; y cuando exista una malformación del feto incompatible con la vida. Por supuesto, también nos alegran mucho las sentencias sobre parejas del mismo sexo, en particular la primera, la C-075 de 2007, en la cual la Corte reconoció por primera vez que las parejas del mismo sexo existían y que tenían derechos patrimoniales. Estos tres temas tienen vínculos muy relevantes: la Corte ya se había pronunciado sobre ellos en la década anterior, sobre los tres existía una discusión social importante, y son asuntos que generan debates sobre la libertad personal y los derechos fundamentales. Eran tres deudas de la Corte, las cuales fueron saldadas parcialmente.

En este artículo analizamos uno de esos temas: las sentencias de la Corte Constitucional sobre diversidad sexual en los últimos diez años, principalmente mostrando que parte de la deuda con los derechos de las personas LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas) se ha pagado, e indicando luego cuáles son las cuotas pendientes. Sostendremos que esta década ha sido de progreso en la Corte Constitucional, al cumplir con algunas de las promesas de igualdad establecidas en la Constitución de 1991. El período de estudio será analítico, y se amplía un poco más de la década cronológica. Se analizará el conjunto de sentencias iniciadas con la C-481 de 1998, que eliminó el “homosexualismo” como falta disciplinaria de los docentes, y que culmina con la sentencia C-802 de 2009, en la cual la Corte se abstuvo de estudiar una demanda sobre la adopción conjunta de parejas del mismo sexo.

En la primera parte del artículo describimos las sentencias en cuatro grupos temáticos. En primer término, las sentencias sobre los derechos de parejas del mismo sexo, tema que sin duda fue el centro de la polémica en el período de estudio y que sigue sin resolverse totalmente. En segundo término, los pronunciamientos de la Corte relacionadas con la dimensión pública de la orientación sexual. En tercer término, las decisiones judiciales que protegen a las personas LGBT frente a la violencia y el abuso policial. Finalmente, en cuarto término se analizan las sentencias sobre protección de derechos sociales, especialmente en materia de discriminación educativa y laboral.

En la segunda parte de artículo exploramos cuatro factores que posibilitaron este progreso legal. En particular se profundiza sobre la movilización social a favor de los derechos de la población LGBT; la mayor presencia y mejor cobertura en los medios de comunicación sobre los derechos de la población LGBT; la inactividad legislativa en protección de los derechos de esta población, así como los factores institucionales y del contexto político que influenciaron esta decisión; y finalmente, las nuevas articulaciones y evoluciones del derecho constitucional y del derecho internacional sobre la igualdad y la no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

Finalmente, en la tercera parte hacemos un balance crítico de las decisiones de la Corte sobre la estrategia de elusión a la discusión sobre el derecho a la familia de las parejas del mismo sexo; la forma como la Corte ha abordado las distintas formas de discriminación al no producir una sentencia con órdenes generales o de carácter estructural que ayuden a generar o activen las políticas públicas para erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad de género; la ausencia de decisiones

sobre derechos económicos, sociales y culturales de las personas LGBT; y la falta de entendimiento de identidad de género y las consecuencias para la protección constitucional sobre las personas transgeneristas.

## **1. Jurisprudencia constitucional**

### **1.1 Derechos de las parejas del mismo sexo**

Los derechos de las parejas del mismo sexo han tenido un importante debate al interior de la Corte, la cual ha adoptado diversas decisiones judiciales desde el año 1996, que pueden ser divididas en tres períodos, los cuales serán expuestos a continuación.

#### *Negación de los derechos de las parejas (1996-2007)<sup>2</sup>*

La Corte Constitucional decidió en la sentencia C-098 de 1996 una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la ley 54 de 1990, la cual regula la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales. En esa oportunidad, concluyó que esa ley no era discriminatoria para las parejas del mismo sexo, debido a que era una norma establecida para proteger a la familia heterosexual que no se constituía por el vínculo matrimonial y que el legislador debía resolver la discriminación de cada grupo poblacional según su margen de configuración. No obstante, la sentencia dejó abierta la discusión para el caso en el que se lograra probar la intención discriminatoria de la ley o sus efectos negativos sobre las parejas homosexuales.

Durante varios años este tema no volvió a ser conocido por la Corte Constitucional, hasta el año 2000, cuando se produjeron una serie de reclamaciones relacionadas con la afiliación a la seguridad social en salud en el régimen contributivo. El primer caso conocido por la Corte se trató de una pareja del mismo sexo que llevaba cinco años de convivencia, en la que uno de los compañeros fue afiliado por el Instituto de Seguros Sociales como beneficiario y posteriormente la misma entidad lo desafilió. En la sentencia T-618 de 2000, la Corte Constitucional decidió que se violaba el debido proceso ya que se estaba quebrantando el principio de buena fe y la entidad debía iniciar una acción judicial para revocar el acto propio. Sobre el tema de las parejas del mismo sexo, la Corte no analizó la materia, debido a que se trataba de una cuestión de constitucionalidad que no era viable analizar en sede de tutela.

Posteriormente, en las sentencias T-999 y T-1426 del 2000, estudió casos de parejas del mismo sexo que solicitaban la afiliación de uno de los compañeros como beneficiarios de la seguridad social en salud, pero la Corte negó esta protección argumentado que la familia protegida era la heterosexual, y que la expresión “compañero permanente” contenida en la ley 100 de 1993 se predicaba de personas de sexo opuesto. Esta discusión llegó a la Sala Plena de la Corporación y en la sentencia SU-623 de 2001 cerró (temporalmente) el debate y negó los derechos a una pareja del mismo sexo que buscaba la afiliación a la seguridad social de uno de sus miembros. En esta oportunidad la Corte recordó que el Congreso tiene una amplia configuración legislativa en materia de seguridad social y que en este caso no se trataba de un acto discriminatorio, sino simplemente de la protección de la familia heterosexual, la cual no puede ser equiparada a las parejas del mismo sexo.

---

<sup>2</sup> Algunos trabajos académicos han analizado este período del precedente constitucional (Motta 1998) (Moncada 2002) (Estrada 2003) (Céspedes 2004).

Este mismo año se pronunció sobre el derecho a la adopción conjunta por parte de dichas parejas, y consideró que no debía reconocerse este derecho puesto que la familia protegida en la Constitución colombiana es únicamente la heterosexual y monogámica (C-814 de 2001). Años después se produjo una sentencia sobre el derecho de residencia (T-725 de 2004) y sobre el derecho a la sustitución pensional (T-856 de 2006), en las cuales también se negaron los derechos para las parejas del mismo sexo. Todas estas decisiones fueron muy divididas (con votaciones de 5-4 o 2-1, según el tipo de caso) y enfrentaron dos formas de abordar los derechos de las personas LGBT. Mientras los magistrados conservadores insistían en que la Constitución sólo protege la familia heterosexual y que por tanto cualquier discusión legal sobre este tema debe darse mediante reconocimiento legislativo debido a que no hay violación de ningún derecho fundamental, los magistrados progresistas insistían que la Constitución protege la familia conformada por parejas del mismo sexo y que las leyes que no reconocen los derechos de estas parejas son inconstitucionales debido a que vulneran los derechos fundamentales, especialmente la igualdad y la no discriminación, así como el derecho de autonomía personal (Lemaitre 2005).

*Reconocimiento de los derechos básicos de los compañeros permanentes del mismo sexo (2007-2009)*

La sentencia C-075 de 2007 dio un giro trascendental en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, y a partir de ella se empezó a corregir la anterior jurisprudencia de la Corte Constitucional que no les reconocía ningún derecho (Albarracín y Azuero 2009). Dentro de la lógica de estudiar cada ámbito de regulación (un problema a la vez), la Corte Constitucional decidió en la sentencia C-075 de 2007 que las parejas del mismo sexo tendrían derechos patrimoniales si cumplían con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 54 de 1990 para las uniones maritales de hecho de las parejas heterosexuales (Bonilla 2008). Sólo un mes después, el 5 de marzo de 2007, se presentó una demanda contra el artículo 163 de la ley 100 de 1993, pidiendo que se ampliará el derecho de afiliación a la seguridad social en salud para las parejas del mismo sexo. Por su parte, Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia- y el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes - GDIP - presentaron el 30 de agosto de 2007 una nueva demanda de inconstitucionalidad, que buscaba el reconocimiento de la seguridad social tanto en afiliación en salud como en pensión de sobreviviente.

Las acciones constitucionales descritas condujeron a las sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008, que reconocieron el derecho a la afiliación en salud y pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo. Posteriormente, una ciudadana demandó la norma del Código Penal que sancionaba la inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes y excluía a las dichas parejas. La Corte en la sentencia C-798 de 2008 determinó que la norma era discriminatoria y que debía ampliarse la protección a las parejas del mismo sexo en relación a las obligaciones alimentarias. Sin embargo, el Tribunal usó una estrategia argumentativa que dejaba en la incertidumbre a las parejas del mismo sexo y además no garantizaba todos los derechos de la unión marital de hecho, de acuerdo con la cual cada tema debería estudiarse a la vez y en cada ámbito de regulación.

Así, durante los años 2007 y 2008, la Corte Constitucional había establecido igualdad de derechos de las parejas del mismo sexo en tres ámbitos de regulación: patrimonial,

seguridad social y obligaciones alimentarias. Esta situación generó la necesidad de aclarar cuál sería el criterio constitucional para definir los derechos y obligaciones de las parejas del mismo sexo frente a otros derechos y obligaciones en los cuales la Corte no se hubiese pronunciado. Con este propósito, Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia- y el Grupo de Derecho de Interés Público – GDIP-, formularon una demanda contra disposiciones normativas contenidas en 26 leyes, en las cuales se reconocían derechos, beneficios y se imponían cargas para las parejas heterosexuales, con exclusión de las parejas del mismo sexo. Entre los temas regulados por esas normas se encontraban los siguientes: patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar; obligación de prestar alimentos; derechos de carácter migratorio para las parejas homosexuales y derecho a residir en el Departamento de San Andrés y Providencia; garantía de no incriminación en materia penal; beneficio de prescindir de la sanción penal; circunstancias de agravación punitiva; derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de crímenes atroces; protección civil a favor de víctimas de crímenes atroces; prestaciones en el régimen pensional y de salud de la fuerza pública; subsidio familiar en servicios; subsidio familiar para vivienda; acceso a la propiedad de la tierra; beneficiarios de las indemnizaciones del SOAT por muertes en accidentes de tránsito, y deberes relacionados con el acceso y ejercicio de la función pública y celebración de contratos estatales.

El 28 de enero de 2009 la Corte profirió la sentencia C-029 de 2009<sup>3</sup>, en la cual declaró la exequibilidad condicionada de la totalidad de las normas demandadas<sup>4</sup>, “en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones[,] a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”<sup>5</sup>. En el comunicado de prensa que anunciaba la decisión, reiteró su línea jurisprudencial sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, establecida en la sentencia C-075 de 2007, y en consecuencia reconoció que todas las normas acusadas generaban una discriminación contra los compañeros permanentes del mismo sexo. El alto tribunal fue enfático en afirmar que “según reiterada jurisprudencia, las parejas gozan de los mismos derechos y beneficios y tienen las mismas cargas, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales”<sup>6</sup>. La Corte por tanto eliminó “la interpretación violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato y en consecuencia declaró la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo”<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. El magistrado Nilson Pinilla Pinilla manifestó su salvamento parcial de voto. El magistrado Rodrigo Escobar Gil expresó que presentaría una aclaración de voto en relación con los fundamentos de la decisión. Finalmente, el magistrado Jaime Araujo Rentería anunció la presentación de una aclaración de voto en relación con los conceptos de familia y matrimonio a la luz de la Constitución Política.

<sup>4</sup> La Corte no estudió el concepto de familia, ni los distintos tipos de familia protegidos a la luz de la Constitución Política, teniendo en cuenta que no se configuró un cargo de constitucionalidad sobre esta materia, y además por ser una cuestión que no resulta relevante para el problema jurídico planteado.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, comunicado de prensa No.01, 28 de enero de 2009. Sentencia C-029 de 2009, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

En la decisión, la Corte eludió la discusión sobre el concepto de “familia” y reiteró su precedente conformado por cuatro proposiciones: en primer lugar, la discriminación por orientación sexual está prohibida por la constitución. En segundo lugar, existen diferencias entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales y reiteró que no existe un imperativo constitucional para dar igual tratamiento a unas y otras. En tercer lugar, que corresponde al legislador establecer las medidas de protección a los grupos sociales y avanzar en contra de la discriminación. Finalmente, toda diferencia de trato entre grupos que sean asimilables sólo es constitucional si obedece a un principio de razón suficiente<sup>8</sup>.

Señaló también que debe aplicarse un test estricto cuando se establezca una diferenciación en razón de la orientación sexual de las personas, lo cual aplica tanto a los derechos como individuos y a la diferencia de trato entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales. Además, la Corte recordó que la protección y definición de la familia puede dar lugar a que se establezcan protecciones especiales a su favor, sin que ello pueda considerarse como discriminatorio.

A pesar de la ambigüedad de los criterios jurisprudenciales, la Corte se pronunció a favor de todas las pretensiones de la demanda y adoptó decisiones que vale la pena destacar. La sentencia extendió sus efectos a ámbitos considerados propios de la familia heterosexual, tales como la violencia intrafamiliar, la obligación alimentaria, el subsidio familiar, el patrimonio de familia inembargable y la afectación de vivienda familiar. Además, estudió la expresión “hogar” de la ley sobre el subsidio de vivienda lo cual permite formular nuevas demandas de inconstitucionalidad que reconozcan los derechos de las parejas del mismo sexo. Por otra parte, al ampliar los derechos de las víctimas a las parejas del mismo sexo, en particular los establecidos en la ley 387 de 1997 sobre el desplazamiento forzado y la ley 975 del 2005 o “ley de justicia y paz”, se aporta para el avance en la investigación y sanción de estos crímenes contra la población de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado (Payne 2007). Otro gran avance de la sentencia es la incorporación de deberes para las parejas del mismo sexo, con lo cual se garantiza la transparencia y la imparcialidad en la administración pública. Finalmente, la Corte se pronunció sobre el régimen de seguridad social de las Fuerzas Militares, avanzando en la unificación de los regímenes especiales y exceptuados de seguridad social en relación con la afiliación de los compañeros del mismo sexo.

Este proceso de reconocimiento de derechos fue progresivo y cada vez más se fortaleció la protección de estas parejas. Muy rápidamente y con el impulso de los activistas, en una coherente jurisprudencia la Corte Constitucional profirió ocho sentencias (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-029 de 2009 y T-911 de 2009) que transformaron radicalmente el estatus legal de las parejas del mismo sexo y reconocieron para éstas derechos y obligaciones (Albarracín & Azuero 2009).

---

<sup>8</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-029 de 2009. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

*Retos de las parejas: garantía efectiva de los derechos y el derecho a la familia (2009-2010)*

Después de haberse producido este precedente la Corte entró en una nueva etapa marcada por dos rasgos. Por una parte, el Tribunal tuvo que conocer casos de garantía efectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo, especialmente en materia pensional. Por otra parte, conoció una demanda sobre la adopción conjunta de parejas del mismo sexo, y hacen curso actualmente dos demandas sobre el derecho al matrimonio. También está estudiando un caso de adopción consentida de la hija biológica de la compañera permanente.

En relación con la implementación y consolidación del precedente sobre los derechos reconocidos previamente, la situación no ha sido del todo afortunada. En enero del 2010, la Corte Constitucional dio a conocer la sentencia T-911 de 2009, aprobada por una de las salas de revisión de la Corte Constitucional y conformada por los magistrados Jorge Iván Palacio, Humberto Sierra Porto y Nilson Pinilla Pinilla, este último ponente de la decisión, la cual no tuvo ni aclaraciones, ni salvamentos<sup>9</sup>. Se trataba de un caso de un compañero del mismo sexo que reclamaba la pensión de sobreviviente de su pareja, con quien convivió 26 años. La Corte negó la protección de los derechos con dos argumentos. El primero, el cual parece ser la *ratio decidendi* (razón para decidir) de la sentencia, se relaciona con la falta de procedibilidad de la acción de tutela, debido a que el solicitante no tendrá ningún perjuicio irremediable, por cuanto es profesional y puede trabajar. Agrega además la Corte: “el solo hecho de tratarse de un homosexual no confiere una prelación especial en circunstancias como estas”<sup>10</sup>. Por otra parte, la Corte presenta un argumento de fondo, según el cual no debe otorgarse el derecho a la pensión de sobreviviente porque la sentencia C-336 de 2008 tiene efectos hacia el futuro y por tanto no protegería la situación del accionante. También se pronunció sobre la necesidad de acreditar la existencia de la unión marital de hecho como requisito para acceder a la pensión de sobreviviente, mediante una única prueba, es decir, la declaración conjunta de los integrantes de la pareja. Este asunto ampliamente analizado no es tenido en cuenta en la decisión del caso por lo que podrían considerarse *obiter dicta* (dichos de paso) de la decisión.

La sentencia T-911 de 2009 es un retroceso y una evidencia de lo problemático e inestable del precedente constitucional. Retornamos a la discriminación contra las parejas del mismo sexo, esta vez por vía de la implementación de una decisión anterior favorable. Es una discriminación que hace ineficaz la sentencia de pensión de sobreviviente (C-336 de 2008) debido a que las personas quienes vivían en pareja, y cuyo integrante pensionado hubiere fallecido antes del 16 de abril del 2008, no podrán acceder a dicha pensión. Adicionalmente, es indispensable que las parejas acudan ante la notaría a declarar su unión, so pena, de no ser reconocido su derecho a la pensión de sobreviviente. Esta sentencia es una pieza de la historia jurisprudencial de la injuria contra la población de gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas.

---

<sup>9</sup> Durante el trámite en la Corte Constitucional, la organización Colombia Diversa, el Programa Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes y el abogado Germán Humberto Rincón Perfetti presentaron *amicus curiae* abogando para la protección de los derechos del accionante.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-911 de 2009, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

Por otra parte, los triunfos judiciales en torno a las parejas del mismo sexo crearon un entusiasmo constitucional entre algunos ciudadanos y demandantes. Fue así como un ciudadano interpuso el 11 de agosto de 2008 una demanda para el reconocimiento de la adopción conjunta por parte de las parejas del mismo sexo.

Este debate ha tenido un giro científico en la cuestión de constitucionalidad sobre la adopción. El Magistrado Eduardo Mendoza, a quien le correspondió elaborar la ponencia de la sentencia, decidió convocar a las facultades de psicología del país para que realizaran “un concepto de carácter científico, con respecto al posible efecto que, en el desarrollo integral del menor, puede tener el hecho de ser adoptado y convivir con parejas de un mismo sexo, específicamente, indicando su posible incidencia en el proceso de entendimiento de los roles de padre y madre, y en la formación de su identidad sexual”. Las universidades que conceptuaron favorablemente a la adopción de las parejas del mismo sexo fueron: Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Universidad Nacional y la Universidad del Valle. Por su parte conceptuaron negativamente las siguientes: Universidad de la Sabana, Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, Universidad del Valle, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Este giro a la ciencia en la definición del caso podría haber generado una decisión judicial en la cual se mezclará derecho, ciencia e ideología. No obstante, la Corte se inhibió de producir un pronunciamiento debido a que no se demandaron todas las disposiciones normativas relativas a la adopción, y por tanto el debate sobre el particular sigue abierto (C-802 de 2009).

Más recientemente, un grupo de ciudadanos interpusieron demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil para que se permitiera el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Como en la demanda sobre adopción, los demandantes van al centro de la cuestión del derecho a la familia (D-7882 y D-7909).

Otro caso que la Corte tendrá que decidir se relaciona con la adopción consentida de la hija biológica de la compañera permanente del mismo sexo. A diferencia de la adopción conjunta, en este caso la madre biológica debe dar el consentimiento para que la compañera permanente adopte a la hija. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se negó a iniciar el procedimiento de adopción y por esta razón la pareja interpuso una acción de tutela. Los jueces de instancia ordenaron iniciar el trámite de adopción pero a la fecha no se ha cumplido la orden. La Corte actualmente estudia el caso y, como lo hizo en la demanda de adopción reseñada, invitó a expertos a participar de este proceso (expediente T-2597191).

Estos casos son un gran reto para la nueva Corte porque pondrán a prueba dos cuestiones. La primera es la consolidación y ampliación del precedente sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, y tendrá que demostrar que no se trata de sentencias de papel y que el precedente será progresivo. La segunda cuestión está relacionada con el derecho a conformar una familia y el reconocimiento de plenos derechos para las parejas del mismo sexo.



## 1.2 Dimensiones públicas de la homosexualidad: profesores, militares, boy scout, y espacio público

El grupo de sentencias analizado en este apartado se refiere a las dimensiones públicas de la homosexualidad. Gran parte del debate sobre la orientación sexual se refiere a la expresión pública, especialmente en ciertas profesiones y en el espacio público. De hecho, la existencia de prohibiciones para que homosexuales pertenezcan a las fuerzas militares o sean profesores es la prueba del peso de estos prejuicios. La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre el caso de los profesores homosexuales (C-481 de 1998), integrantes homosexuales de las fuerzas militares (C-507 de 1999, C-431 de 2004), la homosexualidad como inhabilidad para ejercer el cargo de notario (C-373 de 2002), la permanencia de homosexuales dentro de la asociación Scout (T-808 de 2003) y la posibilidad de realizar la marcha del orgullo gay (T-268 de 2000). A continuación se hará un breve comentario de cada uno de estos fallos.

El 1 de septiembre de 1998 a las 8:30 de la mañana en su sala de audiencias, la Corte Constitucional decidió escuchar en audiencia pública a expertos, agremiaciones relacionadas con la educación, y autoridades públicas, sobre una demanda de inconstitucionalidad contra una norma que sancionaba el “homosexualismo” como falta docente<sup>11</sup>.

Durante dos horas se presentaron diversas opiniones sobre el particular, pero se recuerda especialmente la aparición de la directora del grupo de lesbianas “Triángulo Negro”, quien además era profesora. Ella se presentó encapuchada a dar su discurso, así inició sus palabras: “soy lesbiana y maestra vinculada al sector oficial, cubro mi rostro por el temor a ser sancionada por mi orientación sexual y por la discriminación a la que puedo ser objeto por parte de la comunidad educativa y por la sociedad en general”<sup>12</sup>.

También el grupo El Discípulo Amado presentó a la Corte “dos textos escritos por maestros de educación media y superior en ejercicio, miembros de la COMUNIDAD DEL DISCIPULO AMADO, quienes como inicialmente señalé están constreñidos por circunstancias injustas que los obligan a abstenerse de publicar sus nombres”<sup>13</sup>. Estos escritos se titulan: “Panorama laboral: los derechos del profesor homosexual” y “El trabajo, la vida y los homosexuales”, este último firmado de la siguiente manera: “anotaciones de un educador profesional de vida ejemplar, con muchos años de experiencia intachable en el magisterio”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> En el auto de convocatoria a la audiencia fueron citadas también las siguientes organizaciones: grupo GAEDS de la Universidad Nacional, grupo GADOS de la Universidad de los Andes, grupo Equiláteros (Manuel Velandía), grupo Triángulo Negro, Grupo Sol (Solidaridad lésbica). También se solicitaron conceptos científicos a la Universidad Nacional y ala Universidad de los Andes acerca de aspectos psicológicos y genéticos de la homosexualidad.

<sup>12</sup> Escrito presentado por la organización Triángulo Negro. Folio 134. Expediente de la sentencia C-481 de 1998.

<sup>13</sup> Escrito presentado por la organización El Discípulo Amado Folio 153. Expediente de la sentencia C-481 de 1998.

<sup>14</sup> Escrito presentado por la organización El Discípulo Amado Folio 159. Expediente de la sentencia C-481 de 1998.

Ese día fue la salida del closet de todo un movimiento. El diario *el Tiempo* de aquella época tituló: “maestros gay se defienden en audiencia pública”. Así reportó este diario el suceso:

“Con la cara tapada con una máscara negra, una profesora lesbiana se presentó ayer ante la Corte Constitucional para defender su derecho a enseñar y no sufrir represalias por sus preferencias sexuales. Cubro mi rostro por el temor a ser sancionada por mi orientación sexual y por la discriminación de que puedo ser objeto por parte de la comunidad educativa, dijo al iniciar su intervención. Como ella, un grupo de homosexuales se pronunció ayer con todo tipo de argumentos psicológicos, jurídicos, antropológicos y frases de personajes históricos como Mahatma Gandhi y Winston Churchill, contra la norma del Estatuto Docente que considera el homosexualismo como una causal de mala conducta. Señores magistrados: estoy seguro de que a ustedes les gustaría que personajes como Sócrates, Oscar Wilde, Leonardo Davinci o Martina Navratilova fueran los profesores de sus hijos en temas tan diversos como filosofía, literatura, arte o deportes. Pues bien, todos ellos eran homosexuales, aseguró uno de los representantes de las organizaciones gay”<sup>15</sup>.

Esta audiencia es la *síntesis escénica* de la relación que la Corte y la comunidad LGBT iniciaron a partir de esa sentencia. Tanto los jueces y la comunidad LGBT quedaron unidas por la injusticia que se ejercía contra unos y los derechos que debían reconocer los jueces. La Corte Constitucional de Colombia abrió un camino importante al darle voz y rostro a quienes sufrían discriminación y violencia.

No sólo la audiencia es significativa, sino también la sentencia que resultó de este proceso, la C-481 de 1998. La Corte Constitucional resolvió esa demanda de inconstitucionalidad en la sentencia C-481 de 1998, y acogió los planteamientos del demandante, declarando que establecer el homosexualismo como causal de mala conducta vulneraba los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la opción sexual, y afirmó que “[n]ormas como la acusada derivan [...] de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país”<sup>16</sup>.

Este pronunciamiento es la hoja de ruta de la defensa de la libre opción sexual y la lucha contra la discriminación por orientación sexual. Varias razones sustentan este planteamiento. En primer lugar, la sentencia determina la protección constitucional de la orientación sexual sin importar su origen biológico o cultural. De hecho la Corte consideró que la orientación sexual tiene una doble protección constitucional. En su decisión recogió de forma completa y muy ilustrada la literatura científica sobre la homosexualidad, con lo que tomó implícitamente una vieja idea del Comité Científico Humanitario (*Wissenschaftlich-Humanitäre Comité*) liderado por Magnus Hirschfeld: *Per scientiam ad justitiam* (¡Por medio de la ciencia hacia la justicia!), que consistía en usar los conocimientos científicos en su tarea por la despenalización de la

---

<sup>15</sup> El Tiempo, “maestros gay se defienden en audiencia pública”, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-791613>. Recuperado: 5 de mayo de 2010).

<sup>16</sup> De esta tesis se apartaron tres magistrados, quienes sostuvieron que si bien el homosexualismo no puede ser penalizado, sí es válido limitar sus demostraciones públicas, más si se trata de personas que ejercen la profesión docente, pues en este caso se hace para proteger los derechos de los niños y niñas.

homosexualidad en Alemania del siglo XIX (Hirschfeld 2007). En segundo lugar, en esta decisión se incorpora el derecho internacional en el debate colombiano sobre la protección legal de la orientación sexual, especialmente con el uso de la decisión *Toonen contra Australia* del Comité de Derechos Humanos. En tercer lugar, la Corte reconoce explícitamente que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación y por tanto que toda distinción basada en la orientación sexual deberá someterse a escrutinio constitucional estricto.

Esta sentencia también dejó planteados los diversos ejes de los debates posteriores que se darían al interior de la Corte sobre los derechos de la población LGBT, especialmente, el tipo de protección constitucional que debe ser dado a las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género, y el tipo de escrutinio que debe ser realizado cuando se presenten eventuales controversias sobre discriminación a esta población.

En el año 1999, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse de nuevo con relación a la constitucionalidad de tipificar como falta disciplinaria la homosexualidad. El régimen disciplinario de las fuerzas militares establecía como falta disciplinaria el asociarse con homosexuales, a los que llamaba “*antisociales*”. En la sentencia C-507 de 1999 la Corte declaró inconstitucional esa norma, amparándose de nuevo en la cláusula del libre desarrollo de la personalidad, la cual protege la orientación sexual diversa de las personas. En la argumentación de la Corte parece subyacer una distinción entre el ámbito privado de las personas y el ámbito público, indicando que quien decide participar en la vida activa de la comunidad no renuncia a su vida privada, protegida por la Constitución, y en la cual “goza[...] de plena autonomía para actuar en ésta de acuerdo a sus propias tendencias”. De esta forma la Corte elude cualquier consideración explícita relacionada con la posibilidad de manifestar su orientación sexual en el ámbito público. Algunas consideraciones de este fallo fueron retomadas en la sentencia C-431 de 2004, en la que se estudió la constitucionalidad de otras faltas disciplinarias de los miembros de las fuerzas militares. La Corte reiteró los planteamientos de la sentencia C-507 de 1999 para indicar que si bien es válido que se establezcan como faltas disciplinarias algunas conductas relacionadas con comportamientos sexuales que pueden afectar a la institucionalidad de las fuerzas armadas, es importante que ellas no establezcan alguna distinción entre homosexuales y heterosexuales.

Otra profesión respecto de la cual también se estableció la homosexualidad como falta disciplinaria fue la de notarios, y la constitucionalidad de esta disposición también fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, resuelta por la Corte en el año 2002 mediante la sentencia C-373. La decisión y los fundamentos que le sirvieron de soporte son similares a los de las dos sentencias antes comentadas. En la sentencia C-373 de 2002, la Corte Constitucional afirmó que la orientación sexual diversa hace parte del “*núcleo esencial*” del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que resulta inadmisibles que una particular identidad sexual pueda constituirse como falta disciplinaria. Como consecuencia de estas afirmaciones, concluyó que la norma estudiada vulneraba los derechos de las personas homosexuales, por lo que debía ser retirada del ordenamiento jurídico.

En el año 2003, la Corte tuvo que estudiar la acción de tutela interpuesta en contra de la Asociación Scout de Colombia, a la cual se la señalaba de vulnerar los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad de uno de sus integrantes, quien fue

expulsado de ella por su condición de homosexual. Sin mayores consideraciones respecto de la posibilidad de las asociaciones de establecer como criterio de ingreso y pertenencia condiciones relacionada con la orientación sexual, la Corte concedió la acción de tutela, limitándose a afirmar que ninguna asociación, incluyendo las de carácter privado, podían establecer dentro de sus estatutos tratamientos diferenciados por razón de la orientación sexual de las personas, pues eso constituía discriminación. La decisión de la Corte se opone a la que tomara en un caso similar la Corte Suprema de los Estados Unidos. Nos referimos a la decisión *Boy Scouts of America et al. v. Dale*, en el que la Corte sostuvo que no había sido discriminado un instructor de la Asociación Boy Scouts que fue expulsado de esta por su condición de homosexual, afirmando que existe un derecho de las organizaciones privadas de oponerse o desaprobar la conducta homosexual, y que este derecho debía ser respetado aun cuando no fuera compartido por los órganos judiciales<sup>17</sup>.

Por otro lado, la Corte también ha tenido que pronunciarse respecto de los derechos de la población homosexual a hacer pública su condición, ya no en el ejercicio de una determinada actividad, sino en el espacio público general. Así sucedió cuando estudió el caso de una acción de tutela interpuesta en contra de la Alcaldía de Neiva, a la cual se señalaba de haber violado los derechos de la población gay a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, como consecuencia de haber negado el permiso para que se realizara un desfile del Reinado Nacional Gay. Aunque la Corte no concedió la tutela (por considerar que existía otro mecanismo judicial al que pudo acudir), en todo caso realizó importantes consideraciones acerca del derecho de los homosexuales a expresarse en el ámbito público. Al respecto, en su decisión (T-268 de 2000) la Corte señaló que si bien el libre desarrollo de la personalidad obliga a que se protejan ámbitos íntimos de las personas, ello no indica que este sea el único foro en el que puedan manifestarse. En cierto modo, este caso de la Corte Constitucional puede compararse con una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre la supuesta violación de los derechos de un grupo LGBT al que se le había negado la autorización para llevar a cabo una reunión en una plaza pública, como consecuencia de las declaraciones de un funcionario público, difundidas por medios de comunicación. En esta sentencia, la Corte Europea reconoció la violación del derecho a la honra y vida privada de la víctima de la actuación de las autoridades, y recordó que el Estado debe ser el garante último de la democracia pluralista, lo cual le impone deberes especiales frente a grupos vulnerables, ya que estos son proclives a ser victimizados<sup>18</sup>.

### **1.3 Violencia contra personas LGBT: cárcel y abuso policial**

Otro de los temas abordado por la Corte Constitucional en sus pronunciamientos se relacionada con actuaciones arbitrarias y violencia contra algunas personas por su condición de homosexuales. Al respecto mencionaremos tres pronunciamientos ilustrativos.

El primer caso tuvo lugar con ocasión de la revisión de una acción de tutela, interpuesta por una persona homosexual, quien afirmaba que las autoridades de policía de la ciudad de Santa Marta le restringían su derecho a permanecer en

---

<sup>17</sup> *Boy Scouts of America v. Dale* (99-699) 530 U.S. 640 (2000).

<sup>18</sup> European Court of Human Rights, *CASE OF BĄCZKOWSKI AND OTHERS v. POLAND*, Application no. 1543/06, judgment, 3 May 2007, párr. 64.

determinado sector de la ciudad, de donde se le obligaba a desplazarse (T-301 de 2004). Según el accionante, esta actuación vulneraba sus derechos a la libre circulación, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. El comandante de policía de la ciudad no negó esta manera de proceder, sino que intentó justificarla, aduciendo que mediante ella pretendía salvaguardar la tranquilidad y seguridad, supuestamente alterada por el demandante y otras personas homosexuales que habían recibido el mismo trato. Adujo que no existía ninguna violación de derechos de la persona que interpuso la tutela, sino que ella era inspirada en una apreciación subjetiva afectada por el hecho de que en la región caribe las prácticas homosexuales “rallan (sic) con las sanas costumbres y la moralidad pública y por tanto constituyen tabúes que no son asimilables como sí se da en otros países del orbe”. La Corte Constitucional concedió la acción de tutela, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes argumentos. De un lado, señaló que aún si se aceptara que la medida persigue un fin constitucionalmente valioso, tal como lo afirman las autoridades de policía, ella no justificaba la total restricción del derecho a la circulación, ya que esta resultaba abiertamente desproporcionada. Y en segundo lugar, directamente relacionado con el trato dado por los policías a las personas homosexuales, la Corte indicó que la elección de la orientación sexual hace parte del “derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación”, el cual no puede ser limitado “por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía”.

La segunda decisión que comentamos en este apartado tuvo lugar con ocasión de una acción de tutela presentada por un interno de una cárcel, quien manifestaba que las autoridades carcelarias le habían negado el traslado a pesar de ponerles en conocimiento que era víctima de acoso sexual como consecuencia de su condición de homosexual (T-1096 de 2004). El actor indicaba que varios reclusos lo obligaban a tener relaciones sexuales con ellos, incluso con personas que afirmaban ser VIH positivo. La acción de tutela concluía afirmando que la decisión de las autoridades carcelarias afectaba no sólo su libertad de elegir orientación sexual, sino que incluso ponía en riesgo su vida. Al analizar el caso, la Corte encontró que, efectivamente, el accionante había sido sometido a varias de las vejaciones relatadas en la acción de tutela, frente a lo cual las autoridades carcelarias habían permanecido indiferentes, desconociendo, entre otros, los derechos fundamentales a la dignidad, a la libertad sexual y a la vida. De manera especial, es importante destacar que la Corte afirmó que la orientación sexual puede ser un factor autónomo de violencia y discriminación, que aumenta la condición de vulnerabilidad de la población homosexual. A partir de esta consideración, rechazó con firmeza la posición de los jueces de instancia y de las autoridades penitenciarias, quienes a su juicio dejaron entrever que presuponían que las vejaciones sufridas por el accionante eran en parte responsabilidad suya, “por su condición de homosexual”.

#### **1.4 Discriminación educativa y laboral (T-101 de 1998; T-435 de 2002; T-152 de 2007)**

Durante la última década la Corte ha emitido tres importantes fallos, en los cuales advierte que la discriminación por orientación sexual en algunas ocasiones produce la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales. Específicamente, con ocasión de dos acciones de tutela, la Corte estableció que el ejercicio de los derechos

al trabajo y a la educación podían verse afectados como consecuencia de la vulneración del derecho a la igualdad de las personas de orientación sexual diversa.

Así, en la sentencia T-152 de 2007, la Corte estudió el caso de una mujer transexual que alegaba que sus derechos al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad habían sido vulnerados, como consecuencia de que haber sido contratado como empleado de una constructora cuando sus propietarios se dieron cuenta de la condición sexual del accionante. Aunque la Corte no concede la tutela, argumentando que no existe evidencia de la que se pueda inferir que es cierto que el motivo que llevó a la constructora a no contratar al actor fue su orientación sexual, en todo caso la Corte se pronuncia respecto de la prohibición de discriminar a una persona en el trabajo por razón de su orientación sexual diversa. Al respecto, afirma que existen límites a la libertad de contratar, entre ellos la prohibición de discriminar a una persona por su sexo.

Por otro lado, en el año 2002 la Corte analizó el caso sobre discriminación sexual que afectaba también el derecho a la educación de una niña. Este caso planteaba la situación de una estudiante a quien se le canceló la matrícula, porque se “dudaba de su identidad sexual”. La Corte abordó su estudio mediante la sentencia T-435 de 2002, concediendo la tutela a favor de la menor. En ella estableció que “so pretexto de pretender inculcar valores homogéneos a los estudiantes” un establecimiento educativo no puede coartar la decisión de una persona relacionada con su orientación sexual. Vale la pena indicar que con esta decisión la Corte reiteró la posición establecida años atrás, cuando había señalado que no permitir matricular a una persona por razón de su orientación sexual era discriminatorio, y que los educadores tenían la función de impartir tolerancia y respeto y no de imponer determinados modos de vida (T-101 de 1998).

Como puede verse la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre diversas esferas de la discriminación contra las personas LGBT, abordando diversas situaciones y amparando en todas los derechos estableciendo una clara protección constitucional para este grupo.

## **2. Factores políticos y sociales de consolidación del precedente**

En esta sección desarrollaremos aquellos elementos que consideramos determinantes para consolidar el precedente constitucional de la Corte en materia de derechos de las personas LGBT. Cuatro tipo de factores tuvieron incidencia en esta transformación: la movilización social, la mayor cobertura en medios de comunicación, los factores institucionales y del contexto político, y las transformaciones internas del campo legal.

### *Movilización social*

El primer grupo de factores se refiere a la movilización social que sobre el tema LGBT se ha producido en los últimos diez años, gracias en parte a la consolidación de un amplio número de grupos LGBT en todo el país, algunos de los cuales se han concentrado en asuntos legales. En este grupo de factores se incluye también el papel de varios activistas en la interposición de acciones de tutela y la organización colectiva en la realización de litigios de interés público.

Durante los últimos diez años el movimiento LGBT colombiano ha crecido exponencialmente en varias dimensiones: territorial, temática, numérica, mayor especialización y mayor capacidad de incidencia. En relación con lo territorial es importante anotar que casi todas las ciudades capitales de departamento del país consolidaron grupos locales que de hecho han formado mesas y redes locales con lo cuales planean actividades y realizan actividades de incidencia política local y nacional. Se destacan en esta iniciativa los casos de Cali, Medellín, y Bogotá, y muchas otras iniciativas locales que cada día se multiplican. Junto con mayor organización, también existe mayor movilización local a través de acciones de incidencia o mediante actividades culturales y políticas, tales como las marchas del orgullo o la ciudadanía LGBT. Los temas trabajados por las organizaciones son muy variados, entre ellos algunos como derechos humanos, grupos políticos, de base, y que realizan actividades culturales (Serrano 2010).

En materia de litigio ha sido fundamental el trabajo del abogado Germán Humberto Rincón Perfetti quien ha sido el abogado de importantes casos revisados por la Corte Constitucional (C-481 de 1998, T-152 de 2006, T-725 de 2004) y de una decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Su trabajo como abogado lo ha combinado hábilmente como activista de base y creando y articulando activistas y organizaciones. También se destacan activistas que han presentado acciones de tutela tales como Edgar Robles (T-808 de 2003) y Juan Pablo Noguera (T-301 de 2004), quienes han sido víctimas de algunos casos de vulneración de derechos revisados por la Corte.

Otros casos han tenido articulación con abogadas del movimiento feministas, quienes han acompañado casos como el de Martha Lucía Álvarez quien reclamaba el derecho a la visita íntima cuando se encontraba reclusa en la cárcel (T-499 de 2003). También organizaciones locales como El Otro en Medellín y Provida en Cúcuta han promovido acciones de tutela contra el abuso policial que sufren las travestis en sus respectivas ciudades.

La institución más comprometida en acciones judiciales ha sido la Defensoría del Pueblo, a través de sus defensorías regionales, quienes han asesorado y han sido representantes de varios casos de vulneración de derechos. Así, por ejemplo, la Defensoría Regional de Caldas fue quien acompañó una acción de tutela para el reintegro de dos estudiantes que fueron expulsadas del colegio Leonardo Da Vinci, caso que generó una gran polémica nacional, aunque no fue revisado por la Corte Constitucional. El juez de instancia ordenó reintegrar a las estudiantes al plantel educativo y realizar una política pública municipal para la educación en la diversidad sexual. No sobra recordar que muchos casos que son impulsados por ciudadanos a los cuales sus derechos están siendo vulnerados y que buscan con esperanza remedios judiciales efectivos. Su labor en la consolidación del precedente porque son ciudadanos no articulados a organizaciones pero realizan una acción valerosa y muy útil para la reclamación de derechos.

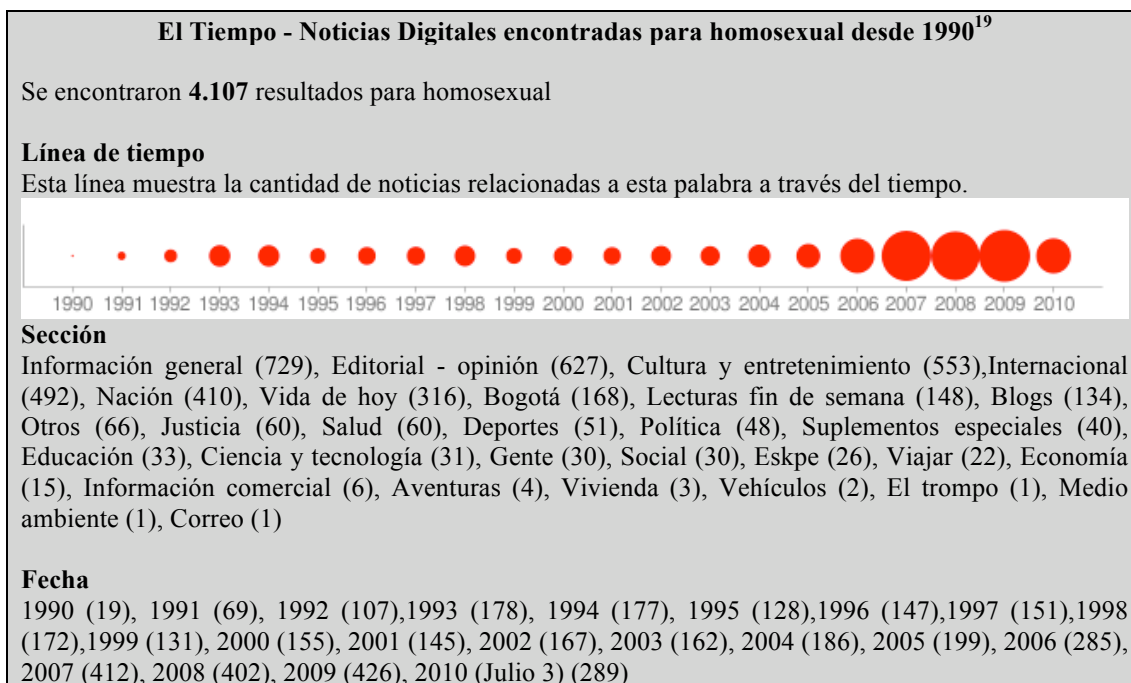
Una organización muy importante en asuntos legales ha sido Colombia Diversa, la cual ha articulado el discurso de los derechos humanos y del derecho constitucional para la reivindicaciones de los derechos de las personas LGBT. De hecho, esta organización realizó una estrategia de litigio de interés público en asocio con el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes y el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia – con el fin de lograr el

reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. Este proceso consistió en la formulación de varias demandas de inconstitucionalidad, acompañadas de una estrategia de vinculación de universidades y organizaciones sociales como intervinientes o demandantes dentro de los procesos en la Corte Constitucional. Sólo para mencionar un ejemplo, en el proceso que condujo a la sentencia C-029 de 2009, las tres organizaciones redactaron la demanda, 32 de organizaciones LGBT fueron demandantes dentro del proceso y se presentaron 45 intervenciones ciudadanas. Las alianzas con universidades y académicos, instituciones públicas, organizaciones de derechos humanos, organizaciones feministas, dieron un mensaje a la Corte de que los derechos de la población LGBT eran un asunto de interés de una importante parte de la sociedad. Este alto nivel de participación en el proceso constitucional, junto a un trabajo académico serio, fueron factores determinantes en la consolidación jurisprudencial de los derechos de las personas LGBT.

### *Medios de comunicación*

El segundo grupo de factores se refiere a la mayor relevancia que han tenido las discusiones públicas sobre los derechos de las personas LGBT en los medios de comunicación. Incluso muchos de ellos han asumido posiciones editoriales a favor de la plena garantía de derechos para esta población. No sólo se han producido más noticias, sino con mayor calidad, profundidad y muchas de ellas han contribuido a una mayor aceptación de la diversidad sexual.

Durante los últimos diez se ha incrementado el número de noticias sobre el tema LGBT y esto corresponde a una mayor presencia del movimiento LGBT nacional, así como a hechos de nivel internacional. Una revisión en la base de datos del periódico El Tiempo con la palabra “homosexual” arroja los siguientes datos:



<sup>19</sup> Fuente: Buscador del archivo digital del periódico El Tiempo. Recuperado 3 de Julio de 2010.



Como puede observarse, existe un importante aumento de noticias en el año 2006 y esto de modo creciente para los años subsiguientes. También es notable la participación temática de las noticias. Al menos el 33 % corresponde a asuntos de información general y editorial, seguidas de cerca por las noticias de cultura y entretenimiento con un 13,5%.

La organización Colombia Diversa, que hace seguimiento a este tema a través de su observatorio de medios de comunicación, ha afirmado que “en general se percibe que los medios reflejan la agenda que el movimiento LGBT desarrolla”, y ha mostrado cómo en años muy coyunturales para la jurisprudencia constitucional, como lo fue el 2007, los medios se destacaron por el “el cubrimiento periodístico del fallo de la Corte Constitucional sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, o los diferentes debates en el Congreso sobre estos derechos y la posibilidad de que el compañero del mismo sexo pudiera ser beneficiario de la seguridad social, ubicaron la temática LGBT en la agenda pública, tanto en los ámbitos especializados, como en los políticos, en los académicos y en la sociedad en general” (Albarracín y Noguera, 277). También se destaca el elevado número de columnistas y caricaturistas quienes han apoyado la igualdad y no discriminación contra las personas LGBT.

A este aumento del número de noticias se suman las posiciones editoriales de varios medios de comunicación que desde sus páginas han respaldado los derechos de las personas LGBT, entre los que se destacan El Tiempo, El Espectador, la Revista Semana y la Revista Cambio. Este tema fue carátula de varias ediciones de estos medios, y sólo para citar un ejemplo, el mes de junio de 2010, el periódico El Espectador en su edición dominical tuvo como carátula el tema LGBT con el titular: “orgullosamente gay”. Ese mismo mes la Revista Arcadia, publicación de la Revista Semana dedicada a temas culturales, realizó un especial sobre los hombres gay en las artes y en las letras.

Un destacado lugar ocupa el noticiero CM&, medio que difundió un comercial realizado por la organización Colombia Diversa, el cual buscaba concientizar a la ciudadanía sobre las consecuencias de la falta de protección legal de las parejas del mismo sexo. En el video se puede ver a una mujer que se encuentra sola en una casa vacía, quien esta mirando una foto. Entre tanto el narrador del comercial afirma:

“vivieron en parejas treinta años, pagaron la casa, pagaron la comida de todos los días, pagaron la tele, la ropa, el estereo. Pagaron al contado algunos libros y a crédito algunos atardeceres de vacaciones. Ahora ella se quedo sola y lo único que heredó fueron los atardeceres de los que todavía debe algunas cuotas. Y esto porque su pareja era otra mujer. La ley no les reconoce ningún derecho. No hay derecho. CM& Televisión por los derechos de la gente”<sup>20</sup>.

En este contexto de producción de medios de comunicación, la Corte Constitucional tomó las decisiones en los últimos años, y aunque hay pocos estudios de la influencia de los medios en la Corte, podría asegurarse que la esfera de opinión e información

---

<sup>20</sup> El comercial se puede ver en YouTube en los siguientes enlaces: <http://www.youtube.com/watch?v=qt6MOzBu1q0> ; <http://www.youtube.com/watch?v=WdvNn5KcMuM> (recuperado 5 de mayo de 2010).

generada por los medios tiene alguna influencia en los jueces, aunque esta no siempre es favorable.

### *Instituciones y contexto político*

El tercer grupo de factores se refiere a las condiciones institucionales y políticas que se han vivido durante los últimos diez años, entre las cuales se destacan: la no aprobación de un proyecto de ley que reconocía derecho a las parejas del mismo sexo; el apoyo de un sector de la derecha política a los derechos de las personas LGBT – especialmente del presidente Uribe–; y avances locales que pretenden dar garantía plena a los derechos de la población LGBT (especialmente Bogotá y Medellín).

Un primer hecho político e institucional se produjo en el Congreso. Durante varios años se han presentado al menos ocho proyectos de ley para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. En particular durante los años 2006 y 2007 hizo tránsito en el Congreso un proyecto de ley que logró la aprobación de las dos cámaras, pero quedó pendiente hacer lo mismo con un informe de conciliación gramatical de los textos y por tanto no se aprobó la ley. Esta iniciativa tenía un importante apoyo político y social, el cual fue negado por el Congreso mediante una maniobra de trámite en una etapa final del proceso. Este hecho, que si bien puede considerarse como una derrota, fue realmente la habilitación que la Corte Constitucional necesitaba para desarrollar la jurisprudencia sobre derecho de parejas del mismo sexo.

Un segundo hecho político ocurrió en las elecciones presidenciales de 2006, en las cuales el presidente Álvaro Uribe, quien se encontraba haciendo campaña para su reelección, decidió apoyar los derechos de las parejas del mismo sexo. La frase del Presidente fue: “matrimonio, no; adopción, no; derechos patrimoniales, sí; seguridad social, sí”. Esta afirmación movió todo el espectro político y generó un apoyo social relativamente importante (Albarracín y Noguera 2008).

Una tercera circunstancia institucional es la puesta en marcha y consolidación de políticas públicas locales para la garantía plena de los derechos de las personas LGBT. Estas iniciativas iniciaron en el gobierno de Luis Eduardo Garzón en la ciudad de Bogotá (2004-2007) y el de Sergio Fajardo en Medellín (2004-2007). Estas políticas tuvieron como sustento legal la jurisprudencia que la Corte Constitucional había producido sobre esta materia. Estas políticas se caracterizaron por creación de marcos normativos locales, políticas en educación, medidas para mejorar la relación con la policía, campañas comunicativas e incluso en Bogotá se creó un centro comunitario para la comunidad LGBT. Esto a su vez dio mayor legitimidad y respaldo a la Corte en su labor, debido a que otras autoridades públicas ponían en acción sus criterios jurisprudenciales y los desarrollaban más allá del texto de las sentencias.

### *Transformaciones en el derecho constitucional*

El cuarto grupo de factores se relacionan con las transformaciones al interior del campo jurídico. La Corte Constitucional desarrolló diversas teorías, conceptos y herramientas que fueron fundamentales para la consolidación de este precedente. En particular, el desarrollo de un precedente fuerte en materia de igualdad y no discriminación, deber de protección de poblaciones en condición de discriminación y

exclusión, incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en las discusiones constitucionales, así como una mayor conciencia y uso de los derechos fundamentales por parte de todos los magistrados de la Corte en el abordaje de las cuestiones que se estaban sometiendo a su consideración. También en este período se producen importantes decisiones sobre derechos, lo cual indica que el precedente sobre los derechos de la población LGBT fue también parte de un proceso en el que la Corte se está tomando muy en serio los derechos y los conflictos sociales subyacente la realidad colombiana.

La Corte Constitucional ha tenido un protagonismo importante en los últimos años, debido a la conjugación de una serie de elementos normativos, políticos e institucionales que apuntalan su rol<sup>21</sup>. Entre los factores que de manera recurrente suelen identificarse como causa de tal protagonismo se encuentran, entre otros, la relativa independencia judicial que existe en Colombia; el amplio catálogo de derecho reconocido en la Constitución; la existencia de mecanismos judiciales que facilitan a los ciudadanos el acceso a las Cortes; y a la crisis de representación democrática existente en Colombia.

En segundo lugar, también es importante hacer notar que la Corporación también ha desarrollado una importante doctrina constitucional y metodologías para garantizar el derecho a la igualdad<sup>22</sup> y la protección de comunidades históricamente marginadas<sup>23</sup>.

En tercer lugar, resulta notable que la Corte ha usado recurrentemente el derecho internacional de los derechos humanos para determinar el sentido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. A partir de distintas cláusulas de remisión previstas en la Constitución Política (artículos 44, 53, 93, 94 y 214), la Corte ha recurrido de manera frecuente al derecho internacional de los derechos humanos. En algunos casos, ha afirmado que existen tratados internacionales que tienen la misma jerarquía que la Constitución Política, y en otros simplemente ha acudido a los pronunciamientos de organismos internacionales con el propósito de interpretar las disposiciones de la legislación interna a la luz de tales pronunciamientos<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Son varios los trabajos académicos que han estudiado el protagonismo judicial en Colombia, y que han intentado explicar los factores que lo determinan. Al respecto, *Cfr.* (Uprimny Yepes Rodrigo y García Villegas Mauricio 2002); (Uprimny Yepes Rodrigo 2007); y (Uprimny Yepes Rodrigo 2006).

<sup>22</sup> En términos generales, esta doctrina afirma que para determinar si una medida diferenciada puede ser considerada discriminatoria hace falta que se evalúen cuatro aspectos adicionales, a saber: si la medida persigue una finalidad constitucionalmente admisible o imperiosa; si es adecuada para lograr tal finalidad; si es necesaria para lograr tal finalidad; y si los medios de los que se vale son proporcionados a los fines que persigue. El juez constitucional puede variar la intensidad del escrutinio de cada uno de esos elementos, dependiendo de la intensidad (leve, media o estricta) que se decida aplicar

<sup>23</sup> Las sentencias en las que la Corte se ha referido a este tema son numerosas. Entre ellas, *cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-271 de 1996; C-002 de 1998; T-823 de 1999; T-1210 de 2000; C-088 de 2001; C-093 de 2001; T-427 de 2001; C-921 de 2001; C-673 de 2001; C-064 de 2002; T-610 de 2002; T-301 de 2004; C-1054 de 2004; C-194 de 2005; C-042 de 2006; C-029 de 2009; T-140 de 2009; C-242 de 2009.

<sup>24</sup> Así, ha acudido a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia C-010 de 2000) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (sentencias T-1319 de 2001 y T-391 de 2007); de la Corte Europea de Derechos Humanos (sentencias C-673 de 2001, sentencia C-291 de 2007; sentencia C-203 de 2005); del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (sentencia T-025 de 2004); y del Comité de Derechos Civiles y Políticos (sentencias T-566 de 1992; T-567 de

Sobre el caso en particular de las parejas del mismo sexo, en mayo de 2007 en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas afectaría también la estructura de oportunidades política en el cual se desarrollaba la movilización. El Comité resolvió una petición presentada por un homosexual colombiano al cual se le negaba la pensión de su compañero permanente. El órgano de monitoreo decidió conceder el derecho al ciudadano y condenar al Estado colombiano por violar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Este hecho generó una apertura del derecho internacional, no sólo por ser el segundo precedente internacional sobre la materia, sino también por ser un caso contra el Estado colombiano, justo en el momento que se discutían los derechos de parejas del mismo sexo en la Corte Constitucional.

De alguna manera, los anteriores factores han conducido a que Tribunal Constitucional haya adoptado recientemente importantes sentencias sobre los derechos fundamentales, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad. Como ilustración de este fenómeno se pueden mencionar las siguientes decisiones: sentencia T-025 de 2004, sobre derechos de la población desplazada; T-760 de 2008, sobre situación del sistema de salud en Colombia; C-355 de 2006, sobre la despenalización del aborto en tres casos específicos; C-370 de 2006, sobre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos; C-070 de 2009, sobre las limitaciones de la facultad de declarar estados de conmoción interior; C-175 de 2009, sobre derecho a la consulta previa; C-728 de 2009, sobre el derecho a oponerse a prestar servicio militar por razones de conciencia.

Todos estos factores tuvieron una incidencia directa o indirecta en la generación y la consolidación del precedente constitucional sobre los derechos de las personas LGBT. La jurisprudencia no se produce en el vacío, siempre está circundada por la acción colectiva, la producción de los medios y los contextos políticos e institucionales.

#### **4. Críticas a la jurisprudencia**

Para concluir queremos dejar planteadas cuatro críticas a la jurisprudencia de la Corte, que a su vez son los retos que el tribunal debe afrontar en el futuro. La primera crítica se refiere a la jurisprudencia sobre el derecho a la familia de las personas LGBT, la cual ha oscilado entre el conservadurismo y la elusión de la cuestión. La segunda crítica se relaciona con la ausencia de ordenes generales en las decisiones de la Corte lo cual ha imposibilitado la acción judicial sobre las causas estructurales de la discriminación. La tercera crítica tiene relación con las pocas decisiones de la Corte sobre los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual afecta especialmente a las comunidades marginadas dentro de la población LGBT. La última crítica se refiere a las pocas decisiones sobre la población transgenerista que ha tomado la Corte Constitucional y su falta de comprensión de la identidad de género y su diferenciación de la orientación sexual.

---

1992; T-597 de 1992; SU-1300 de 2001; C-248 de 2004; C-576 de 2004; C-591 de 2005; T-058 de 2006; y T-436 de 2008). También ha acudido a instrumentos internacionales de derechos humanos, que tradicionalmente han sido considerados como “derecho blando” o *soft law*. Así, por ejemplo, ha acudido a los Principios Rectores sobre Desplazamiento Forzado (sentencias T-602 de 2003; C-278 de 2007, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla; y T-821 de 2007), y a los Principios de las Naciones Unidas sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (sentencia T-821 de 2007).

### *El derecho a la familia: entre el conservadurismo y la elusión*

Los avances jurisprudenciales en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo tienen en común una limitación: todas las decisiones que han dado lugar a ellos suponen un avance en la garantía de uno o varios derechos en concreto, pero sin que se resuelva el tema subyacente, quizás el más importante sobre parejas del mismo sexo, y es el relacionado con responder la pregunta de si estas parejas entran en la definición de familia, o dicho en otros términos, si a la luz del ordenamiento jurídico colombiano el concepto de familia es de tal naturaleza que permite cobijar a las parejas del mismo sexo. Cuando la Corte Constitucional se ha visto avocada a abordar este asunto, ha optado por dos salidas: en un primer momento, podríamos decir que asumió una postura “conservadora”, que identificaba el concepto de familia con el que tradicionalmente ha existido en Colombia, de acuerdo con el cual esta se conforma por una unión heterosexual<sup>25</sup>. En un segundo momento, la Corte Constitucional ha optado por dejar de lado las consideraciones de fondo respecto del problema que plantea este asunto, afirmando que entre las parejas homosexuales y las heterosexuales hay diferencias claras, por lo que no existía un imperativo constitucional para tratar igual a unas y otras, evitando hacer referencia a la naturaleza de la familia<sup>26</sup>. La decisión de optar por esta segunda postura podría explicarse por la tesis de los acuerdos mínimos fundamentales, expuesta por el profesor estadounidense Cass Sunstein, de acuerdo con la cual en los debates constitucionales puede construirse acuerdos sobre temas puntuales, sin que sea necesario resolver los aspectos ideológicos o teóricos más importantes, aun cuando estos últimos puedan ser irreconciliables<sup>27</sup>. Esto puede ser lo que explique que se haya dejado de lado un asunto con una alta carga ideológica como lo es la familia, para dedicarse a estudiar aspectos mucho más concretos, que pueden abordarse sin resolver la pregunta anterior.

Esta situación fue identificada con claridad por la Magistrada (e) Catalina Botero Marino, quien aclaró su voto en la sentencia C-811 de 2007, afirmando que las decisiones que han reconocido derechos a las parejas del mismo sexo son un gran avance, pero en ellas se puede identificar una clara limitación: “evaden de manera consistente la referencia a la pareja homosexual como un núcleo familiar que merece igual respeto y protección constitucional que la familia heterosexual. En este aspecto existe entonces un déficit de protección que la jurisprudencia tendrá que corregir”<sup>28</sup>.

En la Corte el derecho a la familia de las personas LGBT ha estado entre el conservadurismo y la elusión. Las nuevas cuestiones que debe resolver el tribunal referentes al matrimonio, la adopción conjunta, la adopción consentida, entre otras, definirán cuál será el rumbo que tome la Corte en esta materia. Una definición que proteja el derecho a la familia de las personas LGBT es indispensable para garantizar la igualdad real y efectiva, de lo contrario seguiremos en un país con igualdad restringida.

---

<sup>25</sup> Esta postura está claramente reflejada en la sentencia C-814 de 2001.

<sup>26</sup> Esta posición se refleja con claridad en la sentencia C-029 de 2009, en la que a pesar de la solicitud de quienes interpusieron la demanda de inconstitucionalidad que dio lugar a la sentencia, la Corte se abstuvo de realizar un pronunciamiento general sobre la naturaleza de la familia.

<sup>27</sup> Cfr. (Cass Sunstein 1996, 2001), (Cajas 2009).

<sup>28</sup> Aclaración de voto de Magistrada (E) Catalina Botero, Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2007, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

### *Ausencia de órdenes generales*

En ocasiones excepcionales, a lo largo de sus años de actividad la Corte Constitucional ha dictado órdenes generales con el fin de que cubran también a personas que no hacían parte del proceso de tutela por ella revisado. Generalmente, así ha sucedido, entre otras, cuando a partir de un proceso de tutela específico se profundiza en una situación más general, y se advierte que existe una situación de violación generalizada y masiva de los derechos de un grupo de personas<sup>29</sup>. Aunque en muchos aspectos se podría afirmar que los miembros de la población LGBT se encuentran en tal situación, ello no ha conducido a la Corte a proceder de esta manera. Esto ha sido así incluso en situaciones como las de discriminación en colegios, abuso policial o en establecimientos carcelarios, donde la misma Corte Constitucional ha notado la situación especial que se presentaba en estos lugares, tal como lo describimos previamente. De esta forma, la Corte ha dejado pasar la oportunidad de promover el diseño o la implementación de políticas públicas que tiendan a erradicar la discriminación contra la población LGBT existente en algunos escenarios. En próximos casos de tutela la Corte debería avanzar en el análisis estructural de las diversas formas de discriminación que sufren las personas LGBT y tomar medidas sean coherentes con el reto social y cultural que implica la discriminación por orientación sexual e identidad de género, por ejemplo en los procesos que está estudiando sobre derecho a la pensión de sobreviviente (expedientes T-2299859, T-2324790 y T-2386935), adopción consentida (expediente T-2597191), sanción a lesbianas en las cárceles (expediente T-2643229) o discriminación por parte de establecimientos de comercio contra personas transgeneristas (expediente T-2643229).

### *Discriminación en derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*

Otro aspecto crítico de la jurisprudencia han sido los pocos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los DESC de las personas LGBT. Este aspecto es crítico por cuanto existen algunos grupos dentro de la población LGBT, en particular las personas transgeneristas o las personas LGBT en condiciones de pobreza o vulnerabilidad, las cuales requieren tanto reconocimiento como redistribución (Fraser 1997), debido a que muchos de los problemas económicos o sociales están originados en situaciones de discriminación y exclusión. Esta situación no sólo es responsabilidad de la Corte Constitucional, también tiene relación con el uso de la acción de tutela para reclamar este tipo de derechos. Por esta razón, también es importante que los ciudadanos y los activistas usen la acción de tutela para reclamar derechos tales como la salud, la educación, la vivienda digna, entre otros DESC, con el fin de que los jueces puedan tomar medidas para garantizar estos derechos. La Corte tiene el reto de desentrañar las relaciones entre discriminación y DESC, así como de tomar medidas generales para afrontar estos asuntos. Se desataca por ejemplo las situaciones sociales de las personas transgeneristas donde claramente existen tanto necesidades de reconocimiento cultural como de redistribución económica.

---

<sup>29</sup> Los casos en los que se ha declarado un estado de cosas inconstitucional son un ejemplo, aunque no el único, de esta clase de decisiones. Ver sentencia T-025 de 2004.

## *La invisibilidad de los transgeneristas en la jurisprudencia*

La Corte Constitucional tiene una deuda pendiente con las personas transgeneristas. Su jurisprudencia ha sido escasa y en general muy deficiente analizando el concepto de identidad de género. Dos ejemplos pueden ayudarnos a ilustrar las deficiencias de análisis de la Corte de la identidad de género. El primer ejemplo fue reseñado previamente es un caso de discriminación laboral de una mujer transexual (T-152 de 2007), pero la Corte a lo largo de la decisión habla de ella como homosexual. A pesar de que el abogado de la demandante insistió en todos sus escritos sobre las características de la identidad de género, la Corte confunde esta característica con la orientación sexual. Esto demuestra una falta de profundidad en tomar en cuenta las importantes variaciones de la diversidad sexual. El segundo ejemplo es la sentencia SU-476 de 1997, en la cual la Corte trata “la prostitución y el travestismo” como un asunto de orden público. A pesar de que la Corte reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas de ambos sexos que ejercen la prostitución, ordena a las autoridades tomar medidas policivas contra estas personas. Esta sentencia muestra cómo la Corte es insensible a las condiciones de vida y necesidades de las personas transgeneristas en ejercicio de la prostitución. Tal como lo indicó el magistrado Eduardo Cifuentes en su aclaración de voto, no era necesario acudir a la noción de orden público y además se viola el derecho a la participación de las personas en ejercicio de la prostitución.

Con todo, es preciso aclarar que existen dos excepciones a esta crítica: por una parte, las sentencias que protegen los derechos de personas intersexuales (sentencias), las cuales han sido un importante avance en el reconocimiento de la identidad sexual. Por otra parte, se encuentra una sentencia que reconoce el cambio de nombre de uno masculino a uno femenino.

A pesar de estas decisiones, la Corte no ha tomado en serio los derechos de las personas transgeneristas, los magistrados no han comprendido el concepto de identidad de género, ni las particulares formas de discriminación y exclusión que viven estas personas. En el futuro deberá analizar con la ayuda de expertos estas situaciones para que pueda dar respuestas justas y acordes con la realidad de estas personas que, como lo han demostrado diversos informes de derechos humanos, sufren vulneraciones más graves que el resto de la población LGB y otras que son de carácter exclusivo, especialmente aquellas relacionadas con la garantía plena de su derecho a la identidad de género, que incluye transformaciones culturales y cambios en sus documentos.

## **5. Conclusión**

Salir del closet ha sido una expresión para describir el proceso mediante el cual gays, lesbianas, bisexuales y transgeneristas aceptan y reconocen públicamente su orientación sexual o su identidad de género. Hemos escogido esta expresión para describir el trabajo de la Corte en los últimos años, porque consideramos que no sólo las personas LGBT deben llevar a cabo esta acción, sino que de alguna manera las demás personas y las instituciones debemos aceptar y reconocer la diversidad sexual. La Corte ha salido del clóset a través de sus sentencias, ha reconocido que la heterosexualidad no es la única opción de vida válida, ha protegido a las personas LGBT de la discriminación y la exclusión, y ha dado reconocimiento legal a las uniones de las parejas del mismo sexo. Esta aceptación no ha sido plena y aún hay tareas pendiente.

El lenguaje legal no puede transformar todas las realidades. Como lo recuerda Henry Louis Gates Jr., “no puedes consolar a los pobres afirmando que son ricos” (Butler 212). Las sentencias progresistas de la Corte no derogarán todos los prejuicios sociales. No obstante, esto no significa que el lenguaje legal no cumpla funciones importantes en la racionalidad pública y en la construcción de la propia identidad. Por primera vez, las personas LGBT cuentan con un discurso emancipatorio de legitimación, que es imprescindible para la construcción de la autoestima y de la vida colectiva. Las y los jóvenes homosexuales cuentan hoy con un lenguaje legal que los respalda en sus discusiones familiares. Además, las personas LGBT en sus trabajos, en las calles, en sus barrios, y en general en su vida cotidiana, saben que son sujetos de derechos y que la homosexualidad no es un delito o una enfermedad, ni tampoco un pecado o un error. El lenguaje constitucional se infiltra en estos lugares cotidianos, aún cuando estos están profundamente permeados por la discriminación y la homofobia.

¿Cómo entender esta paradoja? ¿Por qué nos regocijamos con el lenguaje progresista a pesar de los altos niveles de violencia y discriminación contra los homosexuales en Colombia? Juileta Lemaitre intenta responder a esta cuestión: “Al nombrar la homosexualidad como normal y la violencia como anormal la Corte resignifica a los homosexuales como plenamente humanos en un mundo social donde la violencia sería por definición anormal, contra la norma” (Lemaitre 273). En efecto, la Corte contribuyó a la eliminación del closet del lenguaje legal. No obstante, no es menos cierto que la presencia en la argumentación y en la vida social también puede generar formas de rechazo masivas e inesperadas. A pesar de esto, discriminar e injuriar a las personas LGBT que tienen el respaldo del lenguaje legal y además son conscientes de sus derechos, aumenta las posibilidades de fracaso de la acción injuriosa<sup>30</sup> o al menos genera la interpelación y la acción del sujeto agredido<sup>31</sup>. En esa medida, la Corte Constitucional produjo un nuevo lenguaje para las personas LGBT que si bien no modifica por completo su realidad, al menos los eleva del estatus de estigmatizados al de sujetos de derechos<sup>32</sup>. Y es precisamente por esta vía, que se evidencia cómo a través de la jurisprudencia, la Corte produjo un mensaje contra la injuria y a favor de la emancipación de un grupo minoritario. A través de sus sentencias, ha hecho lo que Nussbaum afirma en la cita con la que iniciamos este artículo: ha protegido a los vulnerables y ha enviado un mensaje a toda la sociedad de que la libertad y la igualdad están hechas para todos nosotros.

---

<sup>30</sup> John Austin ha analizado las condiciones para que un acto de habla surta efecto: “Además de pronunciar las palabras correspondientes al realizativo es menester, como regla general, que muchas otras cosas anden bien y salgan bien para poder decir que la acción ha sido ejecutada con éxito. (Austin 59).

<sup>31</sup> Sobre esto último es ilustrativa la famosa frase de Harvey Milk: “If a bullet should enter my brain, let that bullet destroy every closet door”.

<sup>32</sup> “Para quienes históricamente han carecido de poder, recibir derechos e símbolo de todos los aspectos negados de su humanidad: los derechos implican un respeto que lo ubica a uno en el rango de referencia del yo y el otro, que lo eleva del estatus de cuerpo humano al de ser social”. (Williams 55).



## Bibliografía

Albarracín, Mauricio y Alejandra. Azuero. *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencia emblemáticas*. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos – ILSA, 2009.

Albarracín, Mauricio and Mauricio Noguera. *Situación de los derechos humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Colombia 2006 – 2007*. Bogotá: Colombia Diversa , 2008.

Austin, John. *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós, 1971.

Bonilla, Daniel. "Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07". Colombia Diversa y Grupo de Derecho de Interés Público. *Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad, sentencia C-075/07*. Bogotá: Colombia Diversa y Universidad de los Andes, 2008. 11-39.

Butler, Judith. *Lenguaje, Poder e Identidad*. Madrid: Editorial Síntesis, 2004.

Cajas, Mario. "Minimalismo judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?" *Cuestiones Constitucionales*, No. 20 (2009): 277-303.

Céspedes, Lina. *¿El fin o la modificación del juego? Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud, Tesis de grado maestría en género*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Ciencias Humanas, 2004.

Estrada, Alexei Julio. "La orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional." *Memorias de las IV jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "post-socialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Uniandes, 1997.

Hirschfield, Magnus. "La fundación del Comité científico-humanitario y sus primeros miembros." Ibon Zubiaur (ed.). *Pioneros de lo homosexual*. K.H. Ulrichs, K.M. Kertbeny, M. Hirschfield. Barcelona: Anthropos, 2007.

Lemaitre, Julieta. "Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso." Bonilla, Daniel and Manuel (eds.) Iturralde. *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. 181-217.

—. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglos del Hombre editores, 2009.

Moncada, Patricia. "La huida de la Corte: el derecho al onanismo." *Revista Tutela* (2002).

Motta, Cristina. "La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales." *Observatorio de justicia constitucional: La Corte Constitucional – el año de la consolidación*. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1998. 290 – 299.

Nussbam, Martha. *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

Payne, William. *Violencia motivada por homofobia por grupos armados al margen de la ley: Una investigación del fenómeno en el contexto del conflicto armado en Colombia*. Buenos Aires: Una tesis presentada a la Facultad de Ciencias Sociales - Escuela de Relaciones Internacionales de La Universidad del Salvador, 2007.

Serrano, José Fernando. "Colombia." (Ed.), Chuck Stewart. *The Greenwood encyclopedia of LGBT issues worldwide*. Santa Barbara, 2010. 89-106.

Sunstein, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

—. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press. 1996.

Uprimny Yepes, Rodrigo. "“La Judicialización de la Política en Colombia: Casos, Potencialidades y Riesgos.” *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* (2006).

Uprimny Yepes Rodrigo, “La Judicialización de la Política en Colombia: Casos, Potencialidades y Riesgos”, *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos* No. 4, 2006.

Uprimny Yepes Rodrigo, “The Judicial Protection of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”. Gargarella Roberto, Domingo Pilar y Roux Theunis (Eds.). *Courts And Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Burlington: Ashgate Publishing, 2007.

Uprimny Yepes Rodrigo y García Villegas Mauricio, “Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia”, en de Sousa Santos Boaventura (coord.). *Democratizar la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

Williams, Patricia. "La dolorosa prisión del lenguaje de los derechos." Brown, Wendy and Patricia. Williams. *La crítica de los derechos*. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 2003.

### **Información en páginas web**

Comercial producido por Colombia Diversa y transmitido por CM&. <http://www.youtube.com/watch?v=qt6MOzBu1q0>; <http://www.youtube.com/watch?v=WdvNn5KcMuM>. Recuperado: 5 de mayo de 2010.

El Tiempo, “maestros gay se defienden en audiencia pública”, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-791613>. Recuperado: 5 de mayo de 2010)

## **Jurisprudencia citada**

### **Corte Constitucional**

#### ▲ Decisiones

Sentencia T-566 de 1992  
Sentencia T-567 de 1992  
Sentencia T-597 de 1992  
Sentencia C-098 de 1996  
Sentencia C-271 de 1996  
Sentencia C-002 de 1998  
Sentencia T-101 de 1998  
Sentencia C-481 de 1998  
Sentencia C-507 de 1999  
Sentencia T-823 de 1999  
Sentencia C-010 de 2000  
Sentencia T-268 de 2000  
Sentencia T-618 de 2000  
Sentencias T-999 de 2000  
Sentencia T-1210 de 2000  
Sentencia T-1426 de 2000  
Sentencia C-088 de 2001  
Sentencia C-093 de 2001  
Sentencia T-427 de 2001  
Sentencia SU-623 de 2001  
Sentencia C-673 de 2001  
Sentencia C-814 de 2001  
Sentencia C-921 de 2001  
Sentencia SU-1300 de 2001  
Sentencias T-1319 de 2001  
Sentencia C-064 de 2002  
Sentencia C-373 de 2002  
Sentencia T-435 de 2002  
Sentencia T-610 de 2002  
Sentencia T-499 de 2003  
Sentencia T-602 de 2003  
Sentencia T-808 de 2003  
Sentencia T-025 de 2004  
Sentencia C-248 de 2004  
Sentencia T-301 de 2004  
Sentencia C-431 de 2004  
Sentencia C-576 de 2004  
Sentencia T-725 de 2004  
Sentencia C-1054 de 2004  
Sentencia C-194 de 2005  
sentencia C-203 de 2005  
sentencia C-591 de 2005  
Sentencia C-042 de 2006

Sentencia C-355 de 2006  
Sentencia T-058 de 2006  
Sentencia T-856 de 2006  
Sentencia C-075 de 2007  
Sentencia T-152 de 2007  
Sentencia C-278 de 2007  
Sentencia C-291 de 2007  
Sentencia T-391 de 2007  
Sentencia C-811 de 2007  
Sentencia T-821 de 2007  
Sentencia C-336 de 2008  
Sentencia T-436 de 2008  
Sentencia C-798 de 2008  
Sentencia C-029 de 2009  
Sentencia T-140 de 2009  
Sentencia C-242 de 2009  
Sentencia C-802 de 2009  
Sentencia C-728 de 2009  
Sentencia T-911 de 2009

▲ Expedientes

D-7882  
D-7909  
T-2299859, T-2324790 y T-2386935  
T-2597191  
T-2643229  
T-2643229

**Corte Suprema de los Estados Unidos**

*Boy Scouts of America et al. v. Dale* (99-699) 530 U.S. 640 (2000).

**Corte Europea de Derechos Humanos**

Case of Baczkowski and others v Poland, Application no. 1543/06, judgment, 3 May 2007

**Comité de Derechos Humanos**

*X contra Colombia*. Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14/05/2007.  
CCPR/C/89/D/1361/2005.