

**Voces excluidas: legislación
y derechos de lesbianas, gays,
bisexuales y transgeneristas en
Colombia**

ISBN: 958-33-7769-4

© Colombia Diversa

Todos los derechos reservados. Apartes de los textos pueden utilizarse citando la fuente. La reproducción total o parcial debe hacerse con autorización previa de los dueños del copyright.

Investigación y redacción:

Luis Andrés Fajardo Arturo

Asesoría:

Marcela Sánchez Buitrago

Edición:

Miriam Cotes Benítez

Diseño y diagramación: Kolordigital - Tel.: 371 2380

Impresión: On line Visión Gráfica - Tel.: 400 9745

Impreso en Bogotá, Colombia, en agosto de 2005

Esta publicación fue realizada gracias al apoyo financiero de Diakonia, pero el contenido no necesariamente expresa la opinión de esta organización.

Colombia Diversa
Calle 30A No. 6-22 Oficina 1102
Teléfono: (57-1) 483 12 37;
Fax: (57-1) 288 03 93
Correo electrónico:
info@proyectocolombiadiversa.org
Sitio en Internet:
www.proyectocolombiadiversa.org
Bogotá, Colombia



COLOMBIA DIVERSA



CONTENIDO

ABREVIATURAS

AGRADECIMIENTOS

PRESENTACIÓN

INTRODUCCIÓN

I - EL DERECHO A LA IGUALDAD

NORMAS INTERNACIONALES

NORMAS NACIONALES

NORMATIVIDAD EN FORMACIÓN

II - EL DERECHO A LA LIBRE ORIENTACIÓN SEXUAL

NORMAS INTERNACIONALES

Intimidad personal y familiar

Vida privada y orientación sexual

DESARROLLO NO CONVENCIONAL

El derecho a la orientación sexual

Los derechos sexuales

NORMAS EN COLOMBIA

La orientación sexual y la identidad de género

El ejercicio de la sexualidad: la visita íntima a personas privadas de la libertad

Transexualidad e intersexualidad

III - EL DERECHO A LA FAMILIA

NORMAS INTERNACIONALES

NORMAS EN COLOMBIA

El matrimonio y sus implicaciones

La unión marital de hecho

Las familias homosexuales

Las familias homosexuales y sus hijos/as

NORMATIVIDAD EN FORMACIÓN



IV - DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

NORMAS INTERNACIONALES

Acceso a la educación

Educación adecuada

Ejercicio de la labor educativa

NORMAS EN COLOMBIA

La educación sexual

Los/as educadores/as

Los/as estudiantes

EL DERECHO AL TRABAJO

NORMAS INTERNACIONALES

NORMAS EN COLOMBIA

EL DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

NORMAS INTERNACIONALES

NORMAS EN COLOMBIA

Salud

Pensiones

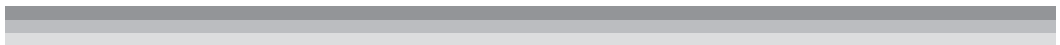
CONCLUSIONES

PROPUESTAS

ANEXO 1

ANEXO 2

BIBLIOGRAFÍA



ABREVIATURAS

ACNUDH:	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
CDH:	Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CDN:	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDAW:	Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CDH:	Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
DESC:	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
LGBT:	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgeneristas
OMS:	Organización Mundial de la Salud
ONG:	Organización No Gubernamental
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales



AGRADECIMIENTOS

Este documento se realizó gracias al apoyo financiero de Diakonia y de personas naturales que hicieron sus donaciones a Colombia Diversa en 2004. La investigación documental y escritura del texto base fueron realizadas por el abogado Luis Andrés Fajardo con el apoyo de estudiantes en práctica de la Universidad Externado de Colombia, a quienes agradecemos su empeño y dedicación.

Colombia Diversa también agradece todos los comentarios, observaciones e ideas que aportaron organizaciones como la Comisión Colombiana de Juristas y personas como Marta Tamayo, Esteban Restrepo, Daniel Sastoque, Juan Pablo Ordoñez, Gómez - Pinzón Abogados S.A., Germán Humberto Rincón, Cristina Castro, Mauricio Albarracín, Gustavo Osorio, Iván Onatra y Miriam Cotes.

Gracias por todo su apoyo y compromiso.

Marcela Sánchez Buitrago
Directora Ejecutiva
Colombia Diversa



*¿Cómo es posible vivir en el mundo, amar al prójimo, si el prójimo, o incluso tú mismo
no acepta quién eres?*

Hannah Arendt



PRESENTACIÓN

La finalidad de esta publicación es poner en evidencia la situación actual del sistema legal colombiano frente a las necesidades y derechos las personas LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas)¹. Se trata de estudiar la legislación colombiana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos. Esto lleva a reconocer, en algunos casos, los avances del sistema colombiano (especialmente en el judicial) y, en otros tantos, las falencias (especialmente en el legislativo) y omisiones del derecho nacional.

No se trata, por ahora, de imaginar derechos nuevos. Simplemente se trata de tomar los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos y aplicarlos al caso concreto de las personas LGBT, según las interpretaciones que han hecho los órganos internacionales o, incluso, algunas cortes colombianas². Sin embargo, no dejamos de lado la posibilidad futura de vislumbrar nuevas definiciones de los Derechos Humanos y de proponer la adaptación de las normas a las diversas experiencias de las identidades de género y la orientación sexual.

Para esta investigación de carácter exploratorio se tomaron sólo algunos de los Derechos Humanos, puesto que si bien la situación general de los Derechos Humanos en Colombia pasa por una crisis profunda, no se pretende hacer un informe general, sino prestarle principal atención a aquellos derechos más afectados para las personas LGBT, y los que más acciones judiciales han provocado. Las personas LGBT son sujetos de todos los Derechos Humanos, pero sufren de falta de garantías frente a todos y cada uno de ellos. Las perso-

¹ En Español la sigla LGBT se utiliza habitualmente por las organizaciones defensoras de los de los Derechos Humanos para referirse a las personas con orientación sexual homosexual, bisexual o identidad de género diversa. Para efectos de este trabajo, LGBT comprende las siguientes personas: lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas. En el nivel internacional, la sigla también ha incluido a personas intersexuales, *queer*, travestis y *questioning* (personas que no están seguras o no han asumido una orientación sexual). Aunque partimos del reconocimiento de que en materia de sexualidad e identidad sexual y de género y su expresión no existen identidades fijas, nos atrevemos a hacer algunas definiciones básicas para personas poco familiarizadas con el tema.

Lesbianas: mujeres que se reconocen como tales, que se sienten permanentemente atraídas de forma erótico/afectiva hacia otras mujeres y que viven su sexualidad en ese sentido.

Gays: hombres que se reconocen como tales, que sienten exclusivamente atracción erótico/afectiva por otros hombres y desarrollan su vida sexual en ese sentido. En este documento se utiliza la palabra en inglés *gay* para hacer explícitas las diferencias entre hombres y mujeres homosexuales (lesbianas). Tanto las palabras *gay* como *lesbiana* superan la connotación médica del término homosexual y rescatan las posibilidades políticas de tal nominación. A diferencia de *gay*, la palabra *lesbiana* conlleva alto rechazo social, por lo que muchas mujeres homosexuales prefieren llamarse mujeres *gay*. Nuestro propósito es evidenciar la diversidad y las diferencias dentro del propio colectivo LGBT.

Bisexuales: hombres y mujeres que se sienten atraídos/as erótico/afectivamente tanto por personas del mismo sexo como del sexo opuesto.

Transgeneristas: esta categoría tiene que ver con la identidad sexual y de género más que con la orientación sexual (L., G. o B.). Incluye travestis, transexuales y transformistas. Aquí se encuentran personas que transitan por su identidad sexual, con o sin intervención quirúrgica.

Transexuales: personas que se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto y que optan por una intervención médica (hormonal y/o quirúrgica) para adecuar su apariencia física (biológica) a su realidad psíquica, espiritual y social.

Travestis: personas que expresan su identidad de género, de manera permanente o transitoria, a través de la utilización de prendas de vestir y actitudes del otro género.

Intersexuales o hermafroditas: personas que biológicamente desarrollan las características físicas y genitales de los dos sexos. Aunque existen diferentes grados de intersexualidad y extensa literatura científica sobre el tema, nos parece importante resaltar la autonomía de los seres humanos para definirse a sí mismos/as y reconocemos la posibilidad de definir la intersexualidad como un género en sí mismo con sus propias características y más allá de la polaridad hombre/mujer.

² La investigación jurisprudencial se basa en sentencias de la Corte Constitucional colombiana y en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Las sentencias del ámbito regional y local tienen, sin duda, una importancia vital para el objetivo perseguido por este estudio. Sin embargo, serán objeto de un estudio posterior, dado que en este texto pretendemos analizar ante todo el marco nacional y general de los derechos estudiados.

nas LGBT son víctimas constantes de homicidios así como de torturas físicas, psicológicas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, por falta de protección por parte del Estado. Sin embargo, en lo legal, la problemática no se relaciona simplemente con estos derechos. Hace parte de un problema mucho más grave que engloba y compromete derechos como la vida, la integridad física, el trabajo o la participación política.

El derecho que se viola en el asunto que nos ocupa es principalmente el derecho a la igualdad, puesto que la discriminación fundada en la orientación sexual es la motivación de los homicidios, las agresiones y, en fin, la falta de protección por parte del Estado. Por ello, por ser el derecho más violado y por ser su protección y cumplimiento la principal garantía que necesitan las personas LGBT para vivir en una sociedad justa, nuestro estudio comienza con el análisis del derecho a la igualdad. No obstante, es necesario ver el derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad. También es imperativo proteger aquello que hace a las personas LGBT diferentes. La libertad en la orientación sexual es un componente esencial de la personalidad humana, un derecho humano que necesita protección como cualquier otro y cuyo respeto garantiza el cumplimiento al derecho a la igualdad, así como todos los demás derechos. El análisis de este derecho es inherente a un estudio sobre la situación de los Derechos Humanos de las personas LGBT y, por ello, este derecho constituye el segundo capítulo de nuestro trabajo. Más adelante se describe la situación en torno al derecho a la familia. Se escogió este tema porque ha sido, junto al de la seguridad social, uno de los más polémicos en lo que tienen que ver con el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT en el país.

14

Hoy en día, las familias conformadas por personas LGBT no tienen ningún reconocimiento en la normatividad colombiana ni mediante matrimonio, ni mediante unión marital de hecho. No obstante, se puede dar cuenta del sin número de formas familiares que existen entre las personas LGBT y que, por supuesto, van más allá de la pareja como tal. Queremos destacar, que si bien una de las luchas de gran parte del movimiento LGBT puede ser el reconocimiento de sus familias sea vía matrimonio o uniones de hecho, ésta no es la meta más importante pues la agenda LGBT, tanto en el país como en el mundo, es mucho más amplia. En cuanto al mismo reconocimiento de las parejas, existen novedosas y diversas posibilidades y alternativas para las que la ley existente simplemente es un marco muy limitado. Entre estas posibilidades está, por ejemplo, que sea reconocida como familia una pareja que no necesariamente convive bajo el mismo techo, requisito para la validez de las uniones maritales de hecho heterosexuales en el país o la posibilidad de cambio de sexo en el registro civil, sin el requisito de una cirugía. Así mismo, existe una amplia gama de posibilidades de reconocimiento que van desde aquellas que garantizan todos los derechos como el matrimonio, hasta otras que reconocen solamente los efectos patrimoniales de la unión. Algunas personas LGBT luchan por abanicos de posibilidades para optar y no le apuestan a una única alternativa bipolar: matrimonio o patrimonio.

La mínima posibilidad de tener el reconocimiento de las parejas, por lo menos les brinda a las personas LGBT la posibilidad de optar libremente por seguirla o no, mientras que el estado actual de desconocimiento formal de estas parejas refleja la imposición por parte del Estado a sus ciudadanos/as de un único modelo, el heterosexual, el cual pone en situación de vulnerabilidad a las personas que se “arriesgan” a la convivencia. La familia, entendida como el conjunto de derechos que de ella se derivan, ocupa una plaza fundamental en el estudio de los derechos de las personas LGBT. Su importancia radica en que ella se constituye, en gran medida, en un indicador del grado de evolución de la sociedad

nacional frente al respeto por la pluralidad y los derechos de los demás. Así mismo, el derecho a la familia involucra toda una gama de derechos que afectan no solamente a las personas LGBT sino incluso a sus hijos/as. El derecho a fundar una familia es, por ende, un derecho relevante en lo que se refiere a las personas LGBT. Además, representa un tipo de derecho especial, en tanto no protege simplemente la esfera individual del ser humano, sino una forma colectiva considerada fundamental, que implica la primera y más importante interacción entre el individuo y la sociedad. En este sentido, el derecho a la familia ocupa el tercer capítulo de nuestro informe y ahí se concluye el estudio de los derechos llamados de primera generación.

Este trabajo se cierra con el estudio general de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, en los cuales se centra gran parte de la agenda política LGBT. Sin posibilidades para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), las personas LGBT no tienen herramientas para concretar su derecho a la igualdad, la libertad y la dignidad. Estos derechos, si bien son fundamentales, no significan mucho si los estados no proveen los medios para ejercerlos plenamente. Por esta razón, la protección de los DESC es un reflejo del grado de reconocimiento a la dignidad del ser humano en una sociedad determinada. Estos derechos, que se traducen en las exigencias que pueden hacer los/as ciudadanos/as al Estado, son ciertamente violados a las personas LGBT bien por falta de protección en la ley o, incluso, por las desigualdades que crea la norma. En consecuencia, en este estudio se analizan los tres derechos más representativos de esta clasificación teórica, así: el derecho a la educación (incluido el derecho a la cultura) no sólo en el contexto del derecho a la igualdad, sino también en lo que se apega al derecho a la libre orientación sexual; el derecho al trabajo (derecho económico) en el marco de las normas que en el dominio laboral se convierten en un peligro de discriminación para las personas LGBT y, por último, el derecho a la seguridad social (derecho social) en lo que se relaciona con la desigual protección contra las personas LGBT a la luz de lo que se supone es la condición de existencia del Estado Social de Derecho.

Cada capítulo apunta a examinar la situación legal de los derechos en Colombia a partir de un recuento de la legislación internacional del que se pueden obtener los conceptos básicos sobre el contenido del derecho humano tratado. Posteriormente, se analiza el derecho nacional con la lupa de las normas constitucionales y legales existentes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En cuanto a la jurisprudencia, el documento se centra en los dictámenes de la Corte, toda vez que ella constituye la máxima jerarquía del derecho constitucional colombiano y, de hecho, la mayor parte del desarrollo de los Derechos Humanos se encuentra contenida en sus fallos. Al ser la Corte Constitucional la máxima instancia constitucional, sus decisiones reflejan el contenido de los derechos protegidos y, por ende, la posición de una parte del Estado frente a estos derechos. Las interpretaciones erradas que se hagan en jerarquías judiciales inferiores corresponden a un problema distinto que no toca especialmente a las personas LGBT y que podría distorsionar la visión de la situación actual³.

De la comparación entre el estado actual de los Derechos Humanos y la situación contemporánea de la legislación y la jurisprudencia colombiana surgen conclusiones sobre

³ Las interpretaciones erradas a las que se refiere el párrafo son aquellas interpretaciones restrictivas que haga el juez inferior desconociendo los avances que haya tenido la Corte Constitucional. Podría darse el caso contrario, es decir, aquel en el que el juez avance positivamente sobre una posición restrictiva de la Corte. En este caso, la interpretación errada la tiene la Corte y es el juez inferior quien puede conducir a un avance de la jurisprudencia.

las necesidades del sistema para cumplir con los compromisos internacionales y para darles a los Derechos Humanos un contenido efectivo y no dejarlos como postulados vacíos. Las propuestas de este informe sobre normatividad, seguimiento de normas y participación ciudadana, se fundamentan en la idea de una democracia pluralista y participativa, en la que la defensa de los Derechos Humanos es una tarea de todos y de todas, y el cumplimiento del derecho a la igualdad empieza por la preocupación frente a los problemas de los/as demás. En la actual discusión teórica sobre los Derechos Humanos, lo logrado hasta el momento para la humanidad es el parámetro mínimo y los nuevos logros hacen parte de un proceso de renovación permanente de acuerdo con las nuevas demandas de dignidad del ser humano.

Con esta publicación, que hace parte de una serie de documentos que producirá Colombia Diversa en su objetivo de promover la defensa de los Derechos Humanos de las personas LGBT en el país, se espera contribuir a la generación de una amplia y diversa agenda de incidencia política a corto, mediano y largo plazo, para la transformación de la condición y posición de las personas LGBT en el país, en el marco del ejercicio pleno de sus derechos, lo que sin duda redundará en una mejor situación de Derechos Humanos en el país. Por supuesto, esta agenda hace parte de una propuesta integral que va más allá del escenario legal. Finalmente, reconocemos que la situación de Derechos Humanos de las personas LGBT profundiza la grave e indiscriminada situación de Derechos Humanos en el país. Colombia Diversa reconoce, retomando las palabras de la peruana Rebecca Sevilla, una de las fundadoras de la ILGA, que “existe un proceso dentro de los grupos de lesbianas y gays en América Latina que tiene características diferentes a los de los otros continentes. La lucha en América Latina, el reconocimiento de los derechos de gays y lesbianas, está muy ligada a la lucha en general por los Derechos Humanos, en el contexto de situaciones políticas, económicas y sociales adversas.”

INTRODUCCIÓN

Los Derechos Humanos, es decir, aquellas exigencias de la persona frente al Estado que surgen de la libertad y la dignidad inherente a cada ser humano, son, desde los tiempos de la Revolución Francesa, la razón de ser y el objetivo de todo Estado de Derecho. La comunidad internacional, aunque tardíamente, ha venido desarrollando desde 1948 toda una red de protección de los Derechos Humanos que ha servido para inculcar y verificar el sentido responsable y humano de cada país en el mundo. Colombia, por su parte, lleva más de cuarenta años de conflicto social y armado, en el que la situación de Derechos Humanos ha tenido una importante cuota. Hoy en día, Colombia sufre el más grave de los conflictos del hemisferio occidental y, a su vez, es uno de los países con mayores problemas en cuanto a Derechos Humanos y derecho humanitario.

Paralelo al conflicto armado coexiste un país con una democracia formal y un sistema jurídico estables. Gracias a ello se logró en 1991 una Constitución Política que parte del principio de que Colombia es una sociedad pluralista, reconoce algunos derechos como fundamentales y, lo más importante, dota a colombianas y colombianos de unos recursos eficaces para proteger estos derechos. Es, además, el paso más claro del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, que tiene como centro a la persona. Gracias al recurso de la acción de tutela instaurado por el Artículo 86 de la Constitución y a la creación de la Corte Constitucional encargada de velar por el respeto a las normas de la Constitución, se han logrado dar grandes pasos hacia una sociedad moderna y respetuosa de los Derechos Humanos. Sin embargo, uno de los problemas de Colombia es que en muchas ocasiones la normatividad no tiene los efectos deseados. Ahora bien, si existen graves transgresiones a los derechos legalmente reconocidos, la situación es lógicamente más grave frente a derechos que el legislador no ha querido reconocer y que a duras penas han sido nombrados por la interpretación de la Corte Constitucional⁴.

El conflicto social y armado en Colombia es el agente principal en la violación de derechos. El desplazamiento y la violencia indiscriminada son situaciones que desconocen todo orden social y jurídico establecido. Lo cierto es que el irrespeto a los Derechos Humanos no se genera solamente de la violencia armada, legal o no. Colombia es un país de enormes desigualdades, con una grave brecha de inequidad y arraigadas prácticas de discriminación de género, racial, de clase y sexual.

La discriminación, un problema considerado internacionalmente como fundamental, es para Colombia un asunto de segundo orden y esto se traduce en que, a pesar de las recomendaciones internacionales, no existe hasta hoy una normatividad integral para tratar de manera adecuada este flagelo. Existen normas específicas contra la discriminación hacia las mujeres, tema en el que se han logrado avances y, también, aunque con menor desarrollo, existe regulación frente al tema de la discriminación contra afrocolombianas/os, indígenas y personas con discapacidad. En este contexto socio jurídico, se enmarca la grave situación de los sectores de población tradicionalmente discriminados. Aquellas personas que, en razón de una cualidad irrenunciable de su persona o de la decisión personal sobre la dirección

⁴ Ya se empiezan a conocer casos denunciados de violación a Derechos Humanos de Personas LGBT dentro y fuera del conflicto armado interno en Colombia, que incluso han merecido la atención de organizaciones internacionales como Amnistía Internacional. Testimonios de las propias víctimas serán retomados por Colombia Diversa en una segunda etapa de este estudio.

que libremente quieren darle a su vida, son tratadas en desmedro de sus derechos por el simple hecho de ser diferentes de un patrón social arbitrario.

Dentro de esos grupos discriminados, uno de los que ha sido mayoritariamente víctima de la acción y de la omisión del Estado en su contra es el de las personas que tienen una orientación sexual diferente a la heterosexual y/o las que no siguen normativas de género tradicionales. Estas personas se han visto condenadas al rechazo social, al desconocimiento de buena parte de sus derechos por parte del Estado y al atropello de los mismos sin ningún medio de defensa eficiente. En este sentido, vale retomar las reflexiones de Mario Madrid-Malo en torno a la seguridad democrática y ciudadana, pues según este autor, "las personas están verdaderamente seguras cuando su existencia cotidiana se desarrolla en condiciones dentro de las cuales les sea dado considerarse, en todos los planos, razonablemente libres y exentas de lesión, de riesgo o de de peligro (...). Está segura la persona de que se encuentra protegida contra las injerencias ilegales o arbitrarias del Estado en su vida íntima"⁵. Y ésta, sin duda, no es la situación actual de las personas LGBT en Colombia tanto en el nivel fáctico como en el jurídico.

La larga discusión sobre la naturaleza de la orientación sexual tuvo su principal tropiezo en los estándares religiosos y moralistas fundamentalistas de las sociedades que no permitieron un debate científico abierto y formador sobre el tema sino que se escudaron en criterios prejuiciosos para juzgar a las personas que tenían una actitud diferente. Ya desde 1935 autoridades científicas como Sigmund Freud determinaron con claridad el hecho de que la homosexualidad no es una enfermedad. Pese a esto, fue sólo hasta 1973 que la Asociación Psiquiátrica Norteamericana eliminó la homosexualidad de la clasificación de enfermedades mentales del manual de diagnóstico y estadística de los trastornos mentales (DSM). Acorde con esta clasificación, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que la homosexualidad no era una enfermedad en el año 1987 y dicha consideración entró en circulación oficialmente sólo a partir de 1993.

En Colombia, se sancionaba penalmente la homosexualidad masculina en el Código Penal hasta su reforma de 1980. A partir de entonces, y con la promulgación de la nueva Constitución Política en 1991, empezó una etapa de importantes avances, abanderada principalmente por la Corte Constitucional. Pese a ello, la situación actual de los Derechos Humanos de las personas LGBT es preocupante. Su reconocimiento en la normatividad es casi nulo y las normas que hacen referencia a temas relacionados con la sexualidad (como por ejemplo las de educación sexual) parten del sobreentendido cultural implícito de que el patrón es la heterosexualidad. En Colombia se educa para la heterosexualidad, se legisla para la heterosexualidad y se protege al individuo y a la familia heterosexual. Algunas autoras le han dado el nombre de "heterosexualidad obligatoria" a este tipo de sistemas de privilegios⁶.

Todo lo anterior, unido al arraigado paradigma cultural de discriminar y excluir a quienes no se ajustan a los patrones sociales de etnia, raza, religión y orientación sexual (blanco,

⁵ Madrid-Malo, Mario. 2004. Conferencia presentada en noviembre de 2004 en el Comité Distrital de Derechos Humanos de la Personería de Bogotá.

⁶ La heterosexualidad obligatoria es el sistema cultural que da por sentado que la heterosexualidad es la norma y que cualquier otra orientación u opción sexual distinta es una inversión, desviación, anormalidad, pecado, enfermedad o rareza. Una manifestación común de la heterosexualidad obligatoria es el hecho de que, en general, las personas presuponen que los demás son heterosexuales. Es una categoría analítica desarrollada por la teórica norteamericana Adrienne Rich y con antecedentes muy importantes aportados por Monique Wittig.

católico, heterosexual, hombre), se traduce para las personas LGBT en una situación de profunda inequidad que genera consecuencias graves en su autovaloración, en su posición frente a la sociedad y, sobre todo, en el quebrantamiento de sus proyectos de vida.

Cada una de las personas que conforma el colectivo LGBT tiene una forma de afectación diferente en sus derechos fundamentales. De hecho, el tratamiento del LGBT como grupo es, en sí mismo, muy complejo, puesto que cada componente en particular ha debido enfrentar un proceso social desigual. Teórica y políticamente comparten algunas preocupaciones comunes que se derivan del derecho a la libertad de orientación sexual. Sin embargo, son muchas las diferencias y desigualdades que caracterizan a cada componente del colectivo LGBT. Las violaciones a los Derechos Humanos de las personas LGBT no son comparables ni en magnitud, ni en características de las mismas, a las violaciones a cada una de las partes que componen este colectivo. Es común que las personas LGBT suelen ponerse en una misma categoría analítica y política, desconociendo las diferencias de poder entre cada una de las partes. Dada la posición que tienen los hombres en nuestras sociedades, es usual que la agenda de los hombres gay se tome como la agenda de las personas L, B o T. Así, las mujeres lesbianas, por ejemplo, tienen sobre ellas un doble riesgo de discriminación por el hecho de ser mujeres y por tener una orientación sexual homosexual que desde hace siglos el sistema patriarcal ha pretendido ocultar. Según Guacira López, la cancelación de la existencia de las lesbianas es una estrategia para controlar parte del deseo femenino⁷.

Las organizaciones no gubernamentales, algunos de los órganos de control de los Derechos Humanos y el movimiento lésbico feminista internacional han marcado un camino hacia el reconocimiento de la identidad lesbiana y hacia el respeto de los Derechos Humanos de estas mujeres, con importantes logros tanto en la esfera social y política como jurídica. La actual normatividad colombiana, a pesar de proteger a la mujer frente a ciertos tipos de discriminación, como la laboral o educativa, tiene un completo vacío en cuanto a las mujeres lesbianas. Incluso en la Corte Constitucional colombiana, la casi totalidad de casos relativos a la homosexualidad han sido presentados por hombres y muchos tratan necesidades de gays o parejas gay. En cuanto a la participación de mujeres lesbianas, han sido presentadas hasta ahora sólo dos acciones de tutela (ver tabla anexa). Un caso muy importante y de valiosas consecuencias es el presentado por una mujer a quien se le coartó su derecho a recibir visita íntima en su lugar de reclusión por su orientación lésbica. La Corte resolvió a su favor, creando un precedente fundamental que abrió la puerta para que otras personas gays o lesbianas hagan valer su derecho a la libertad y a la autodeterminación sexual.

El tema gay, por su parte, ha sido el que tradicionalmente ha tenido mayor participación y reconocimiento en la sociedad. Si bien, por una parte, este grupo, dada su mayor visibilidad, ha debido soportar las confrontaciones sociales más fuertes y ha sido víctima de ataques y ofensas por su condición, por otro lado, es el más reconocido socialmente y bajo el cual se pretende subsumir lesbianas, bisexuales y transgeneristas, como se dijo anteriormente. Esta forma de actuación en sociedad, mucho más explícita y numéricamente más representativa que la de las lesbianas, ha traído como consecuencia, por lo menos en ciudades como Bogotá, un efecto positivo. La convivencia con hombres gay se ha convertido

⁷ Según Guacira López Louro, citada por Valeria Flores, la ignorancia no es neutra, ni un "estado original." No es falta o ausencia de conocimiento sino un efecto de conocimiento. "...la exclusión opera mediante la creación de un dominio de sujetos desautorizados, presujetos, de poblaciones borradas del panorama visual y las lesbianas ocupan ese dominio de sujetas borradas de lo posible de imaginar." Flores, Valeria, 2003.

en una realidad tangible para los/as ciudadanos/as y esto ha generado una aceptación que, en ocasiones, ha trascendido los estándares de la simple tolerancia para convertirse en el deber de respeto y el derecho a la exigencia del mismo. Evidentemente, esta no es la situación de todo el país, puesto que esta avanzada social no ha logrado solidificarse con una legislación acorde que proteja sus derechos y sancione las actitudes discriminatorias. Por el contrario, como se dijo antes, las normas relativas a la sexualidad parecen estar inspiradas en la heterosexualidad y son escasas las menciones explícitas a la homosexualidad, bisexualidad o transgenerismo.

Algo que atañe igualmente a gays y lesbianas de forma similar es la desigualdad que establece el derecho colombiano entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales. Para las primeras existe toda una gama de derechos, puesto que la ley colombiana determina medios diferentes (matrimonio o unión libre) a través de los cuales ésta puede conformar una familia y recibir por ello protección especial por parte del Estado. La segunda, es decir, la pareja formada por personas del mismo sexo, carece incluso del mínimo reconocimiento legal. Ningún derecho es reconocido a la pareja del mismo sexo. La ley ni siquiera otorga una denominación a las personas que componen estos tipos de pareja. No hay posibilidad de unión libre y menos aún de matrimonio y esto implica no poder acceder a toda una gama de derechos que se derivan de estos actos. La misma Corte Constitucional ha creado una brecha entre lo que considera “la familia constitucionalmente protegida” y las parejas del mismo sexo que, aunque sociológica y antropológicamente constituyen familias, carecen, según la Corte, de las características necesarias para constituir una familia en el sentido legal⁸.

20

En cuanto a las personas bisexuales, en todos los niveles son las personas menos reconocidas de los que conforman el colectivo LGBT. Este es un grupo para el cual no existe ni en la legislación internacional y menos aún en la legislación nacional, derecho u obligación alguna, específicamente reconocido como tal. No existe mención ni positiva ni negativa sobre su situación, es decir, su invisibilidad es absoluta. Aunque la persona bisexual podría estar en un lugar común tanto para heterosexuales como para homosexuales y, por ende, disfrutar y soportar tanto las ventajas como las desventajas de ambos grupos, es deseable que en el futuro, y en la medida de una mayor visibilidad social y legal, estas personas puedan tener consideraciones específicas de acuerdo con sus vivencias. El derecho actual sólo afecta la bisexualidad en cuanto la desconoce y la trata con las características de tipos que no se ajustan a los propios. En todo caso, las carencias normativas o las discriminaciones legales contra personas homosexuales también afectan a las personas bisexuales, en tanto parte de su vida puede asimilarse al grupo de gays y lesbianas (aunque este abordaje es insuficiente).

En cuanto a los/as transexuales y los/as intersexuales se puede decir que su reconocimiento y su protección especial constituye una etapa evolutiva para el derecho. El camino hacia esa evolución ha sido reconocido en el ámbito internacional por órganos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en el nacional, desde hace más de diez años se ha expresado, tanto por la Corte Constitucional como por otros organismos, la necesidad de una legislación acorde con la protección de estas personas. Sin embargo, es muy poco lo que se ha desarrollado al respecto. El reconocimiento judicial de la libre orientación sexual,

⁸ Cabe anotar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha reconocido más de 17 tipologías familiares en su trabajo con menores, las cuales no se reducen a la familia nuclear completa, casada y heterosexual.

el derecho a la autonomía y a tomar las decisiones sobre su propia sexualidad con la información y conciencia suficiente son los pilares sobre los cuales se ha empezado a establecer la estructura jurídica de los derechos de estas personas. De ahí, que la discriminación en todos los niveles, el rechazo social y la falta de protección estatal han convertido a las personas transgeneristas (sean ellas travestis o transexuales) en uno de los grupos más vulnerables tanto de la violencia fruto del conflicto armado como de la violencia común ciudadana. La deserción escolar y la falta de empleo estable terminan por obligar a muchas de ellas a dedicarse al trabajo sexual como única forma de sustento. Esto, a su vez, cierra el círculo vicioso de vulnerabilidad ante los crímenes de odio, el desempleo y la violencia sexual.

La expresión de las personas travestis ha sido tomada como una forma de expresión homosexual por parte de la Corte Constitucional y, en ese sentido, se ha determinado que está protegida legalmente mientras no atente contra los derechos de los demás ni vaya contra las reglas mínimas de respeto que implican los lugares públicos. En el caso *sub examine* existe un vacío legislativo que deja en pie de vulnerabilidad a estas personas frente a la violencia y a la discriminación de la sociedad, pero, incluso, aparte de la grave desprotección antidiscriminatoria, según decisiones de la Corte Constitucional, las personas que ejerzan el travestismo en un establecimiento educativo pueden ser legítimamente expulsadas del mismo. Es difícil comprender el grado de afectación social del hecho de vestirse con prendas del sexo opuesto cuando se quiere mostrar otra expresión de género, teniendo en cuenta que uno de los principios de la educación es el respeto por la diversidad, por la pluralidad y por los derechos fundamentales. Pero, en fin, esta es otra de las muestras de la necesaria adaptación de la normatividad a una sociedad que evoluciona y cuyas necesidades deben ser reconocidas y respetadas.

En cuanto a las personas intersexuales, el mayor problema se desprende de los parámetros socioculturales según los cuales sólo pueden existir dos sexos. El rechazo y el prejuicio ante lo que es diferente llevan a la sociedad a querer asimilar hacia uno u otro género a quien probablemente no se siente parte de ninguno de esos modelos y vive su sexualidad, componente integral de su personalidad, de una forma distinta. Cabe destacar que los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia son reconocidos internacionalmente como modelo para el abordaje constitucional del tema de la intersexualidad.


Ante esta ausencia de seguridad jurídica, las personas LGBT han encontrado en la acción de tutela la principal herramienta para la garantizar el ejercicio de sus derechos. Gracias a ella, muchas personas LGBT han visto protegidos sus derechos al trabajo, la educación, la salud, la libertad, la dignidad o la igualdad. Sin embargo, es por lo menos cuestionable en términos de justicia social, que un grupo tenga, en la mayoría de los casos, casi una única herramienta de defensa de sus derechos. Adicionalmente, esto muestra no sólo un desarrollo precario de las normas en asuntos LGBT, sino un bajo nivel de apropiación por parte de las personas LGBT de mecanismo de protección de sus derechos.

En resumen, sin bien la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una amplia e importante jurisprudencia al respecto de los derechos de las personas LGBT, principalmente gracias a las demandas presentadas como se dijo anteriormente por hombres homosexuales, queda mucho camino por recorrer. Según Rodrigo Uprimny, la Constitución colombiana es pluralista y abierta a las diferencias y la diversidad, y sin bien los pronunciamientos de la Corte Constitucional han implicado un mayor reconocimiento jurídico de los derechos de las

personas LGBT, éste se ha dado con tensiones y contradicciones. Así mismo, considera el jurista, que el avance en el mejoramiento sustantivo del goce efectivo de los derechos en la vida cotidiana de estas personas es relativo⁹.

Todo lo anterior muestra que se necesita un grado de civilidad suficiente para entender, aceptar, respetar y convivir con lo diverso. Sin embargo, la evolución de la sociedad no es un proceso espontáneo. Hay que construirla y para hacerlo, el Estado tiene un papel fundamental en la educación en Derechos Humanos que se consolidan en la normatividad y en la acción.

⁹ Nos preguntamos, por ejemplo, por el efecto que pueden producir pronunciamientos de grandes cortes como la Constitucional o la Corte Suprema de Justicia sobre la realidad de personas LGBT en pequeños municipios colombianos, alejados de los grandes debates de la modernidad o por el efecto positivo o negativo de sentencias de jueces locales y tribunales departamentales sobre la vida cotidiana de personas LGBT de estos sitios.



¿Carlos Gaviria considera la homosexualidad como desarrollo de la personalidad?-Será el desarrollo de la animalidad a lo que pretende darle vía. Él como jurista tiene que respetar la Constitución, en cuyo preámbulo se invoca la protección de Dios. Cuando en cuatro o cinco artículos, la Constitución habla de moral, se refiere a la moral de Dios.

José Galat Nemoun

EL DERECHO A LA IGUALDAD

NORMAS INTERNACIONALES

Consagrado como norma rectora de gran parte de la legislación internacional¹⁰, el derecho a la igualdad tiene, según la jurisprudencia¹¹, una triple dimensión obligatoria para los Estados: igualdad formal ante la ley, igual protección legal y protección contra la discriminación.

La primera de estas dimensiones consiste en abstenerse de distinguir entre las/os ciudadanas/os para el respeto de sus derechos. La ley debe tratar de la misma forma a todas y todos, sin ninguna distinción en cuanto al respeto de sus Derechos Humanos. La

¹⁰ Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Artículos 2 y 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 1 y 24; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, Artículo 3; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 2; entre otros.

¹¹ El CDH en su observación general N° 18, dijo: "En virtud del Artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y se garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación (...)"

igual protección legal consiste en poner en funcionamiento todo el aparato estatal para hacer efectiva la igualdad de las personas bajo su protección. Para el Estado, esta obligación implica proteger de la misma forma a todas/os sus ciudadanas/os y ofrecerles los mismos beneficios y garantías sin ninguna diferenciación. Por último, la no discriminación representa a su vez una obligación de omisión y de acción. De omisión, en cuanto implica la obligación de abstenerse de cometer cualquier acto que implique una diferenciación a la hora de respetar los derechos de los ciudadanos. De acción, en tanto obliga al Estado a poner en marcha todos los medios necesarios para proteger a las/los ciudadanas/os de la discriminación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado específicamente sobre esta triple connotación y se ha encargado de reconocer el valor imperativo del derecho a la igualdad dándole el carácter de norma de *jus cogens*, es decir, como norma superior frente a la cual toda disposición contradictoria es nula¹². En cuanto a la responsabilidad del Estado frente a este derecho, la Corte Interamericana señaló en la Opinión Consultiva OC-18 que:

El Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. (...) Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición¹³.

Sin embargo, la igualdad de la que nos habla el derecho no es una igualdad matemática o absoluta. Existen diferencias reales o sociales que, en ocasiones, pueden hacer necesario un tratamiento diferenciado por la ley (nunca frente a la ley), bien sea porque es preciso crear un desequilibrio legal para proteger a un grupo determinado (diferenciación positiva), bien porque el normal funcionamiento de la sociedad lo hace necesario (caracterización entre empleados públicos y privados, entre militares y civiles, etc.). Por lo tanto, el principio de igualdad no se refiere simplemente a una igualdad formal sino a una igualdad dinámica que comprenda las diferencias reales entre las personas y que, por ende, en algunas

¹² Artículo 53 de la Convención de Viena sobre tratados, 1969.

¹³ Al respecto, la Corte Interamericana en su opinión consultiva OC-18 del 17 de septiembre de 2003 expresó: "Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los Derechos Humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende 'directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona.' El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actitud del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los Derechos Humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. (...) En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico."

situaciones exige un tratamiento preferencial frente a un sector de la población que se encuentra en riesgo de discriminación¹⁴.

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos regularmente enumeran un listado de criterios prohibidos de discriminación. Estos criterios tienen un carácter indicativo y no taxativo. De hecho, la redacción misma de los artículos deja abierto el campo de aplicación a otros casos¹⁵. De todas formas, el estudio de la razonabilidad y objetividad de la medida es lo que permite determinar si es o no violatoria del derecho internacional. En ese sentido, si bien la distinción basada en la orientación sexual no se encuentra expresamente incluida dentro de los criterios prohibidos por las normas internacionales, no por ello puede entenderse que constituya una forma permitida de discriminación. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU¹⁶ ha dicho en el asunto *Toonen vs. Australia* que la discriminación fundada en la orientación sexual está comprendida por la referencia al "sexo" que hacen los Artículos 2 y 26 del PIDCP como una causal prohibida de diferenciación¹⁷. Igualmente, en un caso más reciente, el Comité, al estudiar el caso de reclamación de pensión por parte de la pareja homosexual de un pensionado que había muerto, resolvió, bajo la tesis de que la protección igualitaria ante la ley establecida por el Artículo 26 del PIDCP se traduce en la obligación que tiene el Estado de otorgar igual protección a una pareja del mismo sexo que a una heterosexual, a no ser que el Estado pueda demostrar que existen criterios objetivos y razonables que justifiquen la diferenciación¹⁸. Por ende, se puede concluir que la orientación sexual como criterio prohibido de discriminación se encuentra incluida en los instrumentos internacionales cuando hacen referencia al sexo o a cualquier otra condición.

En cuanto a la Unión Europea, desde 1997 el Tratado de Ámsterdam capacita al Consejo Europeo para tomar las acciones necesarias dirigidas a evitar la discriminación fundada, entre otros motivos, en la orientación sexual. En 2004 se incluyó en la Constitución de Europa la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo Artículo 21 prohíbe la discriminación arbitraria basada en la orientación sexual.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, observación general Nº 18 Párrafo 11: "El comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los Derechos Humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate, un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto."

¹⁵ En ese sentido, el carácter prohibido de la discriminación fundada en la discriminación sexual puede basarse, por ejemplo, en lo que concierne al Sistema Interamericano, en la redacción de sus artículos. Así, el Artículo 1 de la Convención ADH, dice: 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

¹⁶ El Comité de Derechos Humanos (CDH) es el órgano encargado del control y vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Fue creado por el Protocolo Facultativo al PIDCP del 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

¹⁷ Ver CDH, fallo del 4 de abril de 1994 en el caso *Toonen vs. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992.

¹⁸ En el fallo del 18 de septiembre de 2003, del caso *Young vs. Australia*, CCPR/C/78/D/941/2000, el CDH debió resolver sobre si el no reconocimiento de una pareja homosexual, para efectos de otorgar una pensión al sobreviviente era violatorio del Artículo 26. En ese sentido, el Comité dijo: "El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación en virtud del Artículo 26 incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. (...) En el caso presente, está claro que el autor, como pareja del mismo sexo, no tenía la posibilidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con el Señor C., a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a su sexo u orientación sexual. (...) El Estado Parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual."

En cuanto a grupo, las personas LGBT deben considerarse en riesgo de discriminación y, por ende, requieren de una protección especial por parte del Estado, que trae como consecuencia una diferenciación razonable. La diferenciación en este sentido, denominada por la Corte Interamericana “acción afirmativa” no sólo es una diferenciación válida y no discriminatoria, sino que se constituye en una obligación en virtud del principio de igualdad. El Comité Derechos Humanos ha dicho al respecto:

(...) El principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los Derechos Humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto¹⁹.

Por su parte, en uno de los informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura se ha llamado la atención sobre cómo integrantes de las minorías sexuales (esto es, personas LGBT) son sometidas/os a hostigamiento, humillación y maltrato verbal por su orientación sexual o identidad de género. En muchos países del mundo, las/os integrantes de las minorías sexuales son sometidas/os a tortura y otras formas de maltrato en forma desproporcionada porque no se ajustan a las expectativas de género socialmente construidas.

26

Finalmente, la Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre Defensores de los Derechos Humanos ha llamado la atención sobre lo siguiente:

Los riesgos de mayor envergadura (...) a que se enfrentan las defensoras y los defensores de los derechos de determinados grupos dado que su trabajo cuestiona las estructuras sociales, las prácticas tradicionales y las interpretaciones de los preceptos religiosos que se han utilizado durante largos períodos para permitir y justificar la violación de los Derechos Humanos de quienes forman parte de tales grupos. De especial importancia serán (...) los grupos de Derechos Humanos y aquellos que actúan en cuestiones de sexualidad, sobre todo de orientación sexual (...). Esos grupos suelen ser muy vulnerables al prejuicio, la marginación y el repudio públicos no sólo por parte de las fuerzas del Estado sino también de otros actores sociales²⁰.

NORMAS NACIONALES

El principio de igualdad es, hoy en día, parte integral de la normatividad colombiana. El proceso histórico que ha venido generando la evolución jurídico/social en ese sentido tiene su mayor logro en los Artículos 2 y 13 de la Constitución Política de Colombia en los que se desarrollan las facetas de no discriminación e igualdad de protección ante la ley. En el Artículo 13,

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, observación general Nº 18 sobre el derecho a la igualdad.

²⁰ HRW. 2003.

además, se plasma la obligación del Estado de proteger especialmente a los grupos discriminados²¹.

La Constitución Política de 1991 fue la primera carta política colombiana redactada por una Asamblea Constituyente democráticamente electa. En ella se plasmó, desde el primero de los artículos, el carácter pluralista de la república, se reconoció una serie de Derechos Humanos fundamentales acordes con el desarrollo internacional y, al mismo tiempo, se convirtió al ciudadano/a en un ser participativo, dotándolo de acciones accesibles y eficaces para defender sus derechos y participar en el desarrollo de su comunidad. Entre dichos recursos, la Acción de Tutela ha ganado una importante posición en cuanto a la protección efectiva de los Derechos Humanos en Colombia.

La actual Constitución Política reconoce y protege el derecho a la igualdad en sus distintas dimensiones. Buena parte de los artículos que consagran derechos fundamentales hacen referencia explícita a la igualdad de las personas frente a su aplicabilidad por medio de frases iniciales como "Toda persona tiene derecho..."; "Toda persona es libre..."; "Nadie podrá ser..."; "Todo ciudadano tiene el derecho..." que determinan de antemano la posibilidad de que la violación del derecho implique paralelamente una forma de discriminación. Es la forma de protección de un derecho a la igualdad concreto, limitado a aquellos Derechos Humanos considerados por la Carta como fundamentales, los que por principio deben reconocerse y respetarse a todas las personas de forma absoluta.

Por otra parte, la Constitución Política de Colombia, en su Artículo 13, reconoce el derecho a la igualdad ante a la ley y el derecho a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades y gozar de los mismos derechos. En otras palabras, la Constitución consagra el derecho a la igualdad no en el sentido de ser un elemento de algún derecho fundamental, sino en el de constituir un derecho en sí mismo, independiente, a saber: el derecho a ser considerado/a como igual por la ley y a ser tratado/a y protegido/a de la misma forma por las autoridades²². Por ende, el derecho a la igualdad no sólo se transgrede cuando se viola uno de los derechos fundamentales consagrados por la Carta, sino también, en virtud del Artículo 13, cuando se establece cualquier tipo de diferenciación arbitraria o injustificada en la ley, en su aplicación, en el tratamiento de las autoridades o en la protección de los derechos (sin importar su naturaleza). De esta forma, la Constitución Política de Colombia es un instrumento avanzado en cuanto al concepto de no discriminación, puesto que

²¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 2: "(...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." 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. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan."

²² Como lo explica el jurista Carlos Bernal, "como derecho, la igualdad atribuye al individuo (el sujeto activo) el derecho de exigir del Estado (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad. En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al legislador." En: Bernal, Carlos. Sin fecha.

contempla la existencia independiente de un derecho a la igualdad, tal como lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³.

La Corte Constitucional colombiana ha jugado un papel fundamental en cuanto a la protección del derecho a la igualdad, encargándose de definir el contenido del derecho,²⁴ su alcance y los sistemas con los que se debe evaluar cada conducta para determinar si constituye o no una forma de discriminación. En lo que atañe a las personas LGBT, se puede decir que han encontrado en la Corte Constitucional un órgano medianamente eficiente²⁵ de control judicial que ha desarrollado una importante jurisprudencia en cuanto a la defensa de sus derechos, además de que, como lo reiteran algunos catedráticos, “el impacto de estas victorias judiciales parece, además, haber trascendido el campo jurídico, en la medida en que ha fortalecido la propia identidad y el autorrespeto de los homosexuales, pues el lenguaje de las sentencias y el hecho mismo de que esos asuntos fueran abiertamente estudiados por el máximo tribunal constitucional contribuyó a que el tema dejara de ser tabú...”²⁶.

En este sentido, la Corte ha determinado que:

El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende, consciente o inconscientemente, anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. El acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumir la violación del derecho a la igualdad²⁷.

El derecho a la igualdad, que implica la prohibición de todo acto discriminatorio, se establece, entonces, como una obligación para el Estado de tratar, tanto en la ley como en la acción administrativa, a todas las personas en igualdad de condiciones.

²³ Como ya se ha visto, existe una diferencia conceptual entre los distintos instrumentos de Derechos Humanos sobre el alcance del derecho a la igualdad. El Comité de Derechos Humanos ha estimado que el Artículo 26 consagra el principio general de igualdad ante la ley, proclamado por el Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, puesto que “prohíbe toda discriminación de hecho o de derecho en todos los dominios que relevan de la autoridad y de la protección de los poderes públicos.” CDH, caso *Broeks vs. Países Bajos*, 1987, párr. 12.3.

²⁴ La igualdad, en sus múltiples manifestaciones, igualdad ante la ley, igualdad de trato, igualdad de oportunidades, es un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana. Las normas que otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a personas o grupos de personas de manera diversificada e infundada contrarían el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece. La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.” Corte Constitucional, sentencia T098/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ La Corte Constitucional presenta, sin embargo, bastantes y fuertes contradicciones en lo que atañe a los derechos de las personas no heterosexuales. Al respecto, el jurista Daniel Sastoque, especialista en el tema, expresa: “No compartimos la creencia generalizada de que nuestro país es un paraíso jurídico y de derechos de la humanidad para homosexuales (hombres y mujeres); no importa que en la revisión de un fallo de tutela la Corte Constitucional colombiana conceda el amparo de algunos de los derechos fundamentales de un individuo, o que en sus pronunciamientos como máximo tribunal constitucional considere contrarios, total o parcialmente frente a nuestra Constitución, algunas normas discriminatorias de los homosexuales y otros partícipes sociales; la lectura de los fallos debe ser integral pues valga la pena recordar que estos están compuestos de una parte emotiva y una resolutive y mal podríamos extraer de sus contenidos frases alegóricas que solamente constituyen currículo oculto de la discriminación presente en el máximo órgano constitucional.” Daniel Sastoque, 1998.

²⁶ Uprimny, Rodrigo y García, Villegas Mauricio. 2001.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T098/96. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora bien, tradicionalmente en las normas que consagran el derecho a la igualdad se estipula una serie de criterios ante los cuales está prohibido diferenciar. Estos criterios sirven para determinar ciertas circunstancias ante las cuales se establece un refuerzo de la protección antidiscriminación por representar justamente situaciones de riesgo característico. En el caso de la Constitución Política colombiana, el Artículo 13, que consagra el derecho a la igualdad, menciona explícitamente algunos criterios prohibidos de diferenciación y plantea que no debe haber discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Sin embargo, a este respecto, la Corte Constitucional ha dicho que estos criterios no tienen un carácter taxativo y que "...aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, v.gr. las mujeres, los negros, los homosexuales, los indígenas, entre otros"²⁸. Estos criterios sospechosos²⁹ incluyen implícitamente la orientación sexual de las personas, la que asociada al concepto de "sexo" contenido en el Artículo 13 ha sido, en múltiples ocasiones, materia de protección por parte de la Corte Constitucional³⁰.

En este campo, la Corte Constitucional ha determinado que el "test de igualdad,"³¹ es decir, el examen bajo el cual se estudian los casos de diferenciación basada en la orientación sexual, es un "test estricto,"³² esto es, un sistema de evaluación del acto demandado según el cual sólo son válidas las diferenciaciones hechas por la necesidad que implica un objetivo imperioso de la sociedad. De otro modo, por tratarse de un criterio sospechoso de discriminación, toda diferenciación hecha en perjuicio de una persona en virtud de su

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-384/97, M. P. José Gregorio Hernández G.

²⁹ Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales." *Ibidem*.

³⁰ Una de las sentencias que da más claridad sobre la posición de la Corte frente a la orientación sexual es la T098/96. En ella, la Corte expresa que "toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto".

³¹ El llamado "test de igualdad" es el examen que hacen los órganos judiciales para analizar si un acto es o no discriminatorio. En ese sentido, existen dos grandes modelos de test de igualdad. Por una parte, el sistema europeo que se fundamenta en la proporcionalidad de las consecuencias de desigualdad producidas por el acto que se demanda con el objetivo (razonable) que se persigue y, por otro lado, el modelo de la Corte Suprema de los Estados Unidos por el que se establece una triple escala de exigencia frente al acto demandado dependiendo de la materia y el criterio de diferenciación.

³² Del estudio de la jurisprudencia constitucional (principalmente la sentencia C-93/01) se puede concluir que la Corte parece haber acogido un sistema integrado para examinar el cumplimiento del derecho a la igualdad, conservando para ello un test diferenciado, clasificado según la materia de estudio y según el criterio de discriminación aludido que se adecua según un estudio de proporcionalidad (la Corte combina los modelos europeo y americano en uno solo). Según esos criterios, el test que se utilice será estricto (implica que la medida debe ser necesaria para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad) en los siguientes casos: "1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del Artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio." (C-673/01). Con respecto al juicio de igualdad de carácter intermedio, la Corte ha determinado su aplicabilidad: "1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia" (C-673/01). Este test intermedio exige que el medio estudiado sea efectivamente conducente a lograr una finalidad constitucionalmente importante. Por último, el test débil de igualdad (por el que basta que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no sea prohibido) se aplica, según la misma sentencia, en los casos que traten de: "materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional...; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie *prima facie* una amenaza para el derecho en cuestión." De todas maneras, se supone que en estas materias se utilizará un test estricto cuando involucren otros factores como, por ejemplo, derechos fundamentales o criterios sospechosos de discriminación.

orientación sexual es contraria a la Constitución³³. Para la Corte, la justificación para utilizar un test estricto en los casos de diferenciación contra personas homosexuales se da porque: (i) se está en presencia de un grupo minoritario tradicionalmente discriminado, (ii) si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida que equivale a discriminación por razón de sexo y (iii), en todo caso, si la opción sexual es libremente escogida por el sujeto se coarta su derecho al libre desarrollo de la personalidad³⁴. Sin embargo, la aplicación del test estricto parece depender igualmente de la materia sobre la cual versa la diferenciación, la cual debe estar estrictamente ligada a situaciones de riesgo discriminatorio, puesto que, en caso distinto, puede aplicarse con relación a esa materia un “test débil”³⁵ en el que se considera legítima toda diferenciación adecuada al logro de una finalidad permitida, como sucede, por ejemplo, en el caso de la regulación de la actividad económica del Estado³⁶. Este criterio discutible³⁷ le ha permitido al Estado establecer ciertas diferencias en el tratamiento de parejas homosexuales y heterosexuales en lo referente al acceso a la seguridad social³⁸. Pero si bien, la protección constitucional del derecho a la igualdad es, sin duda, la que goza de mayor relevancia, este derecho tiene cabida, igualmente, en buena parte de la legislación colombiana. Así, por ejemplo, el Código Civil comienza definiendo como personas a todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición³⁹. La legislación penal y penal militar contienen el principio de igualdad y

³³ “El control de la razonabilidad y proporcionalidad de un trato diferente no puede realizarse de la misma manera en todos los campos, pues un juicio de igualdad estricto, en todas las materias, corre el riesgo de limitar excesivamente la capacidad de acción de las autoridades y la libertad política del legislador. Por ello, la Corte ha señalado que existen ámbitos en donde el análisis de la igualdad debe ser más intenso, entre los cuales conviene destacar aquellos casos en que las clasificaciones efectuadas por el legislador o por otras autoridades se fundan en criterios potencialmente discriminatorios como la raza, el sexo o el origen familiar, o restringen derechos fundamentales a ciertos grupos de la población, o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. En estos casos, el control del respeto de la igualdad por el juez constitucional tiene que ser mucho más estricto. De un lado, porque el inciso primero del Artículo 13 superior considera sospechosos ciertos criterios de clasificación que han estado tradicionalmente asociados a prácticas discriminatorias. De otro lado, porque conforme a la Constitución, todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades fundamentales. Y, finalmente porque la Carta ordena la protección de las minorías y las poblaciones en debilidad manifiesta.” Corte Constitucional, sentencia T-268/00M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³⁴ Ver Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, 2002. “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.” En: *Revista Pensamiento Jurídico*, N° 15, pág. 357.

³⁵ Al respecto, explica Bernal: “El escrutinio débil, llamado también “*rational basis-Test*”, representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el derecho norteamericano. En aras de respetar las exigencias del principio democrático, este escrutinio se aplica por regla general, aunque los ámbitos más comunes en que se lleva a la práctica son aquellos que deparan al legislador un ámbito de apreciación de contornos extensos, como, por ejemplo, la economía.” Bernal, Carlos. Op. Cit.

³⁶ La Corte Constitucional ha dicho al respecto: “Frente a las diferenciaciones basadas en categorías históricamente ligadas a prácticas discriminatorias, o donde la Carta consagra cláusulas específicas de igualdad, o que afectan negativamente a minorías, o que restringen derechos fundamentales, se considera que los jueces constitucionales deben aplicar un juicio de igualdad estricto. Conforme a ese “test” de igualdad fuerte, sólo se podrían considerar admisibles aquellas clasificaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado. En cambio, en otros eventos, por ejemplo cuando el Estado regula la actividad económica, el juicio de igualdad debe ser débil y, por ende, son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto es, no prohibida por el ordenamiento constitucional.” Sentencia C-445/95.

³⁷ Un buen análisis al respecto se encuentra en Moncada Roa, Patricia, 2002. “La huida de la Corte Constitucional: el derecho al onanismo.” En: *Revista Tutela*. No 25. Legis. En este artículo, la autora examina el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y se cuestiona sobre las razones por las cuales la Corte hace uso de un test débil, cuando en su jurisprudencia anterior había quedado establecido que las diferenciaciones contra personas homosexuales debían estudiarse bajo un test estricto.

³⁸ En la sentencia unificada SU-623/01, la Corte Constitucional, por una votación de cinco votos contra cuatro, decidió aplicar un test débil a la medida por la cual se niega el acceso a la seguridad social a las parejas de personas del mismo sexo. Se debe recordar que la Corte Constitucional es un órgano colegiado con miembros elegidos por una duración de ocho años, lo que hace que en algunas ocasiones la jurisprudencia no sea totalmente coherente con las anteriores decisiones. En este caso en especial, la Corte aplica un test débil, en virtud de que la materia regulada es de carácter económico, pero deja de lado el hecho de que la diferenciación que produce la norma demandada no obedece a un criterio económico sino a un criterio históricamente considerado como discriminatorio, es decir, la orientación sexual, lo que debería ser suficiente para aplicar el test estricto de igualdad.

³⁹ Código Civil, Artículo 74.

establecen que la ley se aplicará sin más diferencias que las establecidas en ella⁴⁰.

Especial importancia tiene el Artículo 58 del Código Penal⁴¹ que consagra como una causal de "mayor punibilidad" el hecho de que "la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima"⁴². De esta forma, se consagra una protección especial para las personas LGBT en los llamados crímenes de odio. Esta es una norma relativamente reciente (2000) que constituye en sí misma un avance de la legislación colombiana frente a la protección de la pluralidad y refleja de un modo importante la adaptación de la sociedad al respeto por la libertad en cuanto a la orientación sexual⁴³. Sin embargo, la redacción del Artículo 58 (Código Penal) hace imposible determinar el efecto real de esa "mayor punibilidad" puesto que, a diferencia de las normas agravantes de la pena, aquí no se establece ninguna regla sobre el efecto que puede tener la disposición citada en la tasación de la sanción penal. Se mantiene, así, una protección formal, cuyos efectos reales parecerían depender exclusivamente de la decisión judicial⁴⁴.

Una norma que hace referencia al ejercicio del derecho a la igualdad es el Código de Policía de Bogotá,⁴⁵ por cuanto consagra dentro de sus principios el respeto a los Derechos Humanos, la búsqueda de la igualdad material, la libertad y la autorregulación, el respeto mutuo, el respeto por la diferencia y la diversidad⁴⁶. Igualmente, determina que las relaciones de vecindad se deben fundamentar en el respeto por la intimidad personal y familiar de los vecinos y establece como una obligación de los/as ciudadanos/as el respeto a las manifestaciones públicas, consagra expresamente la orientación sexual de las personas como un criterio prohibido de discriminación y determina la obligación del Estado de adelantar campañas educativas para el conocimiento, tolerancia y respeto de los Derechos Humanos en el pluralismo social⁴⁷.

La desventaja de este código es que su alcance es muy limitado y no representa una real protección contra la discriminación puesto que sus postulados tienen una jerarquía mínima

⁴⁰ Código Penal, Artículo 7. "Igualdad. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar lo injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del Artículo 13 de la Constitución Política." Código Penal Militar, Artículo 13. "Igualdad ante la ley. La ley penal militar se aplicará a los miembros de la fuerza pública, sin tener en cuenta circunstancias diferentes a las establecidas en la Constitución y en la ley."

⁴¹ El actual Código Penal Colombiano corresponde a la Ley 599 de 2000.

⁴² Código Penal, Artículo 58, numeral 3.

⁴³ Sobre todo si se considera que este mismo código, en su versión de 1936 y que tuvo vigencia hasta 1980, contenía una norma que sancionaba penalmente la homosexualidad masculina. La homosexualidad femenina no era nombrada en la norma.

⁴⁴ La causal de agravación de la punibilidad es incierta. Por no establecer reglas exactas de aplicación no podría servir al juez como medio para establecer una pena mayor al máximo establecido por la ley para el delito cometido. Por ende, la mayor punibilidad interpuesta por el juez dependerá únicamente de su propio razonamiento y tendrá, en todo caso, los mismos efectos de cualquier otra circunstancia por la cual el juez decida poner una pena mayor o menor dentro del rango en que la ley le permite fijar la pena. Incluso, si el juez decidiera imponer la pena mínima aplicable por no existir una regla explícita de aplicación de la "mayor punibilidad" no habría forma de exigir al juez que aumentara la pena, puesto que no hay forma de determinar en cuanto debe aumentarse. Ello queda a la libre voluntad del juez.

⁴⁵ El actual Código de Policía de Bogotá se estableció por el Acuerdo 79 del 20 de enero de 2003.

⁴⁶ Código de Policía de Bogotá, DC., Artículo 1.

⁴⁷ *Ibid.* Artículo 10, numeral 7: "Respetar las manifestaciones de las personas, independientemente de su etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal, de acuerdo con lo establecido en este Código; (...) Título I: El Gobierno Distrital adelantará en forma permanente campañas de cultura ciudadana, para las cuales podrá coordinar con las entidades estatales de todo orden, las entidades sin ánimo de lucro, organizaciones civiles, no gubernamentales y organizaciones sociales, en cada uno de los aspectos relacionados con la convivencia ciudadana de todas las personas en el Distrito Capital. De esta manera organizará: (...) Artículo 245. Campañas educativas para el conocimiento de las distintas culturas urbanas con miras a fortalecer la tolerancia y el respeto a las diversas formas de pensar según la etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal."

en cuanto al orden jurídico nacional. Pero si bien existen normas tendientes a proteger el derecho a la igualdad con fundamento en la orientación sexual, lo cierto es que a pesar de la normatividad constitucional no existe en Colombia ninguna norma dirigida a sancionar las actitudes discriminatorias. En la legislación penal y policiva nacional no hay ninguna norma que tipifique como hecho punible la discriminación o los actos tendientes a difundir proclamas discriminatorias. Como ya se ha visto, la única disposición existente a este respecto es la "causal de agravación de la punibilidad" contemplada en el Código Penal, la que, en sí misma, no representa una forma real de protección puesto que carece de consecuencias jurídicas verificables.

El Código Disciplinario Único determina que es un deber del servidor público "tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio"⁴⁸. Igualmente, el/la servidor/a público/a tiene el deber de "actuar con imparcialidad, asegurando y garantizando los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación, respetando el orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas, acatando los términos de ley"⁴⁹. Por otra parte, en las prohibiciones a los/as servidores/as públicos/as se consagra expresamente la de no discriminar a las personas con base en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico⁵⁰. Sin embargo, no existe ninguna prohibición referente a la discriminación por orientación sexual, por sexo u otro tipo de criterio que pueda servir de fundamento para evitar el comportamiento discriminatorio.

Por todo lo anteriormente analizado, es importante la expedición de una ley estatutaria que desarrolle el derecho a la igualdad de las personas y la libertad de orientación sexual.

NORMATIVIDAD EN FORMACIÓN

La preocupación por la protección de las personas frente a la discriminación fundada en la orientación sexual no es un elemento nuevo ni original. Por el contrario, es una tendencia que, aunque relativamente reciente, está operando con mucha fuerza entre la comunidad internacional. El ejemplo europeo en el desarrollo de directivas destinadas a erradicar esta discriminación y en el control del respeto de las mismas es, entre otros, un elemento guía para las regiones y los Estados en que siguen existiendo situaciones de discriminación.

La directiva europea 2000/78/CE sobre la creación de un cuadro general a favor de la igualdad de tratamiento en materia de empleo y trabajo establece algunos criterios guía para el tratamiento y prevención de la discriminación. Así, por ejemplo, la obligación generada por esta directiva a los estados europeos es la de establecer herramientas legales que combatan la discriminación en su contenido amplio. Esto quiere decir castigar no solamente la discriminación directa, sino también la indirecta, y junto a ellas, el acoso y las represalias fundamentadas, entre otras, en la orientación sexual de las personas⁵¹. El derecho a la

⁴⁸ Código Disciplinario Único (Ley 734, de febrero 5 de 2002), Artículo 34, Deberes, numeral 6.

⁴⁹ *Ibid.*, numeral 38.

⁵⁰ *Ibid.*, Artículo 35, Prohibiciones, numeral 26.

⁵¹ Según la página en Internet de la Unión Europea sobre el tema de la discriminación, "la discriminación directa es aquella en que una persona es tratada de forma menos favorable que otra en una situación semejante y en razón de sus características como, por ejemplo, la orientación sexual. La discriminación indirecta es la que se produce cuando una norma, conducta o disposición, aparentemente neutral, tiene como resultado, en la práctica, la creación de una desventaja a ciertas personas en virtud de sus características, entre las cuales se encuentra la orientación sexual. <http://www.stop-discrimination.info/index.php?id=152>

reparación y la división de la carga probatoria son igualmente ejemplos importantes para el tratamiento de la discriminación, por lo menos en lo relativo a la materia laboral.

Actualmente, en Colombia se desarrolla un proceso en la Defensoría del Pueblo para diseñar un proyecto de Estatuto antidiscriminación dirigido a desarrollar el derecho a la igualdad contenido en el Artículo 13 de la Constitución mediante disposiciones acordes con las necesidades de los grupos principalmente discriminados puesto que, tal y como lo dispone el Artículo 152 de la Carta Política, las leyes que regulan “el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección” deben ser de este tipo⁵². El proyecto de ley estatutaria que se pretende versa sobre el derecho fundamental a la igualdad y, específicamente, sobre lo que se establece en el inciso segundo del Artículo 13 de esta norma superior, un mandato para el Estado que busca crear condiciones materiales para lograr una igualdad real y efectiva en beneficio de un grupo tradicionalmente discriminado.

La formulación de esta ley no es una preocupación aislada ni original. Al contrario, es una necesidad ligada al derecho a la igualdad que afecta no sólo a varios grupos tradicionalmente discriminados, sino también a todos los derechos de las personas en riesgo para las cuales no existe aún una legislación adecuada⁵³. A manera de ilustración, Katarina Tomasevski, Relatora Especial de la ONU para el Derecho a la Educación, se ha pronunciado sobre la necesidad de estudiar y prohibir los criterios discriminatorios, más allá de la simple diferenciación por género que, según la relatora, es la única que se ha investigado en Colombia⁵⁴.

El Estatuto Antidiscriminación debería partir del presupuesto de que el derecho a la igualdad es un derecho autónomo,⁵⁵ cuyo campo de acción cubre no solamente los derechos fundamentales sino todos los derechos y libertades públicas de las personas, y que obliga no sólo al Estado sino también a los particulares⁵⁶. Los ejemplos de derecho comparado pueden servir para dar un contenido específico a la obligación de no discriminación. En ese sentido, los temas principales de protección son el acceso y distribución de bienes y servicios, el empleo, la educación, la vivienda, y el acceso a lugares y reuniones públicas⁵⁷.

⁵² Ver, Mutatis Mutandi, Corte Constitucional, sentencia C-310 de 2000.

⁵³ La ley que se pretende desarrollar no es una norma extraordinaria ni desorbitada del sistema legal colombiano. De hecho, ya existen normas encargadas de desarrollar el Artículo 13 y que generan una protección especial a ciertos grupos (mujeres, poblaciones indígenas, personas afro colombianas, personas discapacitadas), de forma que existe un precedente normativo por el cual se reconoce el mandato constitucional del derecho a la igualdad.

⁵⁴ “(...) Con excepción del sexo, la discriminación sigue sin registrarse, lo que crea un círculo vicioso. Cuando la discriminación no se registra oficialmente, se puede ignorar. Dado que no existen datos cuantitativos, quien intente probar una situación discriminatoria está condenado a fracasar. Es imposible enfrentar la discriminación sin primero documentarla. La Relatora Especial recomienda un estudio inmediato del perfil y alcance de la discriminación en la educación, con la participación de las víctimas, encaminado a asumir políticas y prácticas para su eliminación y un control público del cumplimiento de éstas.” Informe 2003 de la visita a Colombia de la Relatora Especial para la Educación, Katarina Tomasevski, párrafo 30. En: *Observatorio de Derechos Humanos y derecho humanitario*, 2004.

⁵⁵ Si bien los Derechos Humanos están, por principio, correlacionados, es importante distinguir en el artículo consagrado por la Constitución un derecho independiente con un contenido propio, a saber, el derecho a que el legislador trate en condiciones de igualdad real a todas las personas, que las autoridades ejerzan sobre las personas una protección adecuada para lograr la igualdad real y, por último, a no ser diferenciado o excluido en cuanto al disfrute y acceso a sus derecho en razón de sus características propias.

⁵⁶ Los particulares pueden ser, en algunas ocasiones, objeto de esta ley, por ejemplo, cuando de ellos depende el acceso a un derecho y, en ese caso, nada los excluye de la obligación que implica el derecho a la igualdad.

⁵⁷ En el derecho comparado se pueden tener en cuenta los siguientes ejemplos: desde el 1 de diciembre de 2005, al entrar en vigencia el nuevo Código Procesal constitucional en Perú, la discriminación por orientación sexual será una de las causales para interponer procesos de acción de amparo... Artículo 37. “El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma,

En efecto, la versión actual para discusión (desde agosto de 2004) del proyecto de artículo sobre el Estatuto Antidiscriminación consagra, en el Artículo 20 sobre género e identidad de género, que son conductas discriminatorias:

1. No recibir en las fuerzas militares a personas cuyo comportamiento no se ajusta a los típicos de su género.
2. Brindar educación o elaborar textos escolares basados en estereotipos negativos sociales y culturales para mujer o para hombre.
3. No permitir u obstaculizar el cambio de nombre.
4. Obligar a las personas a asumir roles rígidos de género, en particular en lo relacionado con la presentación personal.

En el Artículo 21 sobre orientación sexual señala que son conductas discriminatorias en razón a la orientación sexual, entre otras:

1. Impedir o limitar el acceso a la educación, por este solo aspecto.
2. Impedir o limitar el acceso a un puesto de trabajo, por este solo aspecto.
3. Impedir o limitar la compra o alquiler de vivienda, por este solo aspecto.
4. Impedir o limitar el acceso o permanencia en el espacio público o a establecimientos públicos.
5. Impedir o limitar el acceso a cualquier servicio público con fundamento en el hecho de que la apariencia física no corresponda con el rol de género socialmente asignado.
6. Realizar hostigamiento en el lugar de trabajo o de estudio en razón de la orientación sexual.
7. Brindar educación con base en estereotipos sociales y culturales en razón de la orientación sexual.
8. Obligar al tratamiento psicológico o psiquiátrico.
9. Diseñar la política en derechos sexuales y reproductivos que no tenga en cuenta la diversidad de orientaciones sexuales.

Es importante, y así se ha establecido en el actual proyecto⁵⁸, que el Estatuto reconozca explícitamente que la discriminación por orientación sexual es una violación de la ley que produce un daño a la víctima⁵⁹, de forma tal que genere una obligación de reparación integral por parte del causante.

o de cualquier otra índole (...). Así mismo, el Código Penal islandés incluye como conducta ilegal el negar bienes o servicios con base en la orientación sexual de alguna persona. El Código Penal noruego prohíbe la discriminación con base en la orientación sexual en la provisión de bienes y servicios y en cuanto al acceso a reuniones públicas. El Código Penal finlandés protege a los individuos de la discriminación debido a su orientación sexual, en los servicios públicos o comerciales, o en cuanto al acceso a reuniones públicas. El Código Penal español declara el derecho de expresar la propia orientación sexual como una libertad fundamental y prohíbe la discriminación con base en la orientación sexual en cuanto a vivienda, empleo, servicios públicos y actividades profesionales. En Holanda, la Comisión para el Trato Igualitario provee las bases para resarcir la discriminación en situaciones de trabajo, educación y provisión de servicios. El Acta de los Derechos Humanos de Nueva Zelanda incluye protección contra discriminación por orientación sexual en el empleo, la educación, el acceso a lugares públicos, la provisión de bienes y servicios, y vivienda. Tomado de: IGLHRC, sin fecha. *Antecedentes internacionales en jurisprudencia y en políticas contra la discriminación a gays, lesbianas y homosexuales*. Adaptada por Amy Lavine y Stephanie Campos Watson.

⁵⁸ Artículo 50. "Reparación integral. Toda persona víctima de una conducta discriminatoria tiene derecho a una reparación integral. Se entiende por reparación la petición de perdón, la restitución, indemnización, rehabilitación y la garantía de no repetición, a través de una o más prestaciones a cargo del responsable de la conducta, realizada a favor de la víctima". Proyecto de artículos para la expedición del Estatuto Antidiscriminación, versión de agosto de 2004.

⁵⁹ Independientemente del daño secundario que pueda resultar de la discriminación, por la afectación que se haga a un derecho determinado, existe un daño primario consistente en el daño moral que sufre la víctima de discriminación por el simple hecho de ser objeto de una exclusión injustificada y arbitraria.

El actual proyecto no considera la discriminación como un delito. La ley estatutaria podría establecer una penalización por las conductas discriminatorias (y por ende adicionar un artículo al código penal) y establecer claramente el carácter subjetivo de la responsabilidad⁶⁰, tasando la pena en proporción al derecho violado, sin perjuicio de la responsabilidad civil resultante de la discriminación. Una acción afirmativa que podría tener un efecto importante sobre las personas LGBT sería el establecimiento de una presunción legal de protección, según la cual toda persona LGBT a quien se le restrinja alguno de sus derechos fundamentales, como por ejemplo, que sea expulsada de un establecimiento educativo o despedida de su trabajo, ha sido víctima de una discriminación en razón de su orientación sexual y, por ende, dicho despido o expulsión será considerado nulo por padecer de objeto ilícito. Algunas legislaciones consagran un tipo penal preciso al respecto. Se trata de los llamados crímenes de odio⁶¹ como una forma de utilización de la violencia con motivos discriminatorios⁶².

Un tema sobre el que no hace referencia el mencionado proyecto, es la sanción (administrativa, penal, y/o social) de conductas encaminadas a difundir consignas discriminatorias. Esta omisión es preocupante dado que algunas expresiones públicas de este tipo en sectores políticos, religiosos, educativos o en los medios de comunicación, incluida la publicidad, son abiertamente contrarias a la dignidad humana y al respeto por el pluralismo. Si bien no hay una discusión resuelta al respecto, lo cierto es que la discriminación no puede escudarse bajo el pretexto de la libertad de expresión. Este derecho está limitado por su función social y, sobre todo, por el respeto a los demás derechos fundamentales. La difusión de consignas discriminatorias no es un dialogo válido que enriquezca la sana controversia o la vida cultural de la sociedad. Por el contrario, esta clase de expresiones son, en sí mismas, una forma de discriminación por los efectos nefastos que puede producir. Por esta razón, en muchas legislaciones se consideran un delito⁶³.

Un avance importante que propone el proyecto de ley estatutaria es la dimensión institucional del tratamiento de la discriminación. De acuerdo con esto, se propone la creación de un Comité Nacional Antidiscriminación como órgano evaluador, consultivo y asesor en materia de derecho de igualdad en Colombia, y se asignan además funciones específicas a la Defensoría del Pueblo relativas a la atención y desarrollo de políticas frente al derecho a la

⁶⁰ La importancia de la norma radica en sancionar la exteriorización de las motivaciones discriminatorias. La conducta sólo puede calificarse como discriminatoria si la voluntad que la genera es la de distinguir, excluir o restringir a una persona en virtud de su orientación sexual, en el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho o libertad pública.

⁶¹ Un estudio profundo sobre el tema se encuentra en el informe de Amnistía Internacional de 2001: *Crímenes de odio, conspiración y silencio*, disponible en: http://www.amnistiainternacional.org/publica/ISBN_8486874734.html

⁶² Así, por ejemplo, el Código Penal español también castiga los actos de odio y violentos en contra de los individuos por razón de su orientación sexual.

⁶³ El Código Penal islandés castiga las acciones que difaman, calumnian, humillan o degradan a una persona o a un grupo de ellas debido a su orientación sexual. En Irlanda, el Acta de Prohibición de la Incitación al odio protege en contra de manifestaciones de odio y rechazo en el discurso. El Código Penal noruego también prohíbe los discursos de odio o rechazo dirigidos a minorías sexuales. En 2005, Francia prohibió oficialmente el lenguaje sexista y que ataque a los homosexuales con una nueva ley contra la discriminación que los defensores de los medios de comunicación y la Iglesia Católica han criticado como un posible obstáculo para la libertad de expresión. Bajo la nueva ley, cualquiera que promueva el odio o la violencia hacia una persona basándose en su sexo u orientación sexual se arriesgará a ser condenado con penas de cárcel o a pagar una multa de 45.000 euros. La Iglesia Católica de Francia también ha expresado su preocupación respecto a que la ley podría impedir a los clérigos que expresen su oposición a la legalización de los matrimonios entre homosexuales. Los grupos defensores de los derechos de los homosexuales dicen que las nuevas normas no desalentarían el debate sino que más bien asegurarían que los ataques contra los homosexuales fuesen tratados de la misma forma que la discriminación racial. Tomado de Reuters, enero de 2005.

igualdad⁶⁴. No obstante, el disfrute pleno del derecho a la igualdad para las personas LGBT no se logra solamente con la protección individual ante la discriminación. Una protección legal integral no debe limitarse a considerar la orientación sexual en su esfera individual, puesto que la realización efectiva de la personalidad implica el ejercicio de la sexualidad y se traduce, entre otras, en la opción de constituir pareja y que ella sea legalmente protegida.

Por todo esto, es importante que se considere, como una forma de protección del derecho a la igualdad de las personas LGBT, el reconocimiento y protección legal de las parejas del mismo sexo no sólo en pie de igualdad con las parejas heterosexuales sino en un nivel de protección especial, dada su condición de grupo tradicionalmente discriminado. Esta perspectiva permite acercarse a la igualdad real, objetivo fundamental del Estado pluralista.

⁶⁴ El actual texto del proyecto de Estatuto Antidiscriminación indica: Artículo 57. "Defensoría del Pueblo. La Defensoría del Pueblo adelantará una acción social y comunicativa, organizará el sistema de información, pondrá en funcionamiento un centro de documentación y capacitará a las Personerías con el fin de promover la igualdad y luchar contra toda forma de discriminación en Colombia".

En estas circunstancias, al Relator Especial no le cabe duda de que una comprensión correcta de los principios fundamentales de los Derechos Humanos, así como de las normas existentes en esta materia, conduce inevitablemente al reconocimiento de los derechos sexuales como Derechos Humanos. Entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona a expresar su orientación sexual, teniendo debidamente en cuenta el bienestar y los derechos de los otros, sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social.

37

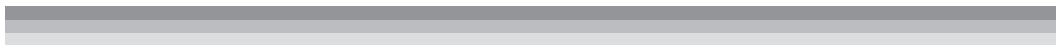
Paul Hunt

EL DERECHO A LA LIBRE ORIENTACIÓN SEXUAL

NORMAS INTERNACIONALES

El derecho a la libre orientación sexual está implícitamente reconocido en la normatividad internacional y ha sido tema de desarrollo en varias conferencias internacionales. Principalmente, se relaciona con el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad y a la integridad personal. Por ello, se hará un recuento de estos derechos en el ámbito internacional.

El derecho a la intimidad recoge y protege la esfera privada de la vida humana. Junto a él, la jurisprudencia internacional ha venido desarrollando el derecho al libre desarrollo de la



personalidad⁶⁵ y la protección a la vida sexual como aspecto fundamental de la vida privada del ser humano. Las normas que regulan y reglamentan este derecho en la esfera internacional son principalmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 3; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 17; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 11 y 14; la Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 16 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículos V, IX, X y XII.

El derecho a la intimidad, según se ha desarrollado en el derecho internacional, tiene dos facetas principales: una que tutela la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones y de las relaciones familiares, y otra que consagra el derecho del individuo a desarrollar su personalidad. La primera faceta se relaciona con el derecho a la intimidad de la familia vinculado a su vez con el derecho de la familia a recibir protección.

Intimidad personal y familiar

Básicamente, el derecho a la intimidad se manifiesta en la obligación del Estado de adoptar la legislación adecuada para tutelar a las personas y a la familia frente a injerencias de todo origen, ya sea que éstas provengan de autoridades o de particulares⁶⁶. Por otra parte, toda clase de intervención en la vida privada o familiar que no esté expresamente autorizada por la ley se considera una injerencia ilegal y violatoria del derecho a la intimidad. En su jurisprudencia, el Comité de Derechos Humanos ha desarrollado la existencia implícita, en el derecho a la intimidad, de la libertad en cuanto al desarrollo de la personalidad en el sentido de que "toda persona tiene derecho a desarrollar su vida de conformidad con sus propios valores y deseos"⁶⁷.

Vida privada y orientación sexual

El Comité de Derechos Humanos (CDH) desarrolló su jurisprudencia sobre la arbitrariedad de las injerencias en la vida privada en el caso Toonen⁶⁸, relativo a la licitud de unas disposiciones penales que tipificaban la sodomía como delito. En cuanto al impacto de la legislación sobre la vida privada el Comité señaló:

En lo que atañe al Artículo 17 es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de "vida privada" y que en la actualidad el Señor Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que las disposiciones impugnadas

⁶⁵ Al respecto, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en su decisión de diciembre 9 de 1994, sobre el caso AR. Coeriel y M.A.R. Aurik vs. Países Bajos, dijo: "El Comité considera que la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola." CCPR/C/52/D/453/1991

⁶⁶ En los años 90, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que las leyes de sodomía en África violaban el derecho a la intimidad, argumentando que "la protección a la moral pública no constituía justificación adecuada para restringir el derecho a la intimidad sobre la base de la orientación sexual."

⁶⁷ Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá, 2004, pág. 280.

⁶⁸ En este caso, el Señor Nicholas Toonen se dirige por comunicación del 25 de diciembre de 1991 al Comité de Derechos Humanos para impugnar dos disposiciones del Código Penal de Tasmania (uno de los seis estados que conforman Australia): los apartados a) y c) del Artículo 122 y el Artículo 123, por los que se consideran delitos diversas formas de contacto sexual entre hombres, incluida cualquier forma de contacto sexual entre hombres homosexuales adultos, con su consentimiento y en privado. En decisión del 4 de abril de 1994, el CDH accede a las peticiones del Señor Toonen y declara dichas disposiciones violatorias del Artículo 2 (no discriminación) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

representan una "injerencia" en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. En ese contexto, el Comité señala que la política del ministerio público de no entablar acciones penales en relación con una conducta homosexual privada no constituye una garantía de que en el futuro no se iniciarán acciones contra homosexuales (...) En consecuencia, el mantenimiento de las disposiciones impugnadas representa una "injerencia" continua y directa en la vida privada del autor⁶⁹.

En el dictamen del caso Toonen, el CDH ratificó su jurisprudencia frente al criterio de arbitrariedad al manifestar que "el requisito de ser razonable implica que cualquier injerencia privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso." Es interesante resaltar la forma rigurosa en que el CDH aplicó este criterio frente al pretendido argumento de la protección de la salud pública. Al respecto, el CDH observó que "la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH SIDA"⁷⁰. Igualmente, frente al argumento de la moral pública, el CDH consideró peligroso dicho argumento porque podría justificar casi toda injerencia en la vida privada y, además, que la inaplicabilidad de las normas invalida el argumento de que podrían considerarse necesarias para este efecto.

Las observaciones del CDH sobre los informes finales de varios Estados parte confirman su jurisprudencia en el sentido de que el Artículo 17 tutela la vida sexual consensual entre personas adultas y que las legislaciones que tipifican delitos como la sodomía deben ser derogadas. En otras palabras, el Estado no puede entrometerse en la sexualidad de las personas ni en las decisiones que la rodean a menos que ello se convierta en una necesidad imperiosa para resguardar el bienestar público. De la misma forma, el Estado está obligado a proteger la vida íntima y familiar de toda injerencia pública o privada y, para ello, debe establecer en su legislación las normas dirigidas a la protección de la intimidad personal, de la honra y del libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo mantener en reserva la información médica de la persona o adelantar la protección de las/los ciudadanas/os frente a los cuestionamientos referentes a la sexualidad para acceder a educación o empleo. Desde ese punto de vista, la ley no puede crear ningún tipo de discriminación con fundamento en la orientación sexual y tampoco puede afectar su vida privada con leyes que sancionen o afecten negativamente de cualquier forma a una persona en virtud de su orientación sexual.

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención Europea de Derechos Humanos, decidió, en 1981, en el caso Dudgeon vs. el Reino Unido, que las leyes de sodomía que castigan a adultos en relaciones sexuales consentidas violan el derecho a la intimidad. Por su parte, el Sistema Interamericano ha reconocido que el abuso y la violencia sexual vulneran el derecho a la intimidad, además de la integridad personal. En una de sus decisiones de mayor trascendencia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) observó que "(...) el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Toonen vs. Australia, dictamen del 4 de abril de 1994, párr. 8.2.

⁷⁰ Ibidem, párr. 8.5.

ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido, se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de vida privada⁷¹.

En cuanto a la honra, el derecho internacional se refiere a la prohibición de las acciones que impliquen injustamente el desprestigio público de una persona⁷². Cuando estas afirmaciones se refieran a esferas de la vida privada o familiar de una persona, como por ejemplo su orientación sexual, la violación se da en doble vía, puesto que vulnera la intimidad y el principio de igualdad. El sistema interamericano contiene, además, el derecho a la rectificación⁷³, para contrarrestar los efectos de una afirmación que controvierta el derecho a la honra o a la vida privada de una persona. Por otro lado, la información que el personal de salud obtiene, en relación con la vida sexual y reproductiva de una persona, debe mantenerse en reserva y es parte de su vida privada⁷⁴.

DESARROLLO NO CONVENCIONAL

Por fuera del desarrollo normativo internacional y paralelamente a él se han venido dando una serie de avances en cuanto al reconocimiento de los derechos derivados de la orientación sexual. Hoy en día, la jurisprudencia de los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de las convenciones al igual que la opinión internacional han establecido la existencia de un derecho a la libertad en cuanto a la orientación sexual que está ligado principalmente a la protección del derecho a la intimidad e, igualmente, al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la orientación sexual

40

La preocupación por dejar en firme la prohibición de toda discriminación fundada en la orientación sexual y por avanzar hacia el reconocimiento de la libertad en cuanto a la orientación sexual y la identidad de género y su expresión como un derecho humano independiente⁷⁵ ha sido liderada por organizaciones internacionales como Amnistía Internacional, ILGHRC e ILGA, entre otras muchas. Recientemente, su trabajo ha dado frutos frente a discusiones en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en lo relativo al reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como un derecho humano.

En este contexto, en abril de 2003, la delegación brasileña de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU introdujo una resolución histórica en la cual promulgaba la orientación sexual como un derecho. Esta resolución fue firmada por Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia y Gran Bretaña. Posteriormente se unieron Croacia, Chipre, Nueva Zelanda, Polonia, Serbia, Montenegro, Eslovenia y Suiza. A pesar del apoyo de Corea, de Japón y de algunos países latinoamericanos y Europa del este, la resolución obtuvo una fuerte oposición de varios países. Después de

⁷¹ Comisión IDH, caso Martín de Mejía vs. Perú, caso 10.970, informe 5/96 (1995).

⁷² Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad.

⁷³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta.

⁷⁴ Refiriéndose a una disposición legal que obligaba a los profesionales de salud a denunciar los casos de mujeres que se habían sometido a abortos ilegales, el Comité indicó que "el Estado Parte debe proteger el carácter confidencial de la información médica." Oficina en Colombia del ACNUDH, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Bogotá, 2004, pág. 534.

⁷⁵ Si bien es evidente que la libertad en cuanto a la orientación sexual está incluida en el derecho a la libertad sexual, los esfuerzos internacionales están guiados a ganar el reconocimiento expreso del derecho a la libre orientación sexual como un derecho independiente, absoluto y de valor universal.

un prolongado debate, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU votó por aplazar la discusión en dos ocasiones dejándola para la sesión de 2005, fecha en la que tampoco se logro avance alguno.

Si bien el estado actual de la interpretación del derecho internacional protege de diversas formas la orientación sexual, lo cierto es que aún no existen normas que consagren expresamente este derecho y, por ello, es importante seguir avanzando en el desarrollo de convenciones que den seguridad jurídica internacional sobre la existencia y obligación de protección por parte de los Estados frente a la orientación sexual y la identidad de género de las personas, tal como ha sido el camino recorrido por los grupos de mujeres, afrodescendientes e indígenas, entre otros.

Los derechos sexuales

La cuestión de la sexualidad y los Derechos Humanos, que engloba los aspectos de orientación sexual, identidad de género, salud sexual y reproductiva y todos los derechos asociados, ha sido tratada en varias resoluciones aprobadas en el sesentavo período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU: la resolución sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la resolución sobre violencia contra la mujer y la resolución sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Por otro lado, declaraciones de grandes y reconocidas ONG, al igual que las observaciones de algunos órganos de control, han establecido una serie de derechos, como los sexuales, que no pueden considerarse nuevos, puesto que se desprenden de los ya reconocidos⁷⁶. La Organización Mundial de la Salud (OMS), por ejemplo, define los derechos sexuales como Derechos Humanos y, entre ellos, reconoce el derecho a la libertad de orientación sexual⁷⁷. Al mismo tiempo, el Plan de Acción de Beijing y la doctrina del Comité CEDAW se sustentan sobre la defensa del derecho de la mujer a disponer libremente de su sexualidad, lo que implica el derecho a consentir sus relaciones sexuales y a escoger su pareja. Esto se interpreta como el derecho a la libertad de orientación sexual.

La afirmación de que los derechos sexuales son Derechos Humanos ha venido repitiéndose en boca de los más importantes grupos de mujeres y ONG de Derechos Humanos. De hecho, influyó para que la Comisión de Derechos Humanos tomara, en su más reciente período de sesiones, una resolución relativa al tema de la violencia contra las mujeres que viene a confirmar el derecho de las mujeres a ejercer el control y decidir con libertad y responsabilidad sobre cuestiones relativas a su sexualidad, como la salud sexual y reproductiva, sin que se las someta a coacción, discriminación o violencia alguna. Sin duda estas afirmaciones incluyen la experiencia de las lesbianas.

⁷⁶ Para una información detallada sobre el desarrollo y estado actual de estos derechos, se puede visitar la página de Internet: www.whrnet.org/docs/tema-sexualidades.html

⁷⁷ "Los denominados derechos sexuales comprenden los Derechos Humanos que ya han sido reconocidos en leyes nacionales, documentos y conferencias internacionales. Ellos incluyen el derecho de toda persona libre de inhibiciones, discriminación y violencia a lograr el más alto nivel de salud en relación con la sexualidad, incluyendo acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; buscar, recibir e impartir información en relación con la sexualidad; educación sexual; respeto por la integridad del cuerpo; libertad para escoger pareja; decidir sobre si se es o no sexualmente activo; consentir las relaciones sexuales; consentir el matrimonio; decidir sobre si se quiere tener hijos o no y cuando y buscar una vida sexual placentera, segura y satisfactoria. El ejercicio responsable de los Derechos Humanos requiere que toda persona respete el derecho de los demás. Definición traducida de la página en inglés de la Organización Mundial de la Salud: www.who.int/reproductive-health/gender/glossary.html

En 1996, la Asociación Mundial de Sexología expidió la Declaración Universal de los Derechos Sexuales, cuyo valor hoy en día está tomando una importancia fundamental, al punto que puede afirmarse que tiene un valor jurídico obligatorio puesto que su respeto es una costumbre internacional y, en todo caso, tiene un valor formador y guía para las legislaciones nacionales. A su vez, el comentario general N° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) y la última resolución de la Comisión de Derechos Humanos en dicho comité son ejemplos latentes del reconocimiento que hace la comunidad internacional de los derechos sexuales como parte integrante de los Derechos Humanos por su vinculación a derechos como la vida, la salud, la intimidad, la integridad personal, la igualdad ante la ley y el desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, en el sistema interamericano se ha desarrollado un seguimiento importante a raíz de la Convención de Belén do Para⁷⁸, destinada a proteger a la mujer (incluidas obviamente las mujeres lesbianas) contra todo tipo de violencia. Actualmente, los colectivos feministas y LGBT latinoamericanos adelantan una campaña de largo plazo para lograr la promulgación y firma de una convención interamericana de derechos sexuales y reproductivos en los que se incluyen derechos relacionados con la libertad de orientación sexual⁷⁹. En Colombia, pese a los instrumentos internacionales tanto vinculantes como no vinculantes suscritos por el Estado en materia de derechos de las mujeres, los cuales permiten una ampliación de sus posibilidades a las lesbianas en tanto mujeres, no existe ninguna norma nacional o local que reglamente tales instrumentos⁸⁰.

Un ejemplo de norma que representa un avance sustancial frente al respeto de estos derechos es la reciente ley marco de derechos sexuales y reproductivos aprobada el 5 de mayo de 2004 por el Parlamento boliviano, cuyo Artículo 1 determina que “el Estado Boliviano reconoce a todas las mujeres y a los hombres sin distinción de clase, edad, religión, género, origen étnico, opción sexual u otra, el derecho al goce y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos... Protegerlos de intromisiones arbitrarias es obligación de todas las autoridades”⁸¹.

NORMAS EN COLOMBIA

Con el advenimiento del nuevo orden jurídico generado por la Constitución de 1991, el principio de libertad y autonomía se ha ido acoplado al sistema legal generando y reflejando, a la vez, un avance gradual en la sociedad. El recorrido jurídico del país en este campo ha sido bastante largo. Ya desde 1980 los cambios se tradujeron en la exclusión del Código Penal de la homosexualidad como delito (consagrado como tal desde 1936). En 2001, el actual Código Penal colombiano contiene como causal de “mayor punibilidad” la conducta resultado de motivaciones discriminatorias por la orientación sexual. A partir de 1991 con la expedición de la nueva Constitución Política, que consagra expresamente el derecho al libre

⁷⁸ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994.

⁷⁹ Para más información, ver: <http://www.convencion.org.uy/default.htm>

⁸⁰ Existen dos clases de instrumentos internacionales que suscriben los Estados: los de carácter vinculantes que son de obligatorio cumplimiento para los Estados que los acogen, entre ellos las convenciones y declaraciones, y los de carácter no vinculante que son aquellos documentos que contienen recomendaciones y orientaciones generales para los Estados que si bien no son de obligatorio cumplimiento, constituyen un buen indicador del grado de reconocimiento público de los Estados de las demandas de sus ciudadanos/as.

⁸¹ Diversas organizaciones del movimiento de mujeres boliviano instaron al presidente de Bolivia, Carlos Mesa, a promulgar dicha ley y a no ceder ante las presiones de Iglesia Católica que buscaba que el mandatario ejerciera su derecho al veto. El Presidente, finalmente, no aprobó la ley y la devolvió al Parlamento sin ningún argumento.

desarrollo de la personalidad, y con la puesta en marcha de la Corte Constitucional se han ido estableciendo los lineamientos que han fundamentado un avance legal y social en cuanto al respeto a la autonomía de cada persona frente a su propia sexualidad y la no injerencia del Estado en ella.

En Colombia, dos derechos constitucionalmente reconocidos están estrechamente ligados a la libertad en la orientación sexual de las personas: la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. En cuanto al primero, la Corte Constitucional ha dicho: "Concretamente, la sexualidad aparece como un elemento consustancial a la persona humana y a su naturaleza interior, el cual, necesariamente, hace parte de su entorno más íntimo. La prohijada protección constitucional del individuo, representada en los derechos al libre desarrollo de su personalidad e intimidad, incluye, entonces, en su núcleo esencial, el proceso de autodeterminación en materia de preferencias sexuales"⁸².

Actualmente, el derecho a la intimidad personal y familiar está protegido constitucionalmente por el Artículo 15 que desarrolla, al mismo tiempo, el derecho conexo a la rectificación⁸³. La protección de la intimidad personal incluye, entre otras, la prohibición de solicitar exámenes médicos como condición de acceso o permanencia en un establecimiento educativo o en un empleo⁸⁴. En un fallo de tutela⁸⁵, la Corte Constitucional se expresó sobre el derecho a la intimidad de una menor de edad, quien fuera expulsada de un establecimiento educativo, luego de que el mismo la acosara insistentemente por su orientación sexual (real o aparente) y presionara a la madre de la niña a hacerle un examen de sexología⁸⁶. En este caso concreto, la Corte decidió que la expulsión del colegio tenía asidero jurídico pues se había hecho con el debido proceso y por razones prohibidas distintas a la orientación sexual de la menor, pero, al mismo tiempo, luego de revisar las violaciones a la intimidad de la menor, ordenó al colegio abstenerse de cometer esta clase de actos y respetar la intimidad personal y familiar de sus alumnas/os en lo relativo a su sexualidad.

En cuanto a los delitos contra la integridad moral, ligados con la intimidad, el Código Penal contiene el delito de injuria para quien haga imputaciones deshonorosas⁸⁷ y se debe anotar que en el Artículo 224 se determina que si la afirmación calumniosa o injuriosa se prueba,

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-507/99. M.P. Vladimiro Naranjo M.

⁸³ Constitución Política de Colombia, Artículo 15. "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley."

⁸⁴ Esta es una regla general que tiene excepciones cuando el requisito de solicitud de examen se da para proteger la persona y no para limitar el acceso al empleo, como por ejemplo cuando una mujer ingresa a trabajar en un área de rayos X o de manejo de algunos elementos químicos.

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia T-435/02. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁶ "La Corte observa que en el presente caso existen fundamentalmente dos hechos que resultan violatorios del derecho a la intimidad de la menor Daniela Giovanna Martínez, a saber: la orden de realizarle exámenes de sexología y toxicología y la intromisión indebida por parte del plantel educativo dentro del ámbito estrictamente familiar, en lo que respecta a la orientación sexual de la menor. En cuanto al primer punto, de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que el colegio fue insistente en solicitar a la madre de la menor que le practicara exámenes de toxicología con el fin de determinar la presencia de rastros de alcohol, sustancias alucinógenas o estupefacientes en su sangre. Así mismo, hizo toda clase de insinuaciones sobre su posible lesbianismo y su eventual vida promiscua, afirmaciones que llevaron a la señora Aracely Romero a practicar a su hija el examen de sexología, lo que, en criterio de la Corte, es notoriamente atentatorio de la intimidad personal de Daniela Giovanna Martínez." *Ibíd.*

⁸⁷ Código Penal, Artículo 220. "Injuria. El que haga a otra persona imputaciones deshonorosas incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

quien la haya hecho queda eximido de responsabilidad, pero en ningún caso se admite dicha prueba frente a afirmaciones que versen “sobre la imputación de conductas que se refieran a la vida sexual, conyugal, marital o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y la formación sexuales⁸⁸. Igualmente, el Código Disciplinario Único establece como prohibición para los/as servidores/as públicos/as, “proferir en acto oficial o en público expresiones injuriosas o calumniosas contra cualquier servidor público o las personas que intervienen en los mismos”⁸⁹. Por su parte, el Código de Policía de Bogotá establece como una obligación de los ciudadanos “respetar a los vecinos no interviniendo en su vida privada y ayudarles cuando lo requieran”⁹⁰ y, posteriormente, en el marco de las normas que favorecen la convivencia con el vecino, el Código determina como una obligación “respetar el derecho a la intimidad personal y familiar”⁹¹.

Con todo y esto, puede afirmarse que las parejas del mismo sexo están desprotegidas en cuanto a su intimidad como familia, puesto que el concepto constitucional de familia está restringido a las constituidas, según la Corte Constitucional, por parejas heterosexuales. Dice la Corte que “la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual”⁹². En ese sentido, existe un desequilibrio legal que fomenta el riesgo de discriminación, teniendo en cuenta que la intimidad es uno de los derechos más irrespetados con respecto a las personas LGBT.

De nuevo, el Código de Policía de Bogotá consagra como obligación para todos/as “respetar las manifestaciones de las personas, independientemente de su etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal, de acuerdo con lo establecido en [dicho código]”⁹³. Esta es una de las pocas normas, al lado del Código Penal, que consagran expresamente la orientación sexual como criterio de protección ante la discriminación y, en este sentido, es un avance importante de la normatividad bogotana, ciudad en la que tradicionalmente se realizan manifestaciones públicas por parte de las personas LGBT. Pese a esto, no se puede desconocer la poca significación de este tipo de normas en la jerarquía legal colombiana.

Por su parte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra reconocido en el Artículo 16 de la Constitución colombiana de la siguiente manera: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. El concepto y contenido de este derecho ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en concordancia con la jurisprudencia internacional. En ese sentido, tiene una relación estrecha con el derecho a la intimidad, a la salud en su esfera mental, a la expresión y, en general, a la dignidad humana.

En el contexto de la orientación sexual y la identidad de género, es justamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad el que mayor relevancia ha tenido para la Corte

⁸⁸ Código Penal, Artículo 224, numeral 2.

⁸⁹ Código Disciplinario Único, Artículo 35, numeral 23.

⁹⁰ Código de Policía de Bogotá DC., Artículo 4, deberes ciudadanos, numeral 4.

⁹¹ *Ibíd.* Artículo 12, comportamientos que favorecen las relaciones de vecindad, numeral 3.

⁹² Corte Constitucional, sentencia C-814/01.

⁹³ Código de Policía de Bogotá, Artículo 10, numeral 7.

Constitucional a la hora de consagrar los derechos de las personas LGBT. El libre desarrollo de la personalidad implica, en primer lugar, el derecho a la autonomía personal y la autodeterminación, es decir, a tomar por sí mismo/a las decisiones sobre la propia vida y, a la vez, protege a los individuos para que “puedan desarrollar su carácter, los elementos de su identidad y sus instintos”⁹⁴. Con respecto a la autonomía personal, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige”⁹⁵.

Así mismo, la Corte Constitucional ha establecido que se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el siguiente caso:

45

Quando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano⁹⁶. (...) Por ende, las restricciones de las autoridades al Artículo 16, para ser legítimas, no sólo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo (CP Artículo 7) y el libre desarrollo de la personalidad (CP Artículo 16), ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral”⁹⁷.

Consideramos que el Estado colombiano no ha sido neutral frente a las diversas formas de vida humana, pues en materia de sexualidad ha convertido en privilegios para algunos/as lo que debería ser derechos para todos/as.

⁹⁴ Barreto, Manuel y Sarmiento, Libardo, 1997. *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título II*; editorial C.C.J., pág. 50. Bogotá, s.f.

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-221/94. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-429/94.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-309/97.

La expresión de la orientación sexual y la identidad de género

Colombia ha reconocido la existencia de un derecho relativo a la libertad de orientación sexual. La Corte Constitucional ha venido desarrollando su jurisprudencia, explicando su valor y la importancia de su reconocimiento. A este efecto, la Corte ha dicho:

Dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan “coexistir las más diversas formas de vida humana.” Debe entenderse que la sexualidad es un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y del libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual el Estado y los particulares no pueden intervenir en dicha esfera, a menos de que esté de por medio un interés público pertinente. El Estado, como garante del ejercicio plural de los derechos en una colectividad, debe permanecer en principio neutral ante las manifestaciones sexuales diferentes como la homosexualidad, sin pretender imponer criterios ideológicos o morales específicos. Sin embargo, su injerencia resulta legítima, e incluso necesaria, en aras a asegurar los fines del Estado cuando las manifestaciones de diversidad o el ejercicio de derechos atenten indiscutiblemente contra la convivencia y la organización social de manera tal que resulten abusivas e ilegítimas, en detrimento de la comunidad⁹⁸.

46

Con este pronunciamiento se establece una restricción al Estado que le impide interferir en la esfera sexual, a no ser que se trate de casos que atenten contra los derechos de los/as demás. Además de ello, las diferencias originadas en la orientación sexual generan obligaciones de protección especial por parte del Estado frente a las cuales la simple posición neutral podría considerarse como una forma de discriminación según el derecho internacional, es decir, el Estado no puede ser neutral frente a la discriminación y debe, por el contrario, practicar un interés activo para superarla.

La limitación del derecho a la libertad en cuanto a la orientación sexual tiene que ver con la exteriorización de conductas sexuales que afecten los derechos de terceras personas, como en un colegio o en una escuela militar, por considerarse que son contrarias o perjudican los objetivos de orden y disciplina perseguidos. Como lo expresa Daniel Sastoque: “La sexualidad, en tanto que social, se impregna de modos y formas de expresar el proyecto de vida de cada ser, así, la intimidad trasciende al plano social mediante la manifestación expresa o en metalenguaje y cultura, para reivindicarse coherentemente en los intercambios propios de la vivencia en colectividad⁹⁹. Al respecto de este mismo tema, la Corte Constitucional ha dicho que:

Si bien es cierto que “no existen determinados modelos de personalidad que son admisibles, y otros que se encuentran excluidos del ordenamiento”, y que “corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones”, tal potestad resulta a todas luces limitada por los derechos de terceros y el orden constitucional, precisamente porque ese es el

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-268/00.

⁹⁹ Sastoque, Daniel, 1.998: 109.

límite propio al que se enfrentan los derechos constitucionales en la Carta. En ese orden de ideas, las manifestaciones de la diversidad sexual sólo pueden ser reprimidas o limitadas cuando lleguen a lesionar derechos de otras personas, alteren el orden público y social, lleguen a afectar los estándares generales de decencia pública o se conviertan en piedra de escándalo, principalmente para la niñez y la adolescencia. Sin embargo, todas estas circunstancias que justifican la injerencia del Estado y la restricción de los derechos que sustentan la diversidad sexual no dependen de valoraciones meramente subjetivas de la administración sino que deben hacer referencia a conductas que “objetivamente produzcan daño social” y por lo tanto justifiquen la injerencia legítima del Estado frente al ejercicio de los derechos fundamentales¹⁰⁰.

No obstante, la Corte Constitucional, sin que sea suficientemente clara la diferencia, explica que no debe confundirse la exteriorización de conductas originadas en la sexualidad con la expresión de la propia orientación sexual. Frente a las primeras, puede existir una restricción dirigida a sancionar la conducta en sí misma, independientemente de la orientación sexual de la persona. En el segundo caso, en cambio, no se permite ninguna restricción puesto que constituiría una forma de sanción contra las personas con orientación sexual homosexual o identidad de género diversa, lo cual atenta contra el objetivo constitucional de formar un Estado pluralista de respeto a las diversas manifestaciones de la personalidad¹⁰¹. Un controversial ejemplo del tema de la expresión homosexual en la ciudad es el que en 1997 hizo la Alcaldía Mayor de Bogotá, quien desarrolló un semillero de convivencia llamado “homosexualidad y ciudad” en cuyo contexto propuso la creación de zonas de tolerancia para el libre ejercicio de la sexualidad homosexual. Esta clase de disposiciones, lejos de garantizar el normal desarrollo de la personalidad de quienes tengan una orientación sexual no heterosexual, fomenta la segregación de una parte de la población y establece brechas sociales¹⁰².

El tema de la expresión de conductas ligadas a la orientación sexual y la identidad de género, y su protección o restricción por parte del Estado, es la piedra angular para la defensa de los derechos de los/as travestis. De hecho, justamente la sentencia más célebre de la Corte Constitucional al respecto es la que se refiere a una tutela interpuesta ante la prohibición de realizar un “reinado gay” (en realidad travesti) en un sitio público. En este caso, la Corte explica que si bien las conductas derivadas de la orientación sexual son, en principio, parte de la intimidad personal, esto no implica que la expresión pública de las mismas, mientras no interfiera los derechos de los demás, pueda prohibirse por el Estado. Específicamente, la Corte dice:

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia T-268/00.

¹⁰¹ “Si bien se ha reconocido que la diversidad sexual involucra aspectos que pertenecen al fuero íntimo de las personas, ello en modo alguno indica que el único foro posible para la afirmación y manifestación de esa diversidad está restringido o limitado a un ámbito exclusivamente personal. Un discurso en ese sentido nos llevaría al absurdo de concluir que la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad que consagra la Carta se circunscribe a espacios restringidos o guetos, y que por fuera de ellos, existen unos criterios institucionalizados, morales y de comportamiento, impuestos por el Estado, que no pueden ser rebasados por los ciudadanos, ni aún como expresión de su identidad e individualidad. Una posición semejante indica claramente una discriminación directa a una de las facetas de la condición homosexual, ya que la pretensión de evitar su trascendencia social implica una inferencia automática de que tal condición o sus conductas son contrarias de por sí a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos. Es evidente que un razonamiento como el anterior resulta necesariamente contrario a la Carta y especialmente lesivo de los intereses constitucionales que pretenden reiteradamente asegurar el pluralismo y garantizar la tolerancia social respecto a las diferentes manifestaciones de identidad personal.” *Ibid.*

¹⁰² “Una zona de tolerancia perpetua (...) sobre todo acentúa el conflicto entre clases sociales. Es fácil discriminar a travestis y prostitutas poniendo su exilio al margen de la ciudad. Es difícil, por el contrario, asumir una verdadera orientación humanista, propia del Estado Social de Derecho, donde se confronte porque la sociedad excluye a estos participantes.” Sastoque, Daniel. Op. Cit.

Un argumento semejante conduciría injustamente a concluir que los transexuales o las travestis no pueden circular libremente por las calles, que su identidad debe reprimirse en sociedad o que pueden válidamente ser discriminados en escenarios públicos como teatros, cines, plazas, etc., en detrimento de sus derechos y de su dignidad, si su condición ha trascendido socialmente o ha tenido “relevancia social.” Una posición semejante indica claramente una discriminación directa a una de las facetas de la condición homosexual, ya que la pretensión de evitar su trascendencia social implica una inferencia automática de que tal condición o sus conductas son contrarias de por sí a la sociedad o atentatorias de los intereses colectivos¹⁰³.

Según lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte, el travestismo es una expresión permitida que está amparada en el libre desarrollo de la personalidad, pero que, a su vez, implica, cuando se desarrolle en foros públicos, el cumplimiento de unas condiciones mínimas en materia de interacción social. Así, al tiempo que la Corte estableció la protección constitucional de la conducta travesti también indicó, refiriéndose específicamente al tema de la prostitución que:

Su ejercicio no puede ser irrazonable y desproporcionado por parte de quienes ostentan esa calidad, esto es, abusivo o acosador de transeúntes y ciudadanos, sino que debe acomodarse a las exigencias mínimas de respeto y orden anteriormente señaladas. En consecuencia, desde ningún punto de vista pueden ser tolerables en espacios públicos actos sexuales, desnudos, comportamientos obscenos y violentos, expresiones escandalosas y denigrantes y demás manifestaciones excesivas que contraríen los derechos de terceros, incluyendo menores ubicados en los espacios públicos¹⁰⁴.

48

Mientras el ejercicio de esta expresión personal se ejerza de una forma acorde con las implicaciones de una sociedad¹⁰⁵, las personas que la ejerzan están protegidas constitucionalmente y, de hecho, como lo ha dicho la Corte “presuponer de suyo que la condición de travesti lesiona derechos, implica una discriminación a una condición personal específica”¹⁰⁶. Adicionalmente, habría que agregar que el travestismo no siempre se asocia al ejercicio del trabajo sexual ni es característica exclusiva de los hombres. La protección constitucional de esta expresión está, sin embargo, muy poco desarrollada. Se limita hasta hoy a tres sentencias de la Corte Constitucional¹⁰⁷ y no existe ninguna norma que haga referencia a la protección, contra la discriminación o la violencia, de esta clase de manifestaciones.

¹⁰³ Corte Constitucional, sentencia T-268/00. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencias SU-476/97. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo; T-268/00. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁵ “Las exigencias de las autoridades en ese sentido deben dirigirse a los ciudadanos en general, sean por ejemplo homosexuales o heterosexuales, y no presuponer a priori la alteración del orden social por parte de un grupo específico de ciudadanos, por el mero hecho de que una manifestación de su identidad ponga de presente su condición personal.” Corte Constitucional, sentencia T-268 /00. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia T-268 /00. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia T-569/94. M.P. Dr. Hernando Herrera. Trata sobre un menor que se presentó al colegio vestido con atuendos femeninos (tacones, *slaks*) y fue expulsado del colegio. La Corte negó la tutela por considerar que el estudiante, al incurrir en conductas homosexuales, puso su propia intimidad en situación de vulnerabilidad y porque, además, estas conductas estaban prohibidas y las consideró un atentado a los derechos de los demás estudiantes. Corte Constitucional, sentencia unificada SU-476/97. En el estudio del tema de la prostitución en una zona de Bogotá, la Corte se refiere al travestismo determinando algunos límites para su ejercicio específicamente relacionados con la prostitución. Corte Constitucional, sentencia T-268/00. M.P. Alejandro Martínez Caballero: “En esta sentencia la Corte resuelve sobre la prohibición del gobierno municipal de Neiva de realizar un reinado gay-travesti, en las calles de Neiva. La Corte determina que los espacios públicos deben ser accesibles en iguales condiciones a todas las personas sin discriminación, además de expresar que el comportamiento travesti es una expresión respetable que no puede prejuzgarse como nociva para los derechos de los demás.”

Como ya se había mencionado, en el nivel local existen algunas normas en el Código de Policía de Bogotá, como la de respetar a las personas independientemente de su etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal¹⁰⁸. Sin embargo, en Colombia, especialmente en ciudades como Bogotá, Ibagué y Pereira se ha presentado persecución contra travestis. Según algunos estudiosos del tema y organizaciones como Amnistía Internacional, estos crímenes de odio gozan de la más absoluta impunidad y los defensores de derechos humanos que se han atrevido a denunciar esta situación han recibido amenazas y, en algunos casos, incluso han tenido que abandonar el país.

En este campo, a finales de 1995, el Comité Colombiano de Derechos Humanos en Estados Unidos, conjuntamente con el Proyecto Dignidad por los Derechos Humanos y la Comisión Internacional por los Derechos Humanos de los Gays y Lesbianas (IGLHRC), publicó un informe titulado *Ningún ser humano es desechable: limpieza social, derechos humanos y orientación sexual en Colombia*. En este informe, producto de un trabajo de campo, se hizo énfasis en la problemática particular de violación a los derechos de travestis y transexuales. Como conclusión fundamental, se logró establecer que estos grupos, junto con el de los/as trabajadores/as sexuales, son las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT. Estas personas son objeto de diversas violaciones a sus Derechos Humanos que incluyen la discriminación, la violencia sexual e incluso la violencia física que, en muchos casos, llega al asesinato. Estas violaciones ocurren en un marco que no se limita a la perpetración por parte de grupos privados y policiales, en el contexto de la mal llamada “limpieza social”, cuyos actores, en muchas ocasiones, cuentan con el beneplácito o complicidad silenciosa de la sociedad en general, sino que se han identificado casos en los que los atentados contra la vida de miembros de esta comunidad fueron pagados por propietarios de bares cuya clientela era mayoritariamente homosexual y que deseaban “limpiar” el barrio donde estaban ubicados. A pesar de que han pasado casi diez años desde la publicación de este informe, según información de Juan Pablo Ordoñez, autor del mismo¹⁰⁹, la situación de estos grupos no sólo no ha mejorado, sino que se cuenta con información adicional que indica que estas personas también han sido víctimas de ataques por parte de grupos paramilitares y guerrilla en las áreas territoriales que estos grupos controlan.

El ejercicio de la sexualidad: la visita íntima a personas privadas de la libertad

El ejercicio de la sexualidad es una parte fundamental de la autonomía, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, ésta evidentemente se ve interferida cuando la persona se encuentra en estado de reclusión. Sin embargo, aún en este caso, el Estado tiene la obligación de proteger a las personas que están bajo su guarda y no puede restringir

¹⁰⁸ El Código de Policía de Bogotá contiene esta disposición en el Artículo 10. “Comportamientos que favorecen la tranquilidad. Para el logro de una convivencia ciudadana armónica en el Distrito Capital de Bogotá es necesario el respeto por las actividades normales de las personas, tanto en el espacio público como en el privado. Se deben observar los siguientes comportamientos que favorecen la tranquilidad: (...) 7) Respetar las manifestaciones de las personas, independientemente de su etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal, de acuerdo con lo establecido en este Código.”

¹⁰⁹ Entrevista a Juan Pablo Ordoñez, abogado, defensor de los Derechos Humanos de las personas LGBT en noviembre de 2004. Juan Pablo se vio obligado a salir del país debido a amenazas en contra de su vida, relacionadas con su trabajo investigativo.

sus derechos de forma arbitraria. En este campo, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de conocer casos relativos al ejercicio de la sexualidad homosexual en reclusión de dos formas distintas: en primer lugar, ha abordado el tema de la protección contra violaciones a personas homosexuales reclusas en cárceles y, en segundo lugar, en lo que se refiere a la visita íntima.

En el primer aspecto se destaca la Sentencia T-1096/04 de la Corte Constitucional, que protege la dignidad e integridad de un hombre homosexual privado de la libertad que, por su condición homosexual, había sido víctima permanente de violación sexual en la cárcel, sin que las autoridades lo protegieran. En este caso, vale la pena destacar como la discriminación basada en la orientación sexual puede contribuir a un proceso de deshumanización de la persona que es víctima de ella y es la condición primaria de una situación de tortura y maltrato¹¹⁰. En el análisis de este tipo de situación, la Corte Constitucional insistió en que la homosexualidad no puede servir de pretexto válido para que el Estado deje de proteger los derechos a la dignidad, la vida, la integridad física, la libertad sexual y la salud y, por ende, estableció obligaciones para el Estado, específicamente para el INPEC, de tomar las medidas necesarias para evitar la continuación de violaciones en ese caso concreto y determinó, además, que la falta de protección a los reclusos genera responsabilidad administrativa del Estado.

En cuanto al segundo aspecto, la Corte Constitucional ha producido una muy importante jurisprudencia que analizaremos a continuación. En 1998, la Corte Suprema de Justicia, en un caso sobre el derecho a la visita íntima, allegado por la Acción de Tutela presentada por una mujer lesbiana, reconoció el derecho de las mujeres lesbianas y de las personas homosexuales en general a recibir visita íntima en su lugar de reclusión en iguales condiciones que los reclusos heterosexuales¹¹¹. En la sentencia proferida el 5 de marzo de 1998 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se declaró la nulidad de las frases "cónyuge o compañero permanente" y "su cónyuge o compañero (a)" contenidas en los numerales 1 y 2 del Artículo 30 del Acuerdo 011 de 1995¹¹², así como la totalidad del numeral 4 del mismo Artículo, por cuanto a juicio de esta corporación limitaba la aplicación de la norma que establece los requisitos para obtener el permiso de visita íntima. Sin embargo, el paso más importante en este campo es el logrado con la sentencia del caso Martha Álvarez. En 2003, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de expresarse sobre el derecho al ejercicio de la sexualidad como parte integrante de la dignidad y la personalidad humana, en ocasión de la Acción de Tutela interpuesta por una mujer lesbiana quien, permaneciendo en estado de reclusión, se vio sometida por la administración a restricciones en el ejercicio de su sexualidad, debiendo realizar una batalla jurídica nacional e internacional que duró más de ocho años¹¹³.

¹¹⁰ "El Relator Especial sobre la Tortura también señala que las y los integrantes de las minorías sexuales (...) debido a su situación económica y educativa, que podría estar con frecuencia exacerbada o causada por leyes y actitudes discriminatorias (...) suelen estar privadas y privados de los medios para reclamar por sus derechos y asegurar el respeto a los mismos, incluyendo aquí su derecho a obtener representación legal y remedios legales, tales como la compensación." HRW. Op.Cit.

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de octubre de 2001. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

¹¹² El Acuerdo 011 de 1995 expedido por el INPEC contiene el reglamento general al que, a su vez, se sujetan los reglamentos internos de los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia T-499/2003. M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis. En esta sentencia la Corte estudió el caso de Martha Álvarez Giraldo, una mujer lesbiana reclusa en la ciudad de Manizales y a quien, después de haberlo solicitado en repetidas ocasiones, se le negó el derecho a recibir visita íntima de su pareja (mujer). La accionante solicitó, entonces, ayuda a la Defensoría del Pueblo y desde entonces comenzó una larga batalla judicial contra la dirección del INPEC, que se mantuvo firme en su decisión de negar a la accionante su derecho. Agotados todos los recursos judiciales y administrativos internos por la decisión negativa ante una tutela presentada por la accionante en enero de 1995, Martha Álvarez presentó su denuncia ante la Comisión Interamericana

Es importante destacar que los resultados de todo este trabajo legal, acompañado por la Red Nacional de Mujeres en Colombia, generó beneficios no sólo para las personas homosexuales, sino también para las heterosexuales que estuvieren privadas de la libertad, pues la discusión alejó las visitas mal llamadas “conyugales” de requisitos como el de declaración del estado civil y el reconocimiento legal de sus parejas. La jurisprudencia nacional ha considerado que la sexualidad es una parte fundamental de la personalidad y debe protegerse por el Estado, el cual, de ninguna manera, puede interferir en ella fijando un modelo obligatorio de conducta ni prohibiendo otros. La visita íntima a la que tienen derecho las personas legalmente privadas de la libertad es un ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y no puede ser objeto de diferenciación para favorecer a un tipo concreto de conducta sexual¹¹⁴. Si existe el derecho a elegir libremente la sexualidad, el Estado no puede coartarla prohibiendo la visita íntima a las personas homosexuales. Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en razón al ejercicio de la sexualidad de las personas privadas de la libertad, la Corte Constitucional ha dicho que “tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta.”

Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano, la cual debe analizarse de manera integral, esto es, teniendo en cuenta el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula. La relación física entre el/la recluso/a y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad¹¹⁵.

En el caso de Martha Álvarez, la Corte Constitucional, luego de estudiar las razones por las cuales no se había permitido el derecho a la visita íntima a la accionante y de considerar la importancia del derecho que se le estaba violando, decidió tutelar el derecho y ordenar a las autoridades competentes la expedición de reglas claras para el ejercicio de la sexualidad de los/as internos/as. A este respecto dijo la Corte:

(...) Se instará a la Defensoría del Pueblo para que impulse las acciones judiciales o administrativas pertinentes para que las autoridades penitenciarias sean conminadas a expedir la reglamentación que esta Sala y el Defensor Regional de Caldas echan de menos, a fin de que los directores de los penales cuenten con criterios claros, generales y uniformes en la materia, que les permitan garantizar a los internos el

de Derechos Humanos, la cual empezó a conocer el caso desde el 18 de mayo del 1996 y dictó, en junio de 2002, el Informe de Admisibilidad en el que instó al gobierno nacional a llegar a un acuerdo amistoso. Así mismo, propuso que el INPEC desarrollara en el reglamento la visita íntima para personas homosexuales, todo ello sin que se diera ningún resultado positivo por parte del INPEC o del gobierno nacional. La accionante, a través de su abogada Dra. Marta Tamayo, presentó, entonces, acción de tutela ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas, tribunal que, en sentencia del 20 de noviembre de 2002, le concedió la protección. Sin embargo, el INPEC, al igual que la Directora del Reclusorio en que estaba interna la accionante, apelaron la decisión. El Consejo Superior de la Judicatura, en sentencia del 22 de enero de 2003, confirmó la decisión y, por último, la Corte Constitucional, con la sentencia del 12 de junio de 2003, dio total firmeza y seguridad jurídica a la protección del derecho de las mujeres lesbianas a recibir visita íntima en su lugar de reclusión.

¹¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-499/03. M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

¹¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-269/02, citada como fundamento en la sentencia T-499/03.

ejercicio de la sexualidad en condiciones de igualdad, y salvaguardando su dignidad e intimidad, sin desconocer las condiciones específicas de cada establecimiento¹¹⁶.

Sin embargo, todo este reconocimiento se limita únicamente a la esfera judicial. No existe ninguna norma que reconozca como un derecho la libertad de orientación sexual. Es indispensable desarrollar una legislación acorde con el alcance constitucional de los derechos que ha establecido la Corte Constitucional pues esto no sólo garantiza la legitimación de los derechos sino la seguridad jurídica y el respeto de los mismos.

Transexualidad e intersexualidad

En otra dimensión de la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, la Corte Constitucional ha unificado su jurisprudencia en cuanto a la protección de la autodeterminación en el aspecto sexual, limitando, por ejemplo, el derecho de los padres y madres a decidir la educación de sus hijos/as en lo que se refiere al tema de la sexualidad y, más específicamente, en cuanto a la posibilidad de tomar la decisión de realizar intervenciones quirúrgicas que afecten de forma definitiva e irreversible la sexualidad del niño/a.

La Corte Constitucional ha reconocido la carencia de una legislación acorde con situaciones como el hermafroditismo (intersexualidad) y la transexualidad, y se ha pronunciado en cuanto a la necesidad de una normatividad que se ajuste a los valores democráticos y pluralistas de la Constitución Nacional. Al respecto la Corte ha dicho:

52

Tiene claridad de que la intersexualidad no sólo plantea complejos problemas morales, jurídicos y sociales, sino que además es un tema en plena evolución, tanto desde el punto de vista social y ético, como a nivel científico. Por ello, al igual que lo sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los distintos casos en donde tuvo que enfrentar un tema próximo, como es la transexualidad, la Corte Constitucional de Colombia reconoce que en relación con el hermafroditismo, la sociedad contemporánea está viviendo un período de transición normativa y cultural. Por consiguiente, en el futuro próximo serán necesarios e inevitables ciertos ajustes normativos para regular, en la mejor forma posible, los desafíos que plantean a nuestras sociedades pluralistas los estados intersexuales¹¹⁷.

La expedición de las normas a las que hizo referencia la Corte hace más de cinco años, es hoy en día una necesidad manifiesta¹¹⁸. Por otra parte, una situación de marcado avance existe en Colombia en lo que respecta al cambio de registro civil por reasignación de sexo. Aquellas personas que deseen cambiar su condición sexual en su documentación deben iniciar un proceso de jurisdicción voluntaria ante un juez de familia, para cuyo trámite se solicita un dictamen médico sobre el cambio de sexo expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que el juez, mediante sentencia, cancele el registro civil de nacimiento como base de su documento de identidad y se le expida uno nuevo con anotación del hecho que motiva su creación, es decir, la operación de reasignación de sexo.

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-499/03.

¹¹⁷ Tomado de la aclaración final de la sentencia unificada SU-337/99.

¹¹⁸ Cabe anotar que la Corte Constitucional solamente ha hecho una protección a las personas transgeneristas como individuos ya que cuando se trata de una relación con otra persona la negativa ha sido evidente.

Con este nuevo registro civil, la persona deberá realizar el trámite personalmente en una Registraduría Auxiliar, municipal o especial y solicitar una nueva cédula de ciudadanía con el cupo numérico del sexo asignado, como si fuera la primera vez¹¹⁹. El cambio de sexo en el registro civil es una medida de reconocimiento legal de la nueva condición física, que permite a la persona adelantar su vida en completa coherencia con su nueva identidad sin que su documentación se transforme en una barrera para su desempeño en la sociedad ni en una violación latente de su intimidad¹²⁰.

Un avance muy importante respecto a las personas transgeneristas es la posibilidad que les brinda la norma de cambiarse el nombre sin el requisito de una cirugía de reasignación de sexo que, como se dijo anteriormente, tiene unos parámetros legales específicos. Antes de 1988 correspondía a un juez determinar si el proceso de cambio de nombre era procedente o no, pero esta disposición fue modificada por el artículo 6 del Decreto 999/88, que establece que "el propio inscrito podrá disponer, por una sola vez, mediante escritura pública, la modificación del registro, para sustituir, rectificar, corregir o adicionar su nombre, todo con el fin de fijar su identidad personal." Esta posibilidad permite a las personas el ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, al poder libremente escoger el nombre, masculino o femenino, que deseen llevar, sin que deba coincidir con su sexo biológico.

En general, la tradición legalista del país hace necesaria una normatividad en firme sobre los derechos de las personas LGBT. Las sentencias constitucionales por sí solas, a pesar de su enorme importancia para el avance social y jurídico, y la transformación de imaginarios han sido insuficientes para garantizar la certeza sobre el contenido y alcance de un derecho. Por eso, es indispensable un trabajo en diferentes áreas sociales y culturales. En ese sentido, y dada la situación fáctica de falta de protección a las personas LGBT, la precaria evolución del reconocimiento del derecho a la libre orientación sexual constituye una violación de los derechos consagrados tanto constitucional como internacionalmente.

¹¹⁹ Para mayor información sobre el trámite que debe seguirse, dirigirse a la página en Internet de la Registraduría Nacional del Estado Civil: www.registraduria.gov.co/Tramites/t_correccion_sexo.htm

¹²⁰ Actualmente en España se está diseñando un proyecto de ley para reconocer no sólo el cambio de nombre, sino el cambio de sexo de las personas sin necesidad que se sometan a una cirugía de reasignación.

Las modernas sociedades y los individuos pueden tolerar dichas uniones homosexuales, pero no las pueden equiparar u homologar con el matrimonio heterosexual, que es el único donde el amor se proyecta, se transmite la vida, se forma una familia y hay una comunidad de personas que desempeñan un rol básico de identificación.

Presbítero Darío Álvarez Botero

Como se ha reiterado con frecuencia, no se debería definir la familia mediante una construcción formalista, nuclear, la de marido, mujer e hijos. La familia es el lugar donde las personas aprenden a cuidar y a ser cuidadas, a confiar y a que se confíe en ellas, a nutrir a otras personas y a nutrirse de ellas. La ley debería proteger y privilegiar ese tipo de familia y no otro.

Radhika Coomaraswamy

EL DERECHO A LA FAMILIA

NORMAS INTERNACIONALES

Algunas de las normas internacionales que regulan este derecho humano son la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 16; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Artículo 17; los Artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus Artículos 10 y 16; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 16, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en sus Artículos 5 y 16.

La normatividad internacional desarrolla tres facetas al respecto de los derechos de la persona y la familia: en primer lugar se reconoce el derecho del individuo a fundar una familia; en segundo lugar, se reconoce el derecho de la familia a recibir protección por parte del Estado y, por último, la normatividad sobre la familia consagra el principio de igualdad entre sus miembros como manifestación del principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

Es importante diferenciar el derecho a fundar una familia del derecho a casarse. El primero de ellos es un derecho humano, reconocido en varios pactos internacionales y tiene que ver con la posibilidad de formar una comunidad de vida con otra persona y con los hijos/as que los miembros de esta comunidad decidan o no tener. El matrimonio, en cambio, es sólo una forma de constituir la familia. Por ende, el derecho a formar una familia puede ejercerse de diversas formas. Por ejemplo, en Colombia se reconoce la unión marital de hecho y en otros países existen los pactos de asociación civil reconocidos tanto para heterosexuales como para homosexuales.

Con respecto al derecho a casarse, la normatividad internacional considera que es un derecho de todo hombre y toda mujer bajo dos restricciones: la edad mínima y el mutuo consentimiento¹²¹. Con respecto a la edad mínima, aunque no está consagrada expresamente por las normas internacionales, existe una tendencia a proponer que cualquiera de los contrayentes no sea menor de 18 años de edad¹²². En cuanto al requisito del libre consentimiento de los cónyuges, se considera un elemento fundamental fruto del desarrollo histórico contra la forma de esclavitud consistente en los matrimonios forzados practicados en algunos Estados. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha subrayado la importancia de este principio de la siguiente forma: "El derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano"¹²³. Esto, sin embargo, no afecta por igual a todas las formas de familia. De hecho, en el ámbito internacional existe una diferencia en cuanto a las familias formadas por personas del mismo sexo. No obstante, dicha diferencia afecta únicamente el derecho a contraer matrimonio y no el derecho a fundar una familia, puesto que este último se garantiza sin ninguna clase de diferenciación.

En lo que concierne al Comité de Derechos Humanos, si bien la discriminación contra los homosexuales es violatoria del PIDCP, el Comité considera que las leyes nacionales que no permiten el matrimonio de personas del mismo sexo no pueden considerarse una violación del derecho al matrimonio, puesto que el Artículo 23.1 del PIDCP lo reconoce expresamente como derecho del hombre y la mujer¹²⁴. Sin embargo, en lo que se refiere al derecho a fundar una familia, el mismo Comité de Derechos Humanos resolvió, en el caso Young vs.

¹²¹ Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo 16 dice: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho a contraer matrimonio, (...) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio." Esas condiciones se repiten en la mayoría de textos jurídicos internacionales que hacen referencia al matrimonio.

¹²² El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Principio II, resolución 2018 dijo: "(...) El Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas."

¹²³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), recomendación general Nº 21, párr. 16.

¹²⁴ Comité de Derechos Humanos de NU, Juliet Joslin y otras vs. Nueva Zelanda, comunicación No. 902/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002). párr. 8.2- 8.3.

Australia, que una desigual protección por parte de la ley a las parejas homosexuales, con respecto a los beneficios dados a las parejas heterosexuales, es una violación del Artículo 26 del Pacto. En otras palabras, si bien internacionalmente a las personas homosexuales no se les reconoce el derecho a casarse, tampoco se puede desconocer que las parejas formadas por personas del mismo sexo son una forma de fundar una familia y, por ende, estas parejas deben ser tratadas en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales.

En el fallo del 18 de septiembre de 2003, del caso *Young vs. Australia* (CCPR/C/78/D/941/2000), el CDH debió resolver si el no reconocimiento de una pareja homosexual, para efectos de otorgar una pensión al sobreviviente, era violatorio del Artículo 26 del PIDCP. En ese sentido, el Comité dijo:

El Estado Parte no presenta ningún argumento que sirva para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la VEA¹²⁵, y compañeros heterosexuales no casados, a los que se conceden dichas prestaciones, es razonable y objetiva ni ninguna prueba que revele la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción. En este contexto, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte ha violado el Artículo 26 del Pacto al denegar al autor una pensión sobre la base de su sexo u orientación sexual.

El concepto del matrimonio, como institución civil para unir a parejas heterosexuales, es aún muy cercano a los fundamentos judeo-cristianos que son la inspiración de las culturas occidentales. Por ende, el camino para el reconocimiento del derecho al matrimonio de las personas homosexuales en el contexto internacional es arduo¹²⁶. Como ya se había mencionado, esto no afecta en lo más mínimo el derecho humano, reconocido internacionalmente, de fundar una familia y de que las parejas homosexuales sean tratadas en pie de igualdad que las parejas heterosexuales en tanto parejas y en tanto familias¹²⁷. De hecho, existen diversas formas de fundar y establecer una familia. La legislación comparada da muestra de toda una gama de instrumentos jurídicos que permiten a las personas del mismo sexo ejercer su derecho a fundar una familia por medio de distintos grados de compromiso sin que por ello se desconozca la protección legal a que tienen derecho¹²⁸. Lo importante es, justamente, que se permita ejercer el derecho a fundar una familia y que ella sea reconocida y protegida por el Estado, a partir de la disponibilidad de

¹²⁵ Ley sobre los derechos de los ex combatientes.

¹²⁶ Dado que las normas internacionales requieren para su formación de un consenso de la comunidad internacional sobre el punto que se va tratar, es todavía prematuro pretender que las sociedades permitan abordar un tema como el matrimonio de parejas del mismo sexo con la objetividad suficiente para admitirlo como un derecho humano. Aún son escasos los países que reconocen este derecho como para pretender que pueda existir un una norma internacional al respecto. Actualmente, España está discutiendo la posibilidad de reconocer el matrimonio a las parejas homosexuales que políticamente ha llamado "matrimonio homosexual." Los opositores a la iniciativa aseguran que se pueden reconocer todos los derechos que implican un matrimonio a las parejas homosexuales, pero que se debe llamar de otra manera para su caso, dado que ellos/as no son iguales a las personas heterosexuales.

¹²⁷ Matrimonio y familia son temas diferentes. El matrimonio es sólo una de las formas admitidas de constituir una familia, pero existen muchas otras formas de hacerlo. La importancia del derecho a fundar una familia es que debe existir para todas las personas, independientemente de su orientación sexual, una forma legal reconocida de constituir la, que genere para el Estado un deber de protección hacia esa familia.

¹²⁸ En los Países Bajos (a partir del 1 de abril de 2001) y en Bélgica (a partir del 30 de enero 2003) existen leyes que permiten el matrimonio entre homosexuales. En el mismo sentido, existe actualmente reconocimiento del matrimonio entre homosexuales en el Estado de Massachussets en los Estados Unidos así como en seis regiones de Canadá que comprenden al 85% de la población de dicho país. Otros países tienen en sus legislaciones otros acuerdos legales que benefician a las parejas homosexuales, con grados de compromiso y derechos diversos, entre los que se destacan las Uniones Civiles de Denver (USA), los Pactes d'Association Civil (PAC) en Francia, los Contratos Estatutarios de Cohabitación en Bélgica, el Reconocimiento de Uniones en Dinamarca, la Ley de Registro Nacional en Alemania y la Ley de Uniones en Suecia.

opciones (incluido el matrimonio) para los individuos que decidan tomarlas. El nombre con que se denomine a los diferentes instrumentos jurídicos con los que se selle la unión de la pareja, por ahora tiene poca importancia en este campo.

De acuerdo con la DUDH, el derecho a formar una familia y a que ésta reciba protección del Estado implica la obligación de no intervención de los Estados para impedir arbitrariamente que las personas la constituyan¹²⁹. El concepto de familia del derecho internacional es un concepto amplio que cobija todos los tipos de familia. Particularmente, el derecho internacional considera que existe familia sin estudiar ningún otro elemento, cuando hay hijas/os. Sin embargo, la sola pareja puede constituir una familia para efectos de las normas internacionales. Al respecto de esto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha dicho: "En cuanto al término 'familia', los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del Artículo 17, se le interprete como un criterio amplio que incluye a todas las personas que componen la familia, tal como se entiende ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate"¹³⁰.

Las obligaciones que surgen en cuanto a la protección de la familia, de acuerdo con la normatividad internacional son:

-La protección de la intimidad de la familia. Las injerencias a la intimidad familiar están prohibidas. En lo que se refiere a la esfera de la sexualidad y la familia, la protección de la intimidad se relaciona con el derecho a la libre expresión sexual en la vida privada, a la libertad de decisión en cuanto a la procreación (bien sea para prevenir la concepción o tener hijos) o la adopción y en la libertad de escoger a su pareja. En este sentido, las leyes que penalizan las relaciones homosexuales o lésbicas se consideran una violación a la intimidad de la familia¹³¹.

58

- ❖ El derecho de las personas privadas de la libertad a tener contacto con su familia es un derecho que se deriva, entre otros, del derecho a la intimidad familiar. En los casos de impedimentos para la visita íntima para los internos/as, puede violarse la intimidad como persona y la de la familia cuando ésta exista.
- ❖ La protección de la unidad familiar es una dimensión de la protección a la familia que consiste en la obligación del Estado de abstenerse de separar a las familias. Por ejemplo, existen normas relacionadas con la nacionalidad y residencia para familias formadas por personas extranjeras.
- ❖ En lo que respecta al derecho a tener contacto con los padres, y no habría razón para que esto no cobije a los padres y madres homosexuales, la normatividad sobre derechos del niño expresa que "los Estados Parte respetarán el derechos del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"¹³².

Por su parte, la Relatora Especial de la ONU sobre Violencia Contra las Mujeres observa la situación de las mujeres en muchas comunidades. Observación que sin duda es aplicable al caso de las mujeres lesbianas y sus posibilidades de reconocimiento de sus parejas.

¹²⁹ El término arbitrario indica que para que esta intervención pueda ser justificada debe pasar las pruebas de legitimidad, proporcionalidad e idoneidad del medio. Tamayo, Giulia, 2001.

¹³⁰ Comité de DH, observación general N° 16, párr. 5.

¹³¹ Esa es la conclusión principal del Comité de Derechos Humanos en el caso Toonen vs. Australia.

¹³² Artículo 9, párr. 3, Convención sobre los Derechos del Niño.

“Vigilan” el comportamiento de sus integrantes femeninas. Una mujer a la que se percibe como actuando de una manera que se considera sexualmente inapropiada de acuerdo con los estándares de la comunidad, está sujeta a castigo. (...) En la mayoría de las comunidades, la opción disponible a las mujeres para el ejercicio de su actividad sexual está limitada al matrimonio con un hombre de la misma comunidad. Las mujeres que eligen opciones que la comunidad desapruueba, ya sea mantener una relación sexual con un hombre sin entablar un vínculo matrimonial, mantener dicha relación por fuera de su comunidad étnica, religiosa o de clase, o vivir su sexualidad de maneras diferentes a la heterosexual, son con frecuencia objeto de violencia y trato degradante. (...) Las mujeres que no están “protegidas” por la unión matrimonial con un hombre son integrantes vulnerables de la comunidad, con frecuencia marginadas de las prácticas sociales comunitarias y víctimas de ostracismo y abuso sociales¹³³.

Finalmente, de la jurisprudencia internacional, y en particular del caso Young anteriormente citado, se concluye que existe una discriminación en cuanto al matrimonio de heterosexuales en algunos países. Por ejemplo Colombia, permite adquirir la nacionalidad lo que garantiza la unidad de la familia. Por ende, las parejas homosexuales se verían desprotegidas en ese sentido puesto que al no permitirse el matrimonio, ni ningún otro acto jurídico equivalente que permita adquirir la nacionalidad, la pareja podría verse afectada en su unidad.

La quintaesencia de la protección internacional a la familia es el respeto por la individualidad, la intimidad y el desarrollo de la personalidad de los individuos. A ese respecto, el CDH explicó que “una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes¹³⁴. Sin embargo, en muy pocos países del mundo existe reconocimiento pleno e igualitario para las relaciones de amor, cuidado y solidaridad que las personas LGBT establecen. Esta afirmación incluye a Colombia, donde los efectos de los avances en la jurisprudencia internacional en materia de familia, han sido pocos, tanto en cuanto a pronunciamiento de la Corte, como en la expedición de normas.

NORMAS EN COLOMBIA

El Derecho Humano a constituir una familia está reconocido por la Constitución Política colombiana en su Artículo 42 de la siguiente manera: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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.” El mismo artículo desarrolla los deberes de protección que el Estado y la sociedad tienen respecto a la familia.

De acuerdo con Libardo Sarmiento y Manuel Barreto¹³⁵, la Constitución de 1991 es restrictiva en su definición de familia, dado que determina su carácter monógamo y heterosexual. Según estos autores, el Artículo 42, “entra en contradicción con derechos fundamentales como el previsto en el artículo 16 de la Constitución que hace referencia al derecho de toda

¹³³ HRW. Op. Cit.

¹³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Morales de Sierra vs. Guatemala, párr. 45.

¹³⁵ Op.cit

persona al libre desarrollo de su personalidad, y el 13 que establece que toda persona es libre”¹³⁶.

Por su parte, en repetidas oportunidades¹³⁷, la Corte Constitucional se ha expresado en el sentido de que la familia a la que hace referencia el Artículo 42 es un derecho exclusivo de las parejas heterosexuales quienes pueden ejercerlo ya sea por el vínculo matrimonial o por la decisión responsable de conformarla¹³⁸:

La Corte concluye que la voluntad explícita del constituyente fue determinar la protección especial a que alude el segundo párrafo del Artículo 42 de la Constitución, para aquellas familias constituidas a partir de la unión matrimonial o de la unión libre entre un hombre y una mujer, y que la expresión superior contenida en el Artículo 42 relativa a la voluntad libre de conformar la familia, se vincula a la familia heterosexual.

Sin embargo, la interpretación del Artículo 42 por parte de la Corte no ha sido una posición absoluta ni unánime. Por el contrario, las implicaciones de esta determinación se han traducido en importantes diferencias en el seno de las distintas composiciones de este cuerpo colegiado¹³⁹. La gran mayoría de las decisiones relativas a las parejas homosexuales se han tomado por votaciones de 5 contra 4, incluyendo aclaraciones de votos de quienes apoyan la decisión mayoritaria. Esto demuestra la complejidad del tema y la posibilidad de un cambio evolutivo en las decisiones de la corporación frente a la familia homosexual. En todo caso, los derechos derivados de la protección legal a la familia son actualmente negados a las personas homosexuales, quienes no sólo se ven invalidadas para poder fundar su propia familia (en el sentido legal) sino que, en consecuencia, están condenadas a carecer de la protección que toda pareja heterosexual podría llegar a tener: la posibilidad de adoptar, el derecho a recibir la nacionalidad, el derecho a ser beneficiario de sustitución pensional o de los servicios de salud de su pareja y la posibilidad de constituir un patrimonio de familia o de afectar el hogar a vivienda familiar. En otras palabras, en la normatividad colombiana a las familias homosexuales no se les reconocen ninguno de los derechos que reciben las familias heterosexuales fundadas por matrimonio o por unión libre.

El matrimonio y sus implicaciones

En Colombia, el matrimonio es objeto de poca regulación Constitucional. Sólo el Artículo 42 hace referencia a él como la forma principal de constituir una familia. Es el Código Civil el que regula el vínculo matrimonial, sus efectos y los derechos que le incumben. Este Código Civil define el matrimonio considerándolo como un contrato solemne suscrito entre un

¹³⁶ Existen otras interpretaciones de este mismo artículo que afirman que se abren posibilidades de reconocimiento de otras formas de familia en la frase “o por la voluntad responsable de conformarla” incluida en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

¹³⁷ El argumento según el cual la Constitución Nacional protege y reconoce únicamente las familias conformadas por parejas heterosexuales ha sido esbozado como motivación para negar los recursos interpuestos contra la discriminación creada por la ley que regula la unión marital de hecho: 054/90 (sentencia C-098/96), contra la discriminación hacia las parejas homosexuales que genera la ley de adopción (C-814/01) y contra la desprotección frente a la seguridad social de las familias homosexuales (sentencias T-1426/00, T-618/00, T-999/00, y SU-623/01), entre otras.

¹³⁸ Un estudio crítico de la forma como la Corte ha enfrentado este tema, especialmente en la sentencia C-098/96 y su implicación en la jurisprudencia posterior, se encuentra en: Moncada Roca, Patricia. Op. Cit., págs. 229 a 237.

¹³⁹ Ver sentencia C-098/96. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, salvamento de voto del M. José Gregorio Hernández Galindo, aclaración de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Hernando Herrera Vergara; C-814/001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, salvamento de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett; y SU-623/01. M.P. Rodrigo Escobar Gil, salvamento de voto de los magistrados Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett.

hombre y una mujer¹⁴⁰, lo que se convierte en eco de la norma constitucional que determina que la familia se forma por “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” de tal forma que el matrimonio es una institución exclusiva para las parejas heterosexuales en Colombia y, por ende, tanto los deberes como los derechos que de él se derivan son completamente ajenos para las parejas homosexuales.

En Colombia, el matrimonio puede ser civil o religioso. El primero de ellos se celebra ante notario o juez. El segundo requiere de convenio entre la iglesia y el Estado. Para tener efectos civiles, la ceremonia debe ser inscrita en el registro civil de cada persona. Sólo los mayores de edad pueden contraer matrimonio. Sin embargo, los menores púberes (con más de 14 años) pueden hacerlo con autorización expresa de sus padres o tutores. El consentimiento mutuo es requisito esencial para la validez del matrimonio y la igualdad de derechos entre los cónyuges está protegida por la Constitución Nacional.

El régimen matrimonial implica una obligación de mutua ayuda y fidelidad¹⁴¹, así como un régimen de garantías dirigidas a proteger a la familia considerada constitucionalmente como núcleo fundamental de la sociedad. Las garantías más importantes de las que goza la familia son:

- ❖ La sociedad conyugal, por la cual todos los bienes habidos dentro del matrimonio pertenecen por partes iguales a los dos cónyuges¹⁴².
- ❖ La tutela y curaduría legítima del cónyuge incapacitado queda a cargo del otro cónyuge, quien tiene el derecho y el deber de administrar sus bienes y se convierte en su representante legal¹⁴³.
- ❖ La obligación alimentaria¹⁴⁴ que significa que el cónyuge que no pueda sostenerse económicamente por sí mismo o que esté a cargo de los hijos es acreedor a cargo del otro cónyuge de una pensión de alimentos, la que puede ser determinada por el juez y cuya protección legal implica, inclusive, sanciones penales a quien se niega a asumirlos¹⁴⁵.
- ❖ La posibilidad de adopción¹⁴⁶ y la igualdad de derechos y deberes frente a los hijos/os.
- ❖ El matrimonio con un/a colombiano/a confiere el derecho a la nacionalidad para los extranjeros/as¹⁴⁷.
- ❖ La posibilidad de constituir “patrimonio de familia”¹⁴⁸ o de afectar un inmueble como “vivienda familiar” son derechos económicos que el Estado brinda a la familia para proteger sus bienes y convertirlos en inembargables o necesitar doble firma para su disposición.

¹⁴⁰ Código Civil, Artículo 113. “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. Las parejas homosexuales cumplen con los objetivos del matrimonio puesto que tienen convivencia, proyectos de vida en común, en muchas ocasiones tienen hijos bien sea adoptivos o naturales como es el ejemplo de las madres lesbianas y el socorro mutuo es la regla general de las relaciones estables. Sin embargo, por no ser una pareja heterosexual, el matrimonio es un imposible jurídico para estas personas.”

¹⁴¹ Código Civil, Artículo 176, modificado. D. 2820/74. Artículo 9. “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida.”

¹⁴² Código Civil, Artículo 180.

¹⁴³ Código Civil, Artículo 457, Modificado. D. 2820/74. Artículo 51. “Son llamados a la tutela o curaduría legítima: 1. El cónyuge, siempre que no esté divorciado ni separado de cuerpos o de bienes; por causa distinta al mutuo consenso.”

¹⁴⁴ Código Civil, Título XXI, Artículos 411 a 427.

¹⁴⁵ Código Penal, Artículos 233 a 236.

¹⁴⁶ Ley 2737 de 1989, Artículo 90: “Pueden adoptar conjuntamente: 1. Los cónyuges; 2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años.”

¹⁴⁷ Ley 43 de 1993, Artículo 5. “Requisitos para la adquisición de la nacionalidad colombiana por adopción. Sólo se podrá expedir carta de naturaleza o resolución de autorización: (...) c) A los extranjeros casados con colombianos que durante los 2 años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud hayan estado domiciliados en el país en forma continua.”

¹⁴⁸ Ley 70 de 1931.

- ❖ El concepto constitucional¹⁴⁹ y legal de “intimidad familiar” que protege a la familia de toda intromisión externa.
- ❖ La protección legal contra la violencia intrafamiliar considerada como una forma de violencia autónoma que requiere un manejo especial adecuado a las necesidades de la familia¹⁵⁰.
- ❖ En cuanto a los derechos procesales, según la Constitución, nadie puede ser obligado a declarar contra su cónyuge¹⁵¹.
- ❖ En el régimen sucesoral, los cónyuges tienen un papel importante. Pueden participar en la liquidación de la sociedad conyugal como herederos de una porción conyugal o de la legítima rigurosa.
- ❖ En cuanto al régimen de pensiones¹⁵² y salud obligatorio¹⁵³, el cónyuge es el principal beneficiario de la persona inscrita.

La unión marital de hecho

Según la Corte Constitucional, existen dos medios para formar una familia, sea la creada por el vínculo matrimonial o la constituida por una pareja heterosexual que, sin estar casados, llevan vida marital por un tiempo considerable. La Constitución de 1991 recoge este concepto en el Artículo 42 cuando determina que la familia se constituye por el matrimonio y por “la voluntad responsable de conformarla.” Así, se determina, por ende, que los derechos otorgados a la familia se extienden a las parejas no maritales.

A partir de la ley 54 de 1990 existe en Colombia una protección legal para las personas que, cumpliendo con los requisitos legales para contraer matrimonio, decidan no hacerlo pero constituyan una familia. Inicialmente, esta protección se limitaba al régimen patrimonial, para asimilarlo a los efectos de la sociedad conyugal. Sin embargo, por efecto de la Constitución Nacional, la protección a los compañeros permanentes, en términos similares a los cónyuges, ha ido en aumento. No obstante, existen algunas diferencias en cuanto a los derechos percibidos por unos y otros, puesto que para las familias constituidas por unión marital de hecho:

- ❖ No hay ninguna norma que se refiera a la tutela o curaduría del compañero permanente.
- ❖ Según la sentencia C-1033/02, la Corte Constitucional consideró que la palabra “cónyuges” del Artículo 411 del Código Civil como titulares de la obligación alimentaria, también cobija a los compañeros permanentes. Sin embargo, en cuanto al tipo penal que sanciona el incumplimiento de este deber, la Corte Constitucional consideró que la expresión cónyuge en el Artículo 233 del Código Penal no cobija a los compañeros permanentes y que existe, por lo tanto, una omisión legislativa¹⁵⁴.
- ❖ La unión marital de hecho no da derecho a la solicitud de nacionalidad por adopción.

¹⁴⁹ Constitución Política, Artículo 15.

¹⁵⁰ La normatividad sobre violencia intrafamiliar, Ley 294 de 1996, pretende manejar de una forma más adecuada la violencia física, moral y sexual que tiene lugar en el seno del hogar por considerar que su naturaleza difiere de la violencia común y al afectar a la familia, célula fundamental de la sociedad, requiere de una especial atención por parte del Estado. Esta normatividad tiene una concepción amplia de la familia, que se expande incluso a las personas dependientes que vivan en el hogar. Sin embargo, se excluye de su ámbito a las familias formadas por una pareja homosexual. La concepción de familia de las leyes colombianas parece no tener un límite definido en cuanto a las personas que abarca. En lo que sí establece una limitación clara es en que la familia sólo puede conformarse a partir de una pareja heterosexual.

¹⁵¹ Constitución Política, Artículo 33. “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

¹⁵² Ley 100 de 1993, Artículo 47 modificado por ley 797 de 2003, Artículo 3.

¹⁵³ Ley 100 de 1993, Artículo 163.

¹⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-102/04.

En cuanto a los demás derechos que se han nombrado para los cónyuges, los compañeros permanentes tienen una protección similar. Conforman sociedad patrimonial¹⁵⁵, pueden adoptar como pareja¹⁵⁶, pueden constituir patrimonio de familia y vivienda familiar¹⁵⁷, la intimidad y honra de su familia está protegida constitucionalmente, están comprendidos en las normas de violencia intrafamiliar, no están obligados a declarar contra su cónyuge en un proceso judicial, tienen derecho al socorro mutuo, son beneficiarios de las pensiones y salud de sus compañeros/as permanentes y, en caso de muerte de su pareja, reciben lo correspondiente a la liquidación de la sociedad patrimonial.

Al no haber reconocimiento de las parejas homosexuales todos estos derechos les son negados. Esta situación hace que muchas personas LGBT vean vulnerados sus derechos ante la disolución de su pareja, por separación o muerte; no tengan la obligación legal de socorro mutuo, no puedan recibir beneficios del sistema de seguridad social como parejas, o puedan declarar en contra de uno de los integrantes de su pareja, por citar algunos ejemplos. Otro aspecto preocupante es cómo el Estado deja en manos de los/as particulares (en este caso las personas LGBT), la resolución de sus conflictos familiares, pues las normas referidas a la violencia intrafamiliar excluyen las familias homosexuales o transgeneristas. Ante las situaciones de vulnerabilidad descritas, el Estado Colombiano sostiene una limitación no justificada en el ejercicio de los Derechos Humanos de las personas LGBT y, por lo tanto, elude responsabilidades y compromisos internacionales.

Concretamente, la desprotección de la familia fundada por una pareja de mujeres se convierte en un caso específico de violación del derecho internacional, puesto que existen varios instrumentos relativos a las obligaciones del Estado de proteger a las mujeres frente a la violencia. Entre otros muchos instrumentos, la Convención de Belén do Para¹⁵⁸ en su Artículo 7 sobre deberes de los Estados consagra en el literal C. la obligación de los Estados de "incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso."

Es una obligación jurídica del Estado colombiano proteger a las mujeres, sin importar su orientación sexual, frente a la violencia intrafamiliar¹⁵⁹. La falta de una normatividad adecuada, destinada a proteger como familia a las parejas de mujeres lesbianas con o sin hijos/as, es una violación de las obligaciones internacionales del Estado.

¹⁵⁵ Ley 54 de 1990, Artículo 2. "Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos: a) 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; b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho."

¹⁵⁶ Ver nota 133.

¹⁵⁷ Ley 495 de 1999.

¹⁵⁸ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Belén do Para, Brasil, 9 de junio de 1994.

¹⁵⁹ Ver, por ejemplo, Comité CEDAW, recomendación general N° 19 sobre la violencia contra la mujer.

Las familias homosexuales¹⁶⁰

En Colombia, a pesar de los postulados constitucionales e internacionales sobre no discriminación y derecho a la familia, no existe ninguna norma tendiente a proteger como una familia a las parejas homosexuales. Esto deja a la deriva no solamente los derechos de las personas homosexuales sino también los de sus hijos/as. De esta forma, se está desconociendo el interés superior de los/as niños/as cuya protección es una obligación fundamental del Estado¹⁶¹.

El problema surge nuevamente del Artículo 42 de la Constitución Política que, según interpretación de la Corte Constitucional, reconoce un solo tipo de familia: aquella constituida por una pareja heterosexual, ya sea por el vínculo matrimonial o por la voluntad responsable de conformarla¹⁶². En realidad, sería más preciso decir que la diferenciación surge propiamente de la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional del Artículo 42, pues nada impide una interpretación más amplia y evolutiva de dicho artículo. Esta interpretación, a su vez, fue ampliamente discutida, y a ella se llegó en la sentencia unificada SU-623/2001 con una votación de cinco contra cuatro. Para algunos autores/as, la redacción de la norma no es contundente. Por el contrario, da pie a diversas interpretaciones y nada excluye que la Corte decida interpretar este derecho no bajo la lupa histórica de su formación, sino bajo la mirada atenta de una sociedad pluralista o bajo el inspirador principio pro omine, que es la guía por antonomasia del lector/a de los Derechos Humanos.

Otras normas continúan con la exclusión explícita. Por ejemplo, el Código Civil¹⁶³ continúa con la exclusión explícita, estableciendo en el Artículo 113 que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer. Por su parte, la Ley 054 de 1990 que es la que se encarga de las familias "no matrimoniales," en su Artículo 1 define la "unión marital de hecho" como la "formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular." La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de analizar detenidamente este punto debido a una demanda de constitucionalidad dirigida a

¹⁶⁰ Aunque ya existen debates internacionales sobre el tema de las familias transgeneristas, en el país el debate aún no se inicia por lo que nos referiremos especialmente a las familias homosexuales. Para mayor información sobre las familias transgeneristas, consultar:

<http://www.4children.org/news/1104gays.htm>; <http://www.homoparentalidad.blogspot.com>;
http://www.pacificpridefoundation.org/LGBT_Services/lgbt09_Families_Of_Pride.htm

¹⁶¹ La familia en todas sus formas tiene su existencia en las familias LGBT de muy variadas maneras, por ejemplo: la pareja sola, la pareja con hijos/as, o las familias monoparentales. Realmente, lo que una ley haría sería reconocerlas, no crearlas. "Las personas LGBT se convierten en madres o padres de muy diversas maneras. A veces tienen hijas o hijos en el marco de una relación heterosexual (antes de asumir su orientación sexual o comenzar su transición de género). Las lesbianas a veces mantienen relaciones sexuales con hombres con el solo objeto de quedar embarazadas. Una lesbiana y un gay pueden concebir y criar una hija o un hijo, ya sea mediante relaciones sexuales heterosexuales, auto-inseminación o presentándose ante los proveedores oficiales de tecnología reproductiva como 'pareja.' En aquellos países donde las personas solteras pueden adoptar o acceder a la tecnología reproductiva, las personas LGBT a veces procuran obtener niños/as en adopción, o concebir mediante la inseminación con semen de donantes, o recurriendo a una madre sustituta, siempre ocultando su orientación sexual o su identidad de género frente a los organismos oficiales. Las personas LGBT también pueden criar niñas/os 'adoptándolos' de manera informal o fuera de la ley." (Minot, Marie Ann, 2000)

¹⁶² Corte Constitucional, sentencia C- 098/96: "Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos, además de la obvia diferencia de su composición. Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su 'protección integral' y, en especial, que 'la mujer y el hombre' tengan iguales derechos y deberes (C.P. Arts. 42 y 43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales."

¹⁶³ La "continuación" se refiere a la jerarquía normativa, puesto que, cronológicamente hablando, el Código Civil colombiano antecede con amplia diferencia a la Constitución y, en especial, la norma referida se ha mantenido igual desde la época de su promulgación en 1873 y, de hecho, tiene la misma redacción desde su antecedente más remoto que es el Código Napoleónico de 1804.

defender el derecho a la igualdad de las parejas homosexuales frente a las parejas heterosexuales, en tanto a estas últimas se atribuían una serie de beneficios a través de la Ley 054 de 1990. En la Sentencia C-098/96, la Corte dijo al respecto:

La unión marital de hecho, a la que se refieren las normas demandadas, corresponde a una de las formas legítimas de constituir la familia, la que no se crea sólo en virtud del matrimonio. La unión libre de hombre y mujer, "aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales," debe ser objeto de protección del Estado y la sociedad, pues ella da origen a la institución familiar. Los antecedentes del Artículo 42 de la C.P. en la Asamblea Nacional Constituyente ponen de presente que la unión marital de hecho, como unión libre de hombre y mujer, corresponde al caso de la familia que se origina por la "voluntad responsable de conformarla"¹⁶⁴.

Con base en esto, la Corte concluye que no existe discriminación y, por lo tanto, la ley impugnada es una forma de protección para la familia constitucionalmente reconocida.

La exclusión de las personas LGBT de la posibilidad de contraer matrimonio o de constituir una unión marital de hecho, o cualquier otra forma de unión reconocida legalmente para fines de dotar de protección a la familia, constituye una grave falencia en cuanto a la protección de los Derechos Humanos y una forma de discriminación a la luz del Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros¹⁶⁵. Dice la Corte:

Tal como se ha señalado, la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica y, por consiguiente, no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales¹⁶⁶.

65

La protección a la familia debe estar sujeta a un criterio incluyente, ligado a una época y a una coyuntura social determinada. La familia es una institución social que tiene su dinámica propia y, frente a ésta, la única función del Estado es reconocerla y otorgarle protección. Las personas LGBT podrían catalogarse como "víctimas de una suerte de muerte civil, ya que están excluidas precisamente de esas relaciones 'fundamentales' sobre las cuales, de acuerdo con los estándares, se apoya la existencia misma de la sociedad"¹⁶⁷.

Como se ha visto, el matrimonio y la unión marital no son simples convenciones de carácter económico cuyos efectos podrían igualarse fácilmente con la constitución de una sociedad o la inclusión en el testamento. Por el contrario, implican toda una serie de derechos y deberes, propios de una forma de vida en común, como son la posibilidad de adoptar, la nacionalidad, el beneficio de la salud y las pensiones, la protección contra la violencia

¹⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-098/96. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶⁵ La interpretación que ha hecho el Comité de Derechos Humanos sobre el Artículo 26 del PIDCP en el asunto Young vs. Australia, en su fallo del 18 de septiembre de 2003, establece que toda diferenciación entre parejas homosexuales y heterosexuales que no se fundamente en criterios razonables y objetivos constituye una violación al derecho a la igual protección ante la ley.

¹⁶⁶ Esto para explicar que las normas sobre residencia del Archipiélago de San Andrés que se refieren a ese derecho para las personas pareja de los residentes no son aplicables a parejas homosexuales. Corte Constitucional, sentencia T-725 de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶⁷ Minot, Lesli Ann, 2000.

intrafamiliar y la protección de la intimidad familiar. Cuando las parejas homosexuales deciden hacer vida en común no se trata exclusivamente de meros arreglos económicos. Las parejas heterosexuales tienen en la Ley 54 la garantía de sus derechos, pero a las parejas homosexuales se les ha enviado a resolverlos de manera voluntaria a través de escrituras públicas y otro tipo de arreglos económicos, que pueden tener riesgos y límites legales. Sin embargo, es claro que dadas las actuales circunstancias de vulnerabilidad especialmente para parejas cuya unión amorosa puede ser incluso una forma de supervivencia económica, un mínimo que podría reconocer el Estado colombiano tienen que ver con los efectos patrimoniales de las uniones conformadas por parejas homosexuales. La omisión de normatividad en este sentido produce una profunda diferenciación entre personas en virtud de su orientación sexual e identidad de género. Es un tipo de discriminación evidente que afecta la igual protección ante la ley a la cual el Estado colombiano está obligado en virtud de los tratados internacionales y del Artículo 13 de la propia Constitución.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha ratificado su jurisprudencia en el sentido según el cual la adopción está destinada a proteger el interés superior del niño/a a tener una familia y, por lo tanto, puesto que la familia está definida constitucionalmente como la formada por una pareja monogámica y heterosexual, la exclusión de la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales no sólo no es una forma de discriminación, sino que además, por el contrario, constituiría una violación de la Constitución¹⁶⁸. Incluso, en la misma sentencia la Corte expresa que si bien la idoneidad moral de la persona, requisito indispensable para la adopción, no excluye expresamente a las personas homosexuales,

66

(...) La limitación del derecho de adoptar impuesta a quienes viven de conformidad con sistemas morales distintos del propuesto por la moral pública, aunque significa una restricción fuerte del derecho al libre desarrollo de la personalidad (porque imposibilita llegar a ser padre o madre por la vía de la adopción) es la única manera de garantizar la prevalencia de los objetivos superiores relativos a la finalidad moral de la educación, dada la condición de los padres de ser los primeros y principales educadores de sus hijos¹⁶⁹.

No puede perderse de vista el riesgo que implica la inclusión de términos ambiguos como “la moral pública” en la legislación, que si bien ha sido estudiada jurisprudencialmente no tiene en la ley ningún contenido concreto. Por ende, esto sirve como excusa para una

¹⁶⁸ En la sentencia C-814/01 la Corte Constitucional dijo: “La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. Así las cosas, lo que debe determinarse en el presente caso es si la hipótesis de hecho regulada por la norma acusada, esto es, la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación por ese tiempo, de tal manera que se imponía al legislador dar el mismo trato a ambas situaciones, concediendo en los dos supuestos la autorización para adoptar en forma conjunta. A juicio de la Corte, no se da la identidad de hipótesis que impone al legislador dispensar un idéntico tratamiento jurídico si se tiene en cuenta que la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores. Por lo tanto, no sólo no incurrió en omisión discriminatoria, sino que no le era posible al Congreso autorizar la adopción por parte de homosexuales, pues la concepción de familia en la Constitución no corresponde a la comunidad de vida que se origina en este tipo de convivencia y las relaciones que se derivan de la adopción.”

¹⁶⁹ *Ibidem*.

aplicación discriminadora de la ley¹⁷⁰. Alejandra Sardá, por ejemplo, se pregunta qué es la moral pública y de qué manera las personas carentes de poder, en este caso las personas LGBT, contribuyen a definir la noción de la llamada moral pública¹⁷¹.

El derecho de la familia a permanecer unida es otro de los derechos que se viola a las personas LGBT. No sólo se excluye a las parejas homosexuales y transgeneristas de la posibilidad de acceder a la nacionalidad colombiana en virtud de la protección a la familia, sino que, incluso, existen diferencias locales al respecto. En una sentencia reciente referida a la residencia en el Archipiélago de San Andrés de una hombre homosexual en virtud de su relación de pareja con un residente de la isla, la Corte se pronunció en el sentido de que la norma protegía la unión y conformación de una familia en el sentido constitucional, es decir, la familia monogámica y heterosexual, y concluye que la protección legal no acoge a este tipo de personas¹⁷².

En Colombia, las personas LGBT tienen coartado su derecho a fundar una familia reconocida por el Estado y, por lo tanto, no pueden disfrutar de los derechos que la rodean sin tener que renunciar a su libertad y dignidad en tanto su orientación sexual diferente a la heterosexual. Es el caso más evidente de discriminación que existe en la legislación moderna y, aún así, la Corte Constitucional colombiana, considerada uno de los órganos más avanzados en el mundo en cuestiones de Derechos Humanos, no ha querido reconocer en este hecho la violación de los derechos fundamentales. Por su parte el legislador Colombiano también ha hecho eco de estas interpretaciones restrictivas y tampoco ha querido reconocer los derechos de las parejas del mismo sexo.

Las familias homosexuales y sus hijos/as

67

Cuando se excluye a las parejas homosexuales o transgeneristas de la posibilidad de fundar una familia en el sentido constitucional no sólo se atenta contra los derechos de estas personas, sino, igualmente, contra el derecho de sus hijos/as, puesto que los hijos/as de una persona homosexual y/o transexual también tienen derecho a pertenecer a una familia y a gozar de todos los beneficios que esto conlleva. Si se pretende proteger el interés superior de los niños/as, se debería analizar, antes de entrar a prejuzgar con base en determinados valores morales, la situación de los hijos/as de personas homosexuales, quienes formarán sus parejas como, es apenas lógico, pero cuyo hijos/as no podrán acceder a los derechos derivados de la posible adopción de la pareja homosexual. Estos son algunos de los derechos que se le niegan a los hijos/as de un hombre o una mujer que vive con su pareja del mismo sexo:

- El niño/as no heredará automáticamente del compañero/a de su padre/madre si aquel muere.

¹⁷⁰ Ver pág. 86 y s.s.

¹⁷¹ Sardá, Alejandra, 2003.

¹⁷² En la sentencia T-725/04, la Corte Constitucional dijo: "En efecto, la solicitud de residencia se presentó por XX en beneficio de su pareja homosexual ZZ. Esto es, la solicitud pretendía ampararse en lo dispuesto en los literales a) del artículo 3 y c) del artículo 7 del Decreto 2762 de 1991. Sin embargo, tales disposiciones se refieren al derecho de residencia de los cónyuges o compañeros permanentes, expresiones que, en nuestro régimen jurídico, no resultan aplicables a las parejas homosexuales. Estas normas tienen sustento en la protección especial de la familia prevista en la Constitución y se orientan a impedir que en razón del régimen de control especial de residencia del archipiélago, las familias no puedan conformarse o mantenerse unidas. Tal como se ha señalado por la jurisprudencia constitucional, la familia que la Constitución protege es la heterosexual y monogámica, y el Decreto 2762 de 1991 se refiere a los dos modos de conformarla, el matrimonio y la unión libre. No es de recibo, entonces, la pretensión de que esas previsiones se hagan extensivas a las parejas homosexuales, sin que ello, por otra parte, pueda tenerse como violatorio del principio de igualdad, tal como se ha señalado por la Corte en distintas oportunidades."

- Al compañero/a se le puede denegar que dé autorización para tratar médicamente al niño/a en una emergencia.
- El compañero/a puede verse impedido/a para interactuar oficialmente con la escuela del niño/a.
- El niño/a podría no quedarse con el compañero/a de su padre/madre si ésta/te muriera, aunque haya convivido con el ó ella.
- Si la pareja se separa, el padre/madre no biológico podría perder el derecho de custodia, con lo que el niño/a perdería el derecho a seguir viéndolo.
- El niño/a puede perder el apoyo económico de su padre/madre no biológico en caso de disolución de la pareja, incluso en el caso de que hubiera sido durante años el principal o el único sustento económico de la familia.
- El niño/a no puede gozar de la compañía y cuidado de las dos personas que son pareja, puesto que no se conceden licencias de maternidad o paternidad, o permisos por nacimiento o calamidad doméstica para los compañeros/as homosexuales de los padres y madres biológicos o adoptivos.
- El niño/a se verá excluido para exigir la pensión alimentaría por parte de la pareja del mismo sexo de su padre/madre natural o adoptivo, puesto que no se reconoce en la ley ningún lazo de afinidad ni de parentesco que los una.
- El niño/a no podrá recibir subsidios del compañero/a de su padre o madre
- El niño/a no podrá recibir cuidados del compañero/a de su padre o madre, en caso que este/a último/a no pueda, pues el primero/a no podrá solicitar permisos laborales legales.

Truncado el derecho a fundar una familia, se violan, en consecuencia, todos los derechos derivados del mismo. El derecho a la protección de su familia pasa a ser una utopía cuando ni siquiera se acepta la posibilidad de acceder como beneficiario al sistema de seguridad social en pensión o salud. Las normas insuficientes, el limitado desarrollo jurisprudencial y la poca atención prestada al tema en el ejecutivo y legislativo en esta materia se refleja igualmente en las consecuencias legales que implica el vínculo familiar. En la Constitución y en las leyes existe una serie de incompatibilidades en cuanto a contratación estatal, nombramientos en cargos públicos, procesos judiciales, investigaciones disciplinarias y penales, en los cuales el vínculo de afinidad matrimonial o de unión marital implica una barrera. Sin embargo, no existiendo ningún vínculo entre parejas homosexuales, nada impide que, contradiciendo las intenciones del constituyente y del legislador, ciertas personas LGBT puedan ser nombradas, se contrate con ellas o sean juzgadas por su pareja en toda legalidad. Esta es una completa contradicción entre las relaciones formales, que pretende regular la ley y la realidad social que se vive en el mundo.

La necesidad de legislación es imperiosa y requiere una pronta intervención para evitar que se continúe cometiendo injusticias graves contra las personas LGBT. Una democracia pluralista, como la que pretende la Constitución Política, debe respetar y concebir la heterogeneidad desde sus células fundamentales que no son otras que las familias¹⁷³ desde aspectos concretos. De otro modo, la pluralidad sólo sería un resquicio de tolerancia ante aquello que no es fundamental.

¹⁷³ La Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995, habla de familias en sus diversas formas.

NORMATIVIDAD EN FORMACIÓN

Hasta la fecha, tres proyectos de ley, referentes al tema de las parejas formadas por personas homosexuales han sido presentados y archivados en el Congreso de la República. El primero de ellos, presentado en 1999 por la Senadora Margarita Londoño, no logró pasar el primer debate que se dio en la comisión séptima del Senado, en la que se resuelven los temas de familia y en la que se encuentran los principales contradictores de este tema. En 2001, un proyecto similar presentado por la Senadora Piedad Córdoba fue debatido en la Comisión Primera por el Senador ponente Jesús Piñacué. Luego de ser aprobado en comisión, pasó a debate en plenaria del Senado el 10 de mayo de 2002, pero fue archivado. El tercer proyecto, con un texto similar, fue presentado nuevamente por la Senadora Piedad Córdoba y con ponencia del Senador Carlos Gaviria Díaz fue aprobado en comisión primera, para nuevamente ser archivado por la plenaria del Senado. Este tercer proyecto de ley era un texto de 12 artículos con el cual se pretendía lograr el reconocimiento legal de las parejas homosexuales. Con excepción del derecho a adoptar y de obtener la tutela y curaduría de la pareja, todos los demás derechos de pareja emanados del matrimonio estaban comprendidos allí lo que hacía de este proyecto un instrumento bastante acorde con la realidad social de las parejas del mismo sexo.

El argumento principal contra el proyecto surgió del discurso de algunos congresistas temerosos de que se equiparara la pareja del mismo sexo con la familia constitucionalmente protegida (heterosexual y monogámica). Congresistas argumentaron la inocuidad del proyecto por existir en la normatividad colombiana instrumentos que permiten constituir figuras legales para proteger derechos económicos, como las sociedades patrimoniales e, incluso, otros congresistas basaron sus discursos en argumentos religiosos y moralistas, alejándose del rigor científico y jurídico que implica un debate de esta importancia¹⁷⁴. Argumentos como “el derrumbe de la sociedad o la familia” recuerdan lo que algunos congresistas esgrimieron en contra del voto femenino en los años 50.

Actualmente cursa en el Congreso el proyecto de ley 113 de 2004 por el cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo y sus efectos patrimoniales, presentado por la Senadora Piedad Córdoba y con ponencia positiva del Senador Carlos Gaviria. Este proyecto, que consta de ocho artículos, apunta a la creación de un registro notarial para las parejas homosexuales con dos o más años de convivencia y de un régimen patrimonial especial, al que pueden acceder por medio de escritura pública. Aunque el contenido del proyecto es menos significativo que el de los anteriores en cuanto a los derechos de las parejas del mismo sexo, lo cierto es que ha enfrentado las mismas dificultades que los anteriores proyectos. Sin embargo, este proyecto puede convertirse en un punto de partida para la consecución de los demás derechos y podría considerarse el primer paso para hacer efectivo el derecho humano internacionalmente reconocido a formar una familia.

Como ya se ha planteado varias veces en este texto, es muy importante que a las personas LGBT se les otorguen medios para constituir una pareja legalmente protegida, sin importar la nominación que se le dé de matrimonio, unión, pacto o cualquier otra. En una situación ideal, debería existir toda una gama de posibilidades que se ajusten a los distintos niveles

¹⁷⁴ Se destaca, sin embargo, que en 2003 por primera vez se dio un debate público en el que participaron activamente periodistas de opinión y académicos/as.

de compromiso que quiera adquirir la pareja y que se otorgue un nivel de derechos y facultades correspondiente al grado de compromiso¹⁷⁵. Así como las personas heterosexuales pueden escoger entre formar una familia por unión marital de hecho o por vía del matrimonio civil o religioso, las personas homosexuales deben tener el derecho a elegir la forma en que quieren constituir su familia y el grado de compromiso que están dispuestas a aceptar, con el fin no sólo de reconocer los derechos de las personas LGBT, sino de contribuir a reducir las diferentes situaciones de vulnerabilidad descritas anteriormente. En cualquier caso, deben recibir protección integral. Varios ejemplos en el mundo pueden servir al legislador como guías para adecuar la legislación nacional a la exigencia de los Derechos Humanos y la sociedad colombiana¹⁷⁶.

¹⁷⁵ En los 90, la ley protegió unas uniones que socialmente se habían considerado dañinas, inmorales e incluso pecado. La Ley 54 de 1990 reconoció esa realidad tan avasalladora. De acuerdo con la *Encuesta de Demografía y Salud de Profamilia 2000*, el 25% de las mujeres unidas son casadas y el 26% tienen una unión marital de hecho. El porcentaje de casadas aumenta entre las mujeres mayores de 35 años.

¹⁷⁶ Así por ejemplo: en Argentina, la Ley 1004 de 2003 legaliza las uniones homosexuales y crea el registro Público de Uniones Civiles; en Dinamarca, la Ley del 7 de junio de 1989, sobre registro de parejas homosexuales; en Noruega, la Ley del 1 de agosto de 1993, sobre registro de parejas homosexuales; en Suecia, 1994, la Ley de Registro de Pareja de Hecho establece que dos personas del mismo sexo pueden solicitar el registro de situación como pareja de hecho. A partir de 2000, el Estado de Vermont (USA) creó la Unión Civil para las parejas homosexuales y otorgó expresamente el derecho a la adopción. Las uniones de parejas del mismo sexo se reconocen, además, en Islandia desde 1996, en Francia desde 1998, en Finlandia desde 2000, en Alemania desde 2001, en el Reino Unido desde 2004 y en Nueva Zelanda desde 2004.

La respuesta es meridiana. Se trata de un asunto de justicia ordinaria. En Sudáfrica luchamos contra el apartheid porque se nos culpaba y se nos hacía sufrir por algo que no podíamos evitar [ser negros]; pues con la homosexualidad pasa lo mismo. La orientación nos viene dada, no es una cuestión de elección. Sería absurdo que alguien eligiera ser gay con la homofobia que existe.

71

Arzobispo Desmond Tutu

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) son el resultado de una concepción diferente de los Derechos Humanos. La dignidad humana no sólo se establece como un límite a la acción del Estado, sino también como el objetivo más importante, la razón de ser de la sociedad, y de ella surgen exigencias concretas que el Estado tiene la obligación de satisfacer. Estos derechos pueden agruparse esquemáticamente en tres categorías, tal como lo hace el profesor Frédéric Sudre¹⁷⁷: derecho al trabajo, derechos de la protección social y derechos culturales.

El derecho al trabajo implica el derecho a obtener y escoger libremente un empleo, cuya realización es indispensable para la dignidad y la existencia material de la persona y su familia. También está estrechamente relacionado con el derecho a condiciones de trabajo equitativas, seguras y favorables, y con los derechos sindicales. El derecho a la protección social tiene como finalidad asegurar a la persona y a su familia las condiciones de una

¹⁷⁷ Sudre, Frédéric. *Droit international et européen des droits de l'homme*. PUF. Paris, 1989, págs. 200-201.

existencia digna. Implica la protección de las personas contra el hambre, el cuidado de la salud y la asistencia a la familia, la madre y los niños/as. Los derechos culturales engloban el derecho de toda persona a la educación y el derecho de participar en la vida cultural y de beneficiarse del progreso científico. Los DESC, destinados a proteger la esfera social del individuo, implican obligaciones efectivas por parte del Estado y su realización debe fundamentarse en el respeto de la igualdad y dignidad de todo ser humano.

La brecha social que genera la excesiva diferencia en la distribución de las riquezas hace que, de facto, sean siempre las clases menos favorecidas, que son a su vez la mayoría de los colombianos/as, aquellos para quienes el disfrute de estos derechos depende totalmente de la acción del Estado. Pero aparte de la situación general de falta de garantías al respecto¹⁷⁸, existen casos concretos en los que el Estado protege de forma discriminada estos derechos, o limita su disfrute en lo que se refiere a aspectos que afectan la sexualidad o la intimidad de las personas. En ese caso, existe una violación de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas LGBT¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Un análisis general pero bastante útil para comprender la situación global de estos derechos se encuentra en el capítulo 1 (contexto general) de: Comisión Colombiana de Juristas. 2004. "El disfrute del derecho a la educación en Colombia," Bogotá, págs. 11 a 22.

¹⁷⁹ Dada la importancia de cada uno de estos derechos, en este texto se optó por dedicarles un capítulo.

La educación sexual, tomada en un sentido amplio, comprende todas las acciones, directas e indirectas, deliberadas o no, conscientes o no, ejercidas sobre un individuo (a lo largo de su desarrollo), que le permiten situarse en relación con la sexualidad en general y a su vida sexual en particular.

73

M. J. García Werebe

La Iglesia considera otra perversión del lenguaje la expresión "reforzarán el proyecto de educación sexual con información clara y objetiva sobre orientación sexual e identidad de género," lo cual significa que el Ministerio de Educación, las Secretarías de Educación departamentales y municipales y las entidades públicas y privadas que manejen recursos públicos van a hacer propaganda, pagada por todos los colombianos, teniendo en cuenta que la homosexualidad es una variante del comportamiento sexual humano. La Iglesia considera que esta presentación es aberrante y completamente discriminatoria contra la inmensa mayoría del pueblo colombiano, católico o no católico, que no puede estar de acuerdo con un tipo de educación sexual como la que propone el Artículo 10º del pliego modificadorio del proyecto de ley.

Arquidiócesis de Bogotá

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

NORMAS INTERNACIONALES

La normatividad frente al tema se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 26; el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Artículo 13; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Artículos 10 y 14; la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las

Formas de Discriminación Racial, Artículo 5; la Convención por los Derechos del Niño, Artículos 28 y 29; la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960 Artículos 3, 4 y 5, y la Plataforma de Acción de Beijing, Párrafos 69, 80, 81, y 82.

Según lo ha expresado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su observación general sobre el derecho a la educación (Artículo 13 del PIDESC), “la educación debe orientarse al desarrollo del sentido de la dignidad de la personalidad humana, debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre y debe favorecer la comprensión entre todos los grupos étnicos, y entre las naciones y los grupos raciales y religiosos”¹⁸⁰. El derecho a la educación tiene una triple significación:

Acceso a la educación

La combinación con las normas relativas al derecho a la educación y el principio de no discriminación, tal como se ha entendido por el CDH, permite concluir que ni la orientación sexual ni ninguna otra razón derivada de la vida íntima de las personas pueden servir como criterios para discriminar a una persona que quiere acceder a la educación. La sola interrogación sobre estos aspectos para efectos del acceso o permanencia en un establecimiento educativo constituye una violación del derecho a la intimidad, el principio de igualdad y el derecho a la educación¹⁸¹. El Estado debe garantizar el acceso en iguales condiciones tanto en los establecimientos públicos como privados y sancionar a quienes incurran en actos discriminatorios a este respecto. Específicamente, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general N° 13, determina como un principio guía del derecho a la educación la garantía de no discriminación y, al respecto, indica que “la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos”¹⁸².

Educación adecuada

El Estado debe garantizar el acceso a una educación básica gratuita y obligatoria que garantice el desempeño de una vida digna en la sociedad y la posibilidad de acceder al mercado de trabajo, pero, igualmente, la educación es la herramienta para desarrollar una adecuada autovaloración y un conocimiento de sí mismo/a que permita a la persona desarrollar íntegramente la personalidad y desempeñarse socialmente con base en el autorrespeto y el respeto hacia los/as demás. Esto implica una educación basada en el pluralismo, con difusión de los Derechos Humanos y de principios democráticos¹⁸³ y, al mismo tiempo, implica una educación sexual adecuada que facilite el acceso a la información sobre sexualidad, al autoconocimiento y autovaloración. En este sentido, se debe excluir y

¹⁸⁰ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, observación general N° 13 sobre el derecho a la educación, Artículo 13 del Pacto. 8/12/1999.

¹⁸¹ Ver Comité DESC, observación general N° 13, párr. 31 a 37 (no discriminación).

¹⁸² *Ibíd.*, párr 6, lit. B, i).

¹⁸³ Esta idea ha sido ratificada por la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que en su Artículo 29. 1 exige que la educación se dirija *Inter alia* a: Inculcar al niño/a el respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y preparar al niño/a para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos, y amistad entre todos los pueblos (...).

sancionar toda enseñanza que induzca a la homofobia/lesbofobia o a cualquier tipo de discriminación basada, entre otras, en la orientación sexual de los individuos, y se debe incluir en los principios de la enseñanza el respeto por la vida privada de las personas. Igualmente, en sentido positivo, la información adecuada sobre las orientaciones sexuales implica el reconocimiento de la validez de cualquiera de ellas. De acuerdo con Human Rights Watch, se viola la Convención de los derechos del niño:

...cuando las familias expulsan a las niñas o a los niños, o las/os someten a maltrato debido a su orientación sexual, su identidad o expresión de género, y cuando las autoridades estatales no intervienen de manera efectiva para confrontar esas acciones o prevenirlas. Estos derechos se violan cuando a las niñas o a los niños se las/os hostiga o maltrata en la escuela, o se las/os expulsa de la escuela, debido a su orientación sexual, o debido a la manera en la que no se adaptan a las normas de género referidas a la apariencia o la conducta.

...la Convención expande el sentido de estos mandatos y en su Artículo 29.1 exige que la educación se dirija, *inter alia*, a: inculcar al niño/a el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y preparar al niño/a para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena. Además, agrega:

Los Estados descuidan esas obligaciones, y violan los derechos de las niñas y los niños, cuando no introducen contenidos educativos que promuevan y hagan avanzar los Derechos Humanos de todas las personas, incluyendo a aquellas que sufren discriminación por su orientación sexual. Los Estados violan abiertamente esas obligaciones, y exhiben su desprecio por los derechos de las niñas y los niños, cuando permiten que los sistemas educativos se conviertan en centros de difusión de prejuicios y de ejercicio del odio¹⁸⁴.

75

Ejercicio de la labor educativa

El Estado tiene la obligación de evitar que los/as educadores discriminen a sus estudiantes por razones prohibidas y, a su vez, tiene la obligación de garantizar a los/las docentes el adecuado ejercicio de su profesión sin que la orientación sexual pueda considerarse, de ninguna forma un pretexto para entorpecer sus funciones. El criterio de la "moral pública" no es un postulado válido para justificar esta clase de discriminaciones. El CDH afirma que "no puede aceptar que, a los fines del Artículo 17 del Pacto, las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada"¹⁸⁵.

NORMAS EN COLOMBIA

La educación en Colombia está consagrada en el Artículo 67 de la Constitución Nacional como un derecho de las personas y un servicio público relacionado estrechamente con el

¹⁸⁴ HRW. Op. Cit.

¹⁸⁵ Caso Toonen vs. Australia. Dictamen del 4 de abril de 1994.

acceso a la cultura, el respeto de los Derechos Humanos y el acceso al trabajo¹⁸⁶. Aún cuando la Constitución no lo incorporó al capítulo de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha entendido que el derecho a la educación es fundamental y, por lo tanto, susceptible de amparo por vía de tutela, pues es inherente a la persona y de carácter inalienable. Específicamente, la educación está regida por la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) que desarrolla el postulado constitucional indicando los objetivos que debe perseguir la educación nacional y determina cuáles son los deberes y derechos de los/as estudiantes. En el Artículo 1 de dicha ley se define la educación como “un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes”. Para esto, se determinan, como fines principales de la educación, el libre desarrollo de la personalidad incluyendo la formación moral y afectiva¹⁸⁷. Sobre el contenido y la adecuación de la educación en Colombia, el Comité CEDAW¹⁸⁸ ha dicho:

El Comité lamenta que la nueva Ley General de Educación de diciembre de 1993 no haya incluido medidas de acción afirmativa relacionadas con la educación no sexista, ni disposición alguna específicamente relacionada con las mujeres. Ello obliga a la Consejería Presidencial para la Juventud, la Mujer y la Familia a seguir impulsando con fuerza programas destinados a superar los estereotipos sobre hombres y mujeres en los libros de texto y demás material escolar, y en la formación del personal docente y en los programas de estudio escolares¹⁸⁹.

76 Es importante resaltar la preocupación del Comité por la eliminación de los estereotipos sobre hombres y mujeres. Este es un punto fundamental para las personas LGBT puesto que la asignación social y cultural de roles de género es, en sí misma, una forma de limitación del libre desarrollo de la personalidad e implica una discriminación contra aquellas personas que no encajan con estereotipos sociales. La educación debe respetar la pluralidad y depurarse de todo parámetro sexista, homofóbico, racista y clasista para poder servir a la formación integral de los/as estudiantes. La educación es, junto con la familia, el origen de los parámetros culturales con los que desarrolla su vida cada persona. Si desde la formación primaria se establecen estereotipos culturales sobre la sexualidad, se predetermina la visión del/a estudiante hacia la discriminación y el rechazo de lo que, por ende, considera anormal. Las falencias en este sentido son mucho más graves de lo que parecen y la educación hacia el respeto de la pluralidad, la democracia y los Derechos Humanos empieza por la calidad y el contenido de la enseñanza. La Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación ha dicho que “la educación está inmersa en los valores vigentes, pero también ayuda a crear nuevos valores y actitudes. De ahí que los Derechos Humanos requieren su empleo deliberado para eliminar la exclusión y la discriminación, instrumentalizando la educación para realizar

¹⁸⁶ Constitución. Política de Colombia, Artículo 67.

¹⁸⁷ Ley General de Educación, Artículo 5. “Fines de la educación. De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, la educación se desarrollará atendiendo a los siguientes fines: 1. El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos. (...) 12. La formación para la promoción y preservación de la salud y la higiene, la prevención integral de problemas socialmente relevantes, la educación física, la recreación, el deporte y la utilización adecuada del tiempo libre.”

¹⁸⁸ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer es el órgano de vigilancia de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de septiembre de 1979 y ratificada por Colombia en 1982.

¹⁸⁹ Observaciones finales (1995) del Comité CEDAW a los informes 2 y 3 presentados por Colombia el 21 de septiembre de 1993.

todos los Derechos Humanos de todas y de todos. A continuación, en su informe sobre Colombia agrega que “la Constitución colombiana afirma la educación como un servicio público que tiene una función social, pero no menciona su función política, pese que exige que la educación ‘forme al colombiano en el respeto de los Derechos Humanos’¹⁹⁰.

En otro ámbito, la Ley General de Educación explica que es un objetivo común en todos los niveles, el desarrollo integral de los educandos mediante acciones encaminadas a “desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable,” así como proporcionar una sólida formación ética y moral, y fomentar la práctica del respeto a los Derechos Humanos¹⁹¹. Sin embargo, pareciera que la identidad sexual a la que se refiere la ley sea la heterosexual y muestra de ello son las diversas tutelas que se han interpuesto por estudiantes para garantizar su derecho a la educación a “pesar de” su orientación sexual homosexual o “a pesar” de su identidad o expresión de género.

La educación sexual

El derecho a la educación implica, igualmente, el derecho a recibir una adecuada y oportuna educación sexual en los centros docentes, lo cual tiene relación con el respeto a la orientación sexual e identidad de género en su etapa de formación. La Defensoría del Pueblo, órgano público encargado de vigilar la defensa de los Derechos Humanos en Colombia, ha dicho que:

Esta garantía hace parte del derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones sexuales y reproductivas, en tanto orienta a los estudiantes sobre estos temas, les permite adoptar decisiones sobre su propia sexualidad y fecundidad y los alerta contra abusos, explotación y otras formas de violencia sexual. Aunque esta educación comienza en la familia, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional han impuesto al Estado la obligación de brindar educación sobre sexualidad a través de programas especiales concebidos para ello¹⁹².

Se trata, entonces, de complementar el rol principal que tienen los padres y madres en la educación sexual de sus hijos/as por medio de la obligación de los Estados de prestar obligatoriamente en los establecimientos educativos una enseñanza oportuna y adecuada sobre la sexualidad humana. El contenido de este tipo de educación, por su carácter principal en el proceso formador de la personalidad y por la delicada relación con la intimidad y la libertad de cada estudiante, es un tema constitucionalmente relevante: “El Estado debe controlar que la información y los conocimientos transmitidos se realicen de forma objetiva, crítica y pluralista sin traspasar el límite del adoctrinamiento”¹⁹³. En ese sentido, la Defensoría del Pueblo ha ordenado al Ministerio de Educación que realice un estudio sobre el contenido y la metodología más adecuados para impartir la educación sexual en todo el país y, por su parte, la Ley General de Educación establece la obligatoriedad de la educación sexual, que deberá ser impartida teniendo en cuenta las necesidades psíquicas, físicas y afectivas de

¹⁹⁰ Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Humanitario. Op. Cit., pág. 105.

¹⁹¹ Ley General de Educación, Artículo 13, literales b y d.

¹⁹² *El derecho a la educación*. Defensoría del Pueblo, serie DESC, Bogotá 2003, pág. 215.

¹⁹³ Defensoría del Pueblo, *El derecho a la educación*, serie D.E.S.C. Bogotá 2003, pág. 216.

los/as estudiantes, de la siguiente forma: "En todos los establecimientos oficiales o privados que ofrezcan educación formal es obligatorio en los niveles de la educación preescolar, básica y media, cumplir con (...) e. La educación sexual, impartida en cada caso de acuerdo con las necesidades psíquicas, físicas y afectivas de los educandos según su edad"¹⁹⁴.

Sin duda es una norma bastante importante en cuanto al derecho a la educación, pero lo verdaderamente importante es que no permanezca en el terreno de lo puramente discursivo, sino que tenga una aplicación efectiva tanto en la educación pública como en la privada, en el sector rural como en el urbano. A este tema también se refirió la Relatora Especial de Educación en su informe sobre Colombia al afirmar que este Plan de Educación no ha funcionado adecuadamente. La problemática, en este caso, se presenta potencialmente por el hecho de que en Colombia la educación aún contiene importantes componentes religiosos, así como no está exenta de prácticas pedagógicas que contiene prejuicios respecto al sexo, la etnia, la edad, que se traducen en barreras para una educación sexual integral y respetuosa de las diferencias.

Los/as educadores/as

Por otra parte, la Ley General de Educación consagra el deber de los establecimientos educativos de formar ética y moralmente a los educandos a través del currículo, pero igualmente "del ambiente, del comportamiento honesto de directivos, educadores, y personal administrativo, de la aplicación recta y justa de las normas de la institución y demás mecanismos que contemple el Proyecto Educativo Institucional"¹⁹⁵. Frente a esta clase de disposiciones, la Corte Constitucional ha dejado en claro que la orientación sexual de un/a educador/a no es una causal válida para retirarlo de la carrera docente y declaró inconstitucional el Artículo 46 b. del Decreto 2277 de 1949 que constituía como falta disciplinaria la homosexualidad del docente. La Corte dijo en esa oportunidad lo siguiente:

No existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad. La exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos. Además, el propio ordenamiento prevé sanciones contra los comportamientos indebidos de los docentes, sean ellos homosexuales o heterosexuales¹⁹⁶.

Por lo tanto, y dado que en el Código Único Disciplinario no está consagrada ninguna falta que se relacione directamente con la orientación sexual de las personas, no existe ningún limitante a este respecto para los docentes públicos. La misma Corte Constitucional, refiriéndose a la conveniencia de que existan docentes homosexuales se expresó así:

La Corte considera más plausible la tesis según la cual la presencia de profesores con distintas orientaciones sexuales, en vez de afectar el desarrollo psicológico y moral de los educandos, tendería a formarlos en un mayor espíritu de tolerancia y de aceptación del pluralismo, lo cual es no sólo compatible con la Carta sino que puede ser considerado

¹⁹⁴ Ley General de Educación, Artículo 14.

¹⁹⁵ Ley General de Educación, Artículo 25.

¹⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-491/98.

un desarrollo de los propios mandatos constitucionales que establecen que la educación deberá formar al colombiano en el respeto de los Derechos Humanos, la paz y la democracia¹⁹⁷.

Los/as estudiantes

En cuanto a los/as estudiantes, existe una somera alusión a la no discriminación en general, puesto que el Artículo 1 tiene relación con el derecho a la educación que tiene toda persona, con las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y su carácter de servicio público¹⁹⁸. No obstante, en ninguna norma se determina expresamente la prohibición a la no discriminación bajo ningún criterio, ni en cuanto al acceso a la educación, ni en cuanto al trato de parte de los/as educadores o de los/as estudiantes. Esta situación dio pie para que la Relatora Especial para el Derecho a la Educación de las Naciones Unidas, Katarina Tomasevski, en su informe sobre Colombia, publicado en marzo de 2004, recomendará, luego de considerar que en Colombia el derecho a la educación da muestras de todo tipo de discriminaciones basadas en los criterios internacionalmente prohibidos, y que la política de educación en Colombia no se fundamenta en el derecho internacional por no tener en cuenta la prohibición de la discriminación, que el Estado colombiano emprenda un estudio sobre la naturaleza y alcance de la discriminación en la educación para establecer políticas y prácticas contra la discriminación, así como incorporar una vigilancia pública de la implementación de estas políticas prácticas¹⁹⁹.

Específicamente en cuanto a las personas LGBT, en Colombia no existe ningún organismo encargado de hacer seguimiento o de establecer siquiera las estadísticas sobre las personas a quienes se les haya violado el derecho a la educación por razón de su orientación sexual o identidad de género y, menos aún, políticas encargadas de adecuar la educación a las necesidades de las personas LGBT o de dotarlos de herramientas para defender sus derechos ante las posibles discriminaciones sufridas en el ámbito de la educación, a excepción de la protección general que ofrece la Acción de Tutela.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de conocer algunos casos relativos a estudiantes con orientación homosexual. Las sentencias de la Corte dejan concluir un postulado claro frente a este tema: se protege la orientación sexual de las personas y, por ende, nadie puede ser privado del derecho a la educación por su orientación sexual²⁰⁰. Sin embargo, la protección del orden y de los objetivos de la educación implica, para la Corte, el respeto por los reglamentos, por lo que algunas expresiones de la sexualidad (sin importar la orientación) no pueden protegerse en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad, puesto que afectan los derechos de los/as estudiantes y pueden ser causales válidas de sanción²⁰¹. En ese sentido, expresiones como el travestismo están exentas de protección, puesto que se considera que atentan contra el orden necesario para el desempeño normal

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ Ley General de Educación, Artículo 1.

¹⁹⁹ El párrafo 30 del informe sobre Colombia de la Relatora Especial para la Educación dice: "La historia de la educación ha exhibido exclusiones basadas en todos los criterios de discriminación actualmente prohibidos. Las prohibiciones simples se vuelven complejas al intentar captar el cambiante patrón de discriminación fuera de la escuela, en la escuela y en la interacción entre la escuela y la sociedad. Las prácticas discriminatorias suelen combinar una gama de criterios de discriminación ya prohibidos con otros motivos de exclusión que todavía no lo están. La estrategia educativa colombiana no está basada en las normas internacionales sobre Derechos Humanos y no existen estadísticas sobre el acceso a la educación según la raza, etnia o religión. En consecuencia, es imposible observar los progresos y retrocesos utilizando los Derechos Humanos como parámetro. (...) La relatora especial recomienda un estudio inmediato del perfil y alcance de la discriminación en la educación, con la participación de las víctimas, encaminado a asumir políticas y prácticas para su eliminación y un control público del cumplimiento de éstas." En: Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Humanitario, Op. Cit., pág. 98.

²⁰⁰ Ver, Corte Constitucional, sentencia T-101/98.

²⁰¹ Ver, Corte Constitucional, sentencia T-097/94.

de la educación. En un caso bastante controversial, la Corte motivó su sentencia en el siguiente postulado:

(...) De esta manera, si las conductas homosexuales invaden la órbita de los derechos de las personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos, y no se ajustan a las normas de comportamiento social y escolar (...) no pueden admitirse ni tolerarse. En el caso presente, el menor al presentarse al colegio con zapatos de tacón, maquillado, etc. no sólo infringió el reglamento educativo, sino que también puso en evidencia su propia condición sexual, y él mismo se encargó de que su derecho al libre desarrollo de la personalidad no pudiera ser objeto de protección, cuando optó por estas actitudes reprobables en contra de las condiciones normales y sanas del ambiente escolar transgrediendo el derecho de sus condiscípulos y el propio de su intimidad²⁰².

El postulado es muy poco explícito en lo que se refiere a saber cuál es la invasión o la violación de los derechos de los demás que se comete cuando un estudiante se viste con prendas del sexo opuesto. Dicha violación sólo podría existir bajo el supuesto de que existiera un derecho colectivo a que las personas se vistan de una forma u otra, pero este derecho no existe. Por el contrario, existe una obligación de respeto a la pluralidad y al desarrollo de la personalidad de los/as otros/as. Es bastante complejo entender cómo la forma de vestir de una persona puede, en sí misma, constituir una violación del derecho de los demás o convertirse en un presupuesto por el cual se permitan las violaciones de los derechos de las personas travestidas. Así mismo, es usual que se confunda homosexualidad con travestismo pero, sobre todo, que se asocie este último a conducta exclusiva de hombres, a escándalo y, por supuesto, a prostitución.

En otros ámbitos, el derecho a la educación también se relaciona con el derecho al acceso a la cultura y a la información y, obviamente, a la posibilidad de acceder a un empleo calificado. El Comité de CEDAW, por ejemplo, se ha pronunciado respecto a la necesidad de remover obstáculos culturales (lo que incluye normas, costumbres, valores) que obstruyen la eliminación de valores culturales que discriminan a las mujeres tanto en la educación como en el trabajo. Particularmente, en el Código Nacional de Policía se observa un obstáculo al derecho a la educación en tanto determina que la clasificación de las películas cinematográficas (como pornográficas o no) la hace un comité integrado por cinco personas: un experto en cine, un abogado, un psicólogo, un representante de la Asociación de Padres de Familia y un representante de la Curia Arquidiocesana de Bogotá²⁰³. En una sociedad pluralista y democrática es inaceptable que el acceso a una forma de cultura esté mediado por un representante de una iglesia, puesto que, siendo Colombia un país laico, sin religión oficial, nada justifica que el punto de vista de una religión (sin importar que sea la mayoritaria) se imponga legalmente a todos los ciudadanos/as. Esta disposición es una forma de limitar el acceso a la cultura y representa un riesgo potencial principalmente para las personas LGBT, dados las posturas de algunas iglesias frente a ellos/as. Justo antes de la terminación de este texto, esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por razones similares a las que ya se han expuesto²⁰⁴.

²⁰² Corte Constitucional, sentencia T-569/94. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

²⁰³ Código Nacional de Policía, Artículo 152.

²⁰⁴ Ver Sentencia C-1175/04 donde la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 152 del Decreto Ley 1355 de 1970. La sentencia ratifica la separación constitucional entre el Estado y las iglesias, y demanda del primero una estricta neutralidad en materia religiosa. Sin detrimento del derecho a la participación y aporte de las diferentes confesiones religiosas, la Corte señala la importancia de diferenciar el derecho a la participación de la imposición a la sociedad de una determinada visión.

La discriminación en el empleo puede observarse en contextos muy diferentes - desde los altos edificios de oficinas hasta las aldeas rurales - y revestir formas muy variadas. Puede afectar a hombres o mujeres por motivo de sexo, o porque su raza o color de piel, extracción nacional u origen social, religión, u opiniones políticas difieren de las de los demás. Con frecuencia, los países deciden prohibir las distinciones o exclusiones e impedir la discriminación por otros motivos como la discapacidad, el VIH/SIDA o la edad. La discriminación en el empleo resta oportunidades a las personas y priva a la sociedad de lo que esas personas pueden y deberían aportar.

Organización Internacional del Trabajo

EL DERECHO AL TRABAJO

NORMAS INTERNACIONALES

La normatividad referente a este derecho en las diferentes disposiciones internacionales es la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículos 23 y 24; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 6, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 32; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 6; el Convenio (No. 100) relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, Artículo 2, y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 6.

El derecho al trabajo significa primordialmente la obligación del Estado de garantizar el acceso de los/as ciudadanos/as en igualdad de condiciones al mercado laboral, el salario

justo y no discriminado y la garantía de unas condiciones de trabajo dignas y coherentes con los Derechos Humanos²⁰⁵. En este sentido las obligaciones que se desprenden de este derecho frente a las personas LGBT son varias: por una parte, el Estado debe garantizar, por medio de una normatividad adecuada, que la orientación sexual de las personas no sea un criterio limitante para el acceso al mercado laboral²⁰⁶. Así, por ejemplo, las preguntas en una entrevista para acceder a un empleo que se relacionen con aspectos de la sexualidad (orientación sexual, VIH/SIDA, embarazo o uso de anticonceptivos) y la vida privada de las personas están prohibidas por el derecho internacional, puesto que constituyen una violación al derecho a la intimidad personal y familiar y porque, además, como se ha dicho, la orientación sexual no puede ser un criterio determinante en cuanto al acceso al empleo²⁰⁷.

Toda persona tiene derecho a escoger libremente el trabajo o la profesión en la cual se quiera desempeñar y el Estado tiene la obligación de garantizar dicho derecho²⁰⁸. La sexualidad pertenece a la vida privada del ser humano y de ninguna manera puede verse relacionada con la posibilidad de ejercer una labor determinada entre ellas, por ejemplo, la docencia y/o el cuidado de niños/as. Igualmente, el Estado tiene la obligación de velar porque tanto en el sector público como en el privado no existan criterios discriminatorios en el mercado laboral que se relacionen con la orientación sexual, el género o cualquier otro criterio prohibido por acuerdos internacionales suscritos por el Estado.

La remuneración en el trabajo debe ser siempre equitativa. A igual trabajo, igual remuneración. Toda diferenciación en este punto guiada por el género o cualquier otra condición del trabajador/a constituye una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁰⁹. El Estado debe garantizar por medio de su legislación el respeto de la no discriminación en cuanto a la remuneración laboral especialmente entre los servidores/as públicos/as, incluida la orientación sexual.

²⁰⁵ Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Artículo 6. "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico o profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. (...) Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial: una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores, un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie. En particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; la seguridad y la higiene en el trabajo; igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos."

²⁰⁶ Ver, entre otros, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 23: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual."

²⁰⁷ La Corte Constitucional colombiana se ha referido a la prohibición de despido a personas que conviven con el VIH/SIDA.

²⁰⁸ Protocolo de San Salvador, Artículo 6. "Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias."

²⁰⁹ PIDESC, Artículo 6. "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores; un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie."

NORMAS EN COLOMBIA

El derecho al trabajo se encuentra consagrado en el Artículo 29 por la Constitución Nacional de la siguiente forma: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Por su parte, los Artículos 10 y 11 del Código Sustantivo del Trabajo consagran el derecho al trabajo en términos de igualdad de protecciones y garantías para todos/as los/las trabajadores/as, la libertad para escoger profesión u oficio y la abolición de toda distinción, sin enumerar ningún criterio específico²¹⁰.

El derecho laboral colombiano se ha desarrollado fundamentalmente en lo concerniente a la protección contra la discriminación de las mujeres en virtud del género o contra los/as menores de edad. En ese sentido existen, por ejemplo, normas relacionadas con a la equidad en el salario, la prohibición de despido a mujeres embarazadas, y toda otra forma de forma de discriminación tal como está estipulado en la Ley 051 de 1981²¹¹. Incluso, existe una ley para garantizar la adecuada participación de las mujeres en cargos de elección en el sector público (Ley 481 de 2000). Sin embargo, en la normatividad laboral colombiana no existe un régimen de protección contra la discriminación fundamentada en la orientación sexual y tampoco hay compromisos sindicales en ese sentido. A ese respecto, por el contrario, existen una serie de beneficios derivados de la relación laboral, y destinados a proteger únicamente a la familia formada por una pareja heterosexual como se mencionó anteriormente, lo que genera una discriminación legal en el ámbito laboral. Entre estos beneficios se encuentran:

- El o la cónyuge o compañero/a permanente es el beneficiario de los seguros de vida laborales obligatorios en Colombia para las grandes empresas.
- Los permisos de maternidad/paternidad sólo están contemplados para cónyuges y compañeros permanentes.
- El/la cónyuge o compañero/a permanente tiene derecho a un permiso especial en caso de muerte de su pareja.
- El/la cónyuge o compañero/a permanente de quien esté empleado es el destinatario de los beneficios conexos al contrato de trabajo, como la seguridad social y, en algunos casos, los servicios de las cajas de compensación familiar o complementarios (recreación, préstamos, educación, etc.).

El Código Sustantivo del Trabajo regula las relaciones laborales de los/as colombianos/as y contiene diferentes normas con alguna importancia para las personas LGBT. En cuanto al empleador/a, el Artículo 57 de este código consagra como obligaciones especiales: 1. Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos, y 2. Cumplir el reglamento y mantener el orden, la moralidad y el respeto a las leyes. La primera obligación podría considerarse importante en lo que se refiere al respeto de la dignidad de los/as trabajadores en cuanto a su orientación sexual. Sin embargo, el Código no establece

²¹⁰ Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 10. “Igualdad de los trabajadores. Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protecciones y garantías y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, salvo las excepciones establecidas por la ley, Artículo 11. Derecho al trabajo. Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión y oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la ley.”

²¹¹ En el país no existen normas específicas que sancionen el acoso sexual. Existe algunas normas frente a otros delitos que se adaptan para el tema del acoso según las circunstancias.

ningún régimen sancionatorio derivado de su incumplimiento. Aunque se ha avanzado en la derogación de normas que establecían la prohibición de ser homosexual para ejercer ciertas profesiones, entre ellas la docencia, persisten prejuicios culturales y prácticas laborales poco estrictas que facilitan la discriminación laboral hacia personas LGBT. Esto es especialmente sensible en el caso de las personas transgeneristas dado que la mayoría de las veces no pueden ocultar la expresión de su diferencia, tal como hacen muchas personas lesbianas, gays o bisexuales como forma de protección. Precisamente muchas discriminaciones en el ámbito laboral quedan impunes, pues para las personas LGBT una denuncia implica hacer explícita su orientación sexual y esto puede significar revictimización. En este contexto, cobra sentido la frase “no hay Derechos Humanos sin sujetos que los defiendan y los hagan valer”²¹².

La obligación de mantener la “moralidad” es un criterio ambiguo que puede dar pie a interpretaciones homofóbicas, lesbofóbicas y transfóbicas. La legislación siempre debe determinar deberes claros que permitan establecer con facilidad la intención del legislador brindando así seguridad jurídica a los/as ciudadanos/as, especialmente en un contexto de discriminación social y cultural hacia las personas LGBT. La inclusión de criterios como la moralidad en la normatividad puede dar pie a interpretaciones subjetivas (religiosas, morales, desinformadas y perjudicadas del legislador/a) que configuran situaciones de vulnerabilidad para las personas LGBT²¹³. La normatividad colombiana prohíbe a empleadores imponer a trabajadores obligaciones de carácter religioso o político, así como ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los/as trabajadores/as o que ofenda su dignidad²¹⁴. Estas normas podrían ser de utilidad en caso de comportamientos abusivos.

En cuanto a los/as trabajadores/as, dentro de sus obligaciones especiales estipuladas en el Artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra la de “guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros,” lo que representa un criterio peligroso, puesto que la interpretación del término “moral” es demasiado ambigua y puede dar pie a utilidades abusivas. No existe, además, ninguna obligación para los/as trabajadores/as de respeto a la dignidad, la intimidad o la honra de sus compañeros/as ni ninguna norma que prohíba o sancione el comportamiento discriminatorio.

En cuanto a las causales de terminación del contrato de trabajo, contenidas en el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, la causal número 5 es todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, o en el desempeño

²¹² Tamayo, Giulia, 2001.

²¹³ Sobre el debate de la moralidad y su posibilidad de restringir derechos, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en el carácter extremadamente vago del concepto. Así, por ejemplo, en la sentencia T-301/04, la Corte expresa: “Para la Sala es claro, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia (i) que en el caso de la referencia es necesario aplicar un test estricto de proporcionalidad por cuanto (a) el fundamento del trato discriminatorio es un criterio sospechoso, condición sexual, y (b) el fin perseguido con la actuación administrativa es la salvaguarda de la moral pública (concepto extremadamente vago). De la aplicación de esta evaluación surge fácilmente que las preferencias homosexuales de ciertos ciudadanos hacen parte de su derecho a la intimidad y a la autodeterminación, tan sólo excepcionalmente restringible por parte del Estado. En ese sentido, no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido, la guarda de la moral social, con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto. Es necesario reiterar que el hecho de tener cierta preferencia sexual (que no dañe derechos de terceros) hace parte del derecho a definir los propios planes de vida y a desplegar en consecuencia la vida de relación, sin que ello pueda ser limitado por los prejuicios personales de los funcionarios con facultades de policía.”

²¹⁴ Código Sustantivo del Trabajo, Artículo 59.

de sus labores. Nuevamente, surge el temor por la interpretación que puede hacerse de “acto inmoral” y que puede servir de excusa para despedir al trabajador/a basándose en su orientación sexual.

Un hecho similar ocurre en el Código Disciplinario Único, que es el encargado de determinar las obligaciones y sanciones a los/as servidores/as públicos. En éste se establece como una prohibición, por ende causal de falta disciplinaria, “ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres”²¹⁵. La inclusión de términos ambiguos como “moral” y “buenas costumbres” en la legislación como causales de sanción disciplinaria para los empleados/os públicos constituye una forma de vulneración contra los derechos de las personas LGBT, quienes por temor a no verse sancionados disciplinariamente tendrían que mantener ocultas incluso las mínimas expresiones inherentes a su orientación sexual, lo que viola su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad e incluso a la salud. Y es que incluso si en Colombia existen criterios constitucionales sobre la moral pública²¹⁶, su carácter ambiguo puede dar pie a interpretaciones subjetivas y, por ende, a que se cometan abusos. Un ejemplo de ello, que sirve para esclarecer la situación, se encuentra en el informe sobre la situación de mujeres lesbianas y bisexuales en Latinoamérica en el que se establece un capítulo, el 4, denominado “Aplicación discriminatoria de legislación ambiguamente redactada” en el que justamente trata de casos concretos²¹⁷ en los que mujeres lesbianas o bisexuales sufren abusos por parte de la fuerza pública bajo el pretexto de haber cometido “faltas a la moral.” Igualmente, el Código Disciplinario Único en el Artículo 9 consagra como causal 11 “todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.” La misma observación puede hacerse a este artículo.

Mientras no exista una normatividad clara que determine que la orientación sexual es una parte integral de la personalidad y de la dignidad, y que toda discriminación que se funde en ella debe ser sancionada, no hay ninguna garantía de que los/las empleadores/as no usen la orientación sexual como una justa causa de despido o que la utilicen veladamente para cubrir sus intenciones discriminatorias, amparándose en la vulnerabilidad y silencio de las víctimas. Para el/la trabajador/a sólo podría considerarse como norma protectora, la causal de terminación unilateral del contrato en caso de acto de violencia, malos tratos o amenazas graves inferidas por el/la empleador/a contra el/la trabajador/a o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del/la empleador/a con el consentimiento o la tolerancia de éste consagrada en el numeral 2, literal B del Artículo 62.

²¹⁵ Código Disciplinario Único, Artículo 35 sobre prohibiciones, numeral 9.

²¹⁶ La Corte Constitucional ha dicho al respecto: “La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad.” Sentencia C-404/98. Magistrados Drs. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹⁷ El Informe sobre la Situación de las Mujeres Lesbianas y Bisexuales en América Latina 2000-2003 presentado en junio de 2004 por la ONG IGLHRC trae en el acápite “Retrocesos y obstáculos”, numeral 4 sobre aplicación discriminatoria de legislación ambiguamente redactada, la siguiente explicación: “En todos los países de la región existen ordenanzas municipales que penalizan las ‘faltas a la moral’, sin especificar en qué consisten las mismas, ni cuáles son los criterios que definen lo moral. La aplicación de dichas ordenanzas queda a criterio del personal policial, lo cual les confiere un poder del que en muchas circunstancias abusan, cometiendo hechos de violencia verbal, física y sexual. Quienes sufren la aplicación de esas ordenanzas son las personas que ocupan una posición de vulnerabilidad social por uno o más factores entre los que se encuentran la edad, la condición socioeconómica, el color, el estatus migratorio, la apariencia, la identidad de género y la preferencia sexual visible.”

La incipiente protección al trabajador/a ante las posibles discriminaciones por su orientación sexual se traduce en la posibilidad que tiene el/la empleador/a de terminar el contrato sin ninguna motivación. En este caso, basta con pagar una indemnización acorde con el tiempo trabajado y se puede despedir libremente al trabajador/a. En ese sentido, y como desarrollo del Artículo 13 de la Constitución Nacional, que consagra la obligación del Estado de promover las condiciones para lograr una igualdad real y efectiva, es indispensable establecer en la normatividad laboral una presunción de despido ilegal para proteger a las personas LGBT. En virtud de la ley, debería presumirse, cuando así lo alegue el trabajador/a, que el despido de una persona con orientación sexual no convencional es motivada por una discriminación en razón de dicha orientación, a menos que el/la empleador/a pueda demostrar de forma inequívoca la existencia de una de las causales de despido contenidas en el Código Laboral para poder establecer claramente que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación y que todo despido ocasionado por la discriminación en razón de la orientación sexual se considera nulo²¹⁸.

²¹⁸ La nueva Ley 931 del 2004 por la cual se dictan normas sobre el derecho al trabajo en condiciones de igualdad en razón de la edad no incluye ninguna referencia al tema de la orientación sexual o la identidad de género.

La homosexualidad no es sin duda una ventaja, pero tampoco algo de lo que avergonzarse. No es un vicio, una degradación, ni puede catalogarse como una enfermedad. Lo consideramos una variación de la función sexual producida por una detención en el desarrollo. Muchas personas respetables de los tiempos antiguos y modernos han sido homosexuales, entre ellos algunos grandes hombres. Es una gran injusticia y una crueldad perseguir la homosexualidad como si fuera un delito.

87

Sigmund Freud

EL DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

NORMAS INTERNACIONALES

La reglamentación internacional en este tema se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 25; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Protocolo de San Salvador, Artículo 10; en la Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 17, y en Derecho a la Salud, definido en el Congreso de Constitución de la OMS, celebrado el 7 de abril de 1948. El derecho a la salud, como lo ha dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo

a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud²¹⁹.

Igualmente, el Comité DESC ha señalado que el derecho a la salud está estrechamente ligado al ejercicio de otros Derechos Humanos y que depende de ellos. Entre esos derechos se encuentran el de la no discriminación y la igualdad. Así mismo, se define que el derecho a la salud contiene libertades y derechos: "Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales"²²⁰.

Esta interpretación amplia del derecho a la salud ha sido seguida igualmente por otros organismos de Derechos Humanos²²¹. Por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su informe sobre la salud presentado al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce la salud sexual y la salud reproductiva como integrantes del derecho humano a la salud. El Artículo 10 del proyecto de informe aprobado por la comisión insta "(...) a los Estados a que protejan y promuevan la salud sexual y la salud reproductiva como partes integrantes del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"²²². El Comité, encargado de velar por la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en las cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto, hizo expresa referencia a la orientación sexual, señalando en su observación general 14, (2000) sobre *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (Artículo 12 del Pacto) que:

88

(...) el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud²²³.

Igualmente señaló, con respecto a la obligación del Estado en cuanto a la no discriminación respecto al derecho a la salud, que:

El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte: (...) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de

²¹⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, observación general Nº 14 sobre el derecho a la salud, Artículo 12, párr. 8.

²²⁰ *Ibíd.*, párr. 3

²²¹ Igualmente hacen parte del derecho a la salud los derechos sexuales y reproductivos, inmersos en los tratados internacionales relacionados con la salud y sobre los que actualmente se adelanta una campaña para lograr una Convención Interamericana de Derechos Sexuales y Reproductivos. Para más información ver: <http://www.convencion.org.uy/default.htm>

²²² Informe 2004 de la Comisión de DHNU sobre el derecho a la salud, Artículo 10.

²²³ Comité de DESC, observación general Nº 14 sobre el Artículo 12, párr. 18.

derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos²²⁴.

Así mismo, el Comité DESC ha ratificado la obligación de los Estados de respetar el derecho a la salud, no imponiendo prácticas discriminatorias como políticas de Estado:

En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud (...) absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer²²⁵.

El Estado no solamente está integrado por el poder ejecutivo, sino por el poder judicial y legislativo y, por ende, la formulación de normas y de sentencias concordantes tendientes a excluir a un grupo de personas, como las personas LGBT, de la posibilidad de acceder a la salud por medio de la seguridad social no es nada diferente a una política discriminatoria del Estado.

En cuanto a los principios que rigen la forma en que los Estados deben cumplir con sus obligaciones frente a este derecho se concluye que los establecimientos y servicios públicos de salud deben ser accesibles y disponibles tanto geográfica como económicamente, deben contar con un nivel adecuado de calidad, el personal debe cumplir sus labores con fundamento en el respeto a la dignidad humana, la ética médica y la cultura de las personas y, en ningún caso, puede haber discriminación contra una persona en virtud de su orientación sexual.

89

El derecho a la salud, relacionado estrechamente con el derecho a la seguridad social, puede originar discriminación en el caso de las personas LGBT. Las restricciones en cuanto a la posibilidad de formar una pareja homosexual reconocida legalmente en igualdad de condiciones que una pareja heterosexual pueden servir de fundamento para alegar una discriminación en cuanto al derecho a ser protegido por la seguridad social. De hecho, este punto ha sido objeto de diversos debates tanto en el país como fuera de él.

NORMAS EN COLOMBIA

Una de las formas de proteger y garantizar el derecho a la salud es la seguridad social. El sistema colombiano de seguridad social está desarrollado por la Ley 100 de 1993 mediante la cual se regula el sistema de salud obligatoria así como el régimen de pensiones y riesgos profesionales. Desde 1994, en Colombia se ha determinado que la seguridad social se fundamenta en el principio de universalidad, razón por la cual puede entenderse desligada del contrato de trabajo, el que no constituye una condición necesaria para que ella se haga efectiva. De hecho, las personas pueden afiliarse voluntariamente y los trabajadores independientes son afiliados/as obligatorios/as.

²²⁴ *Ibíd.*, párr. 12.

²²⁵ *Ibíd.*, párr. 34.

Salud

En Colombia, la salud no se considera un derecho fundamental por la Constitución Nacional. Es sólo un derecho conexo a otros, como el derecho a la vida y, por lo tanto, únicamente puede protegerse por vía de tutela en ocasiones muy precisas. En lo que concierne al derecho a la seguridad social, la Corte Constitucional ha explicado que no es un derecho fundamental en sí mismo, pero que en ciertas circunstancias, por su conexidad con otros derechos de carácter fundamental, puede protegerse por vía de tutela²²⁶.

Para el funcionamiento de la seguridad social se estableció, por medio de la Ley 100 de 1993, un sistema de cobertura que tiene como objetivo el cubrimiento total de la población. Para esos efectos, la ley determina tres regímenes: el contributivo, donde se encuentran los/as trabajadores/as asalariados/as o independientes que cuentan con los recursos para aportar al sistema de salud y pueden tener a sus beneficiarios/as, es decir, las personas dependientes de los/as afiliados/as que en virtud de esta ley tienen derecho a beneficiarse del sistema de salud; el subsidiado, donde se encuentran aquellas personas pobres y vulnerables que por no contar con los recursos suficientes se benefician del sistema de salud mediante subsidios del Estado al sistema, y el vinculado donde se encuentran quienes no tienen capacidad de cotizar, pero que tampoco han ingresado aún al régimen subsidiado.

En lo que concierne al régimen de beneficiarias/os, la ley determina que el sistema tiene cobertura familiar y determina que para estos efectos el/la cónyuge o el/la compañero/a permanente del afiliado/a cuya unión sea superior a 2 años tiene el derecho a ser beneficiario/a. La cuestión sobre si la pareja homosexual de un/a afiliado/a podría cubrirse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud (POS) ha sido tema de examen de la Corte Constitucional, que ha determinado que se excluye de la cobertura familiar, comprendida en el Artículo 63 de la Ley 100 de 1993 a la pareja homosexual²²⁷. La Corte Constitucional ha considerado que el principio constitucional de universalidad que debe seguir el POS se satisface con la posibilidad que tienen las personas homosexuales de afiliarse por sus propios recursos o, en su defecto, acudir al sistema subsidiado. Ahora bien, el principio constitucional de universalidad impuesto al Sistema de Seguridad Social por la Constitución Política ha sido desarrollado por la Ley 100 de 1993 mediante la inclusión de la población en uno de dos regímenes: el contributivo o el subsidiado, de tal manera que ninguna persona pueda estar sin protección, como tampoco puede quedar doblemente protegida. Al primero acceden quienes se afilian mediante el pago de una cotización financiada por el/la afiliado/a o por éste/a y el empleador/a. Al segundo, se vinculan quienes no están en capacidad de cotizar, a través del pago de una unidad por capitación, subsidiada total o parcialmente con recursos fiscales o del Fondo de Solidaridad y Garantía. En el estudio sobre la igualdad ante la ley de las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional en sentencia unificada SU623/2001 dijo:

²²⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-062/99: "... Sin embargo, la reiterada jurisprudencia de esta Corporación ha definido que los derechos derivados de la seguridad social adquieren su connotación de fundamentales cuando las circunstancias fácticas hacen que su reconocimiento sea imprescindible para la vigencia de otros derechos, estos sí, de carácter fundamental. Adicionalmente, esta misma jurisprudencia ha definido también que el alcance de la seguridad social como derecho fundamental surge igualmente cuando quien pretende hacerlo valer es una persona que requiere de una especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres cabeza de familia, entre otras."

²²⁷ Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-1426/00

Podría afirmarse que la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales permanentes de los afiliados principales como beneficiarios del régimen contributivo en seguridad social comporta un trato discriminatorio, puesto que el legislador tomó la decisión de ampliar la cobertura a las parejas heterosexuales permanentes. En esa medida, la diferencia de trato comportaría una discriminación en función de la orientación sexual de los homosexuales. Sin embargo, ello no resulta de recibo por varias razones. En primer lugar, porque la ampliación paulatina de la cobertura del servicio de seguridad social en salud obedece a la necesidad de garantizar la continuidad en el servicio, es decir, se trata de una finalidad constitucionalmente válida. En esa medida, la decisión del juez constitucional de ampliar la cobertura hacia un determinado grupo social, cuando no están de por medio derechos fundamentales como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa de este aspecto. En segundo lugar, porque a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia que tiene nuestra Constitución. En esa medida, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros.

Y de esa forma determina que las parejas del mismo sexo quedan definitivamente por fuera del alcance del POS²²⁸.

En lo que concierne al acceso a los establecimientos médicos o al trabajo en dicho sector, se proclama la norma general de no discriminación e igualdad de todas las personas sin establecer ningún criterio prohibido de desigualdad, por lo menos en lo concerniente a la legislación. En cuanto a la salud psíquica y los derechos sexuales, no existe en Colombia una normatividad relativa a su protección. La salud sexual ha sido definida por la OMS en los siguientes términos:

91

[La salud sexual es] el estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad. No es simplemente la ausencia de una enfermedad o una disfunción. La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como también la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, libres de inhibiciones, discriminación y violencia. Para lograr y mantener la salud sexual, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados y protegidos²²⁹.

Por ende, según la misma organización, una sexualidad sana implica "la ausencia de sentimientos de vergüenza, culpabilidad, de creencias infundadas y otros factores psicológicos que inhiban la actividad sexual o perturben las relaciones sexuales"²³⁰.

²²⁸ Otras Cortes se han pronunciado negativamente sobre el reconocimiento de las parejas del mismo sexo ante el sistema de seguridad social colombiano: 1. Sentencia 2472/00 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección A. Consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. El compañero homosexual no tiene derecho a la sustitución pensional. 2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. MP Jorge Santos Ballesteros, 11 de octubre de 2001 expediente: 6600122100002001-0012-01.

²²⁹ Esta definición fue tomada y traducida de la página en inglés de la Organización Mundial de la Salud: www.who.int/reproductive-health/gender/glossary.html

²³⁰ Citado en Colectivo de Gays y Lesbianas de Madrid: *La orientación sexual y el sistema educativo español*. www.cogam.org

En cuanto a la educación para la salud, es claro que una educación sexual clara y sin prejuicios es indispensable para la formación de una personalidad sana y con elementos claros de autovaloración y respeto por la propia sexualidad y la de los/as demás. Cuando existen supuestos sociales que obligan a las personas a ocultar su orientación sexual por miedo al rechazo y a la discriminación, existe una agresión contra su salud. El Estado debe establecer los medios para frenar este tipo de situaciones con una educación basada en los Derechos Humanos y, sobre todo, en el reconocimiento legal del derecho a la libertad de orientación sexual y de su correspondiente protección. Acerca del contenido de los derechos sexuales, la OMS ha dicho lo siguiente:

Los denominados derechos sexuales comprenden los Derechos Humanos que ya han sido reconocidos en leyes nacionales, documentos y conferencias internacionales. Ellos incluyen el derecho de toda persona libre de inhibiciones, discriminación y violencia a:

- Lograr el más alto nivel de salud en relación con la sexualidad, incluyendo acceso a servicios de salud sexual y reproductiva.
- Buscar, recibir e impartir información en relación con la sexualidad.
- Educación sexual.
- Respeto por la integridad del cuerpo.
- Libertad para escoger pareja.
- Decidir sobre si se es o no sexualmente activo.
- Consentir las relaciones sexuales.
- Consentir el matrimonio.
- Decidir sobre si se quiere tener hijos o no y cuándo.
- Buscar una vida sexual placentera, segura y satisfactoria.

El ejercicio responsable de los Derechos Humanos requiere que toda persona respete el derecho de los demás²³¹.

Otro tema de importancia frente al derecho a la salud, que se deriva justamente de los derechos sexuales, es el que tiene que ver con la intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Siendo la sexualidad y la identidad sexual parte fundamental de la dignidad humana, no se puede concebir que este tipo de intervenciones, cuya importancia es vital para las personas que sufren de un trastorno de la identidad sexual o que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad toman una decisión consciente e informada al respecto, no esté cubierta por los servicios de seguridad social en Colombia.

Existe una tendencia global a reconocer este tipo de intervenciones como prioritarias para la salud²³², pero Colombia no tiene ninguna normatividad al respecto. Las operaciones de reasignación de sexo surgidas de la intersexualidad biológica o gonadal han sido hasta ahora admitidas, a cargo del Instituto de Seguros Sociales (ISS), puesto que se consideran como un tratamiento médico necesario para corregir un trastorno biológico. La Corte Constitucional ha determinado que esta clase de intervenciones quirúrgicas requieren del

²³¹ Esta definición fue tomada y traducida de la página en inglés de la Organización Mundial de la Salud: www.who.int/reproductive-health/gender/glossary.html

²³² En España, por ejemplo el sistema andaluz de salud fue, en 1999, el primero en incluir entre sus prestaciones sanitarias el tratamiento quirúrgico de reasignación de sexo. Las provincias de Aragón y Cataluña son comunidades que están estudiando la inclusión de este servicio sanitario. En otros países europeos, como Bélgica y Holanda, la Seguridad Social cubre, en el nivel nacional, este tipo de intervenciones.

consentimiento informado de la persona. En un caso concreto del que tuvo conocimiento, la Corte Constitucional ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) así como al ISS conformar un equipo interdisciplinario para dar apoyo médico y psicológico a la persona (para el caso una menor de edad) y establecer el momento en el que ella tuviera la capacidad suficiente para expresar su consentimiento sobre la intervención quirúrgica. En claro reconocimiento del derecho a la autodeterminación, esta decisión no puede ser tomada ni por los padres/madres, ni por el equipo médico.

La cirugía de reasignación sexual para personas cuya identidad de género no coincide con su apariencia física es un asunto vital, al punto que en muchos casos no poder acceder a ella se traduce para estas personas en suicidios, mutilaciones y situaciones de exclusión²³³. En Colombia, estas intervenciones quirúrgicas son actualmente consideradas como operaciones suntuosas o puramente estéticas, lo que exige a las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) de prestar este servicio dentro del POS. En consecuencia, los costos de dichas cirugías deben ser costeados directamente por la persona que necesite la intervención. Así mismo, la cirugía no siempre ocurre en el momento oportuno para la persona dada la precaria situación económica que soportan muchas personas transgeneristas, resultado de la exclusión social a la que son sometidas especialmente en el ámbito escolar y laboral. Esta situación genera una violación evidente de los Derechos Humanos contra aquellas personas para quienes una cirugía de reasignación sexual más que una decisión es una necesidad. Para muchas personas, los elevados costos de una intervención de este tipo la hace inaccesible, pese a que representa el único medio para realizarse completamente como persona no sólo en el ámbito de la sexualidad sino en el psíquico y social. En el estado actual de desarrollo de los Derechos Humanos²³⁴ es incomprensible que Colombia no reconozca el cubrimiento de una cirugía de este tipo en el POS, cuando evidentemente es una intervención crucial para el bienestar físico y mental de la persona que la necesita.

La falta de protección a las parejas homosexuales por el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), así como la falta de normas que sancionen la discriminación por orientación sexual y, por último, la falta de una política gubernamental clara destinada a esclarecer la legitimidad del derecho a la orientación sexual son, sin lugar a dudas, formas de atentar contra la salud física y psíquica de las personas LGBT.

Pensiones

El régimen de seguridad social en Colombia instituido por la Ley 100 de 1993 se refiere, igualmente, a otro derecho de tipo económico que afecta a las parejas homosexuales. Se trata del régimen de pensiones por el cual una persona puede ser beneficiaria de pensión de supervivencia cuando, cumpliendo ciertos requisitos, sobrevive a su pareja quien era aportante al régimen pensional (o lo sustituye en su pensión de vejez o invalidez). Las normas relativas a la pensión de supervivencia, Artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, establecen como beneficiarios/as al cónyuge o al compañero/a permanente. El derecho a

²³³ "Uno de cada diez transexuales que no recibe ayuda oportuna se suicida y uno de cada cien se amputa los genitales. Aunque en Colombia no existen estadísticas oficiales, por la privacidad con que se manejan los casos y la destrucción de las historias clínicas, la cifra no deja de ser preocupante." Gómez, Ana María, 2001.

²³⁴ Desde 1989 el Parlamento Europeo dictó la Resolución Contra la Discriminación de las Personas Transexuales en la que insta a los Estados miembros a adoptar una serie de medidas para luchar contra dicha discriminación, entre las que se destacan: la inclusión del tratamiento integral de cambio de sexo en la sanidad pública y adoptar medidas para fomentar la investigación sobre la realidad transexual.

recibir pensiones es, igualmente, un derecho de tipo económico que sólo puede protegerse mediante la tutela por conexidad con los derechos fundamentales de la Constitución. Por ende, la protección por vía de tutela es bastante restringida.

Si se analiza la jurisprudencia constitucional y, en especial, la sentencia unificada SU 623/2001, se puede concluir que la Corte considera que si bien el Artículo 13 establece una protección a las personas históricamente discriminadas, el test estricto de desigualdad sólo es utilizable frente a la violación de derechos “fundamentales.” En lo relativo a derechos de tipo económico, el test de desigualdad es mucho más flexible y debe considerar las razones por las cuales el legislador toma la decisión de hacer la diferenciación. Sólo si se considera que existe una discriminación objetiva e injustificada puede declararse que hay una violación al derecho a la igualdad.

Por su parte, el Consejo de Estado dictó un fallo negando el derecho a recibir pensión de supervivencia en un caso paralelo²³⁵ que llegó a su consideración por la vía de la jurisdicción contencioso administrativa. En dicho caso, el demandante pretendía que se decretara la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se denegó su aspiración en el sentido de que la Dirección General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República le reconociera y pagara la sustitución de la pensión mensual vitalicia de jubilación que gozaba la persona con quien mantenía relación homosexual, quien había dejado de existir. El Consejo de Estado tomó como motivación principal para negar la pretensión del demandante el argumento según el cual la familia protegida por el Artículo 42 de la Constitución es la que se conforma por la unión de un hombre y una mujer²³⁶, afirmación que sustenta con las decisiones de la Corte Constitucional relacionadas al tema.

En Colombia, el derecho a la seguridad social está legalmente negado a las parejas del mismo sexo. Sólo creando una ley que establezca este derecho podría ser validamente satisfecha la igualdad entre las parejas homosexuales y heterosexuales. Con esta discriminación no sólo se vulnera directamente el derecho de las personas homosexuales, sino que también se afecta el derecho de sus hijas/os, puesto que la pareja de una madre o un padre homosexual no puede adoptar al hijo/a de su pareja como segundo padre o segunda madre y (en caso de que su padre o madre biológicos no se encuentren afiliados al Sistema) al menor se le niega el derecho a ser beneficiario de la afiliación a seguridad social de esa persona, vulnerando su derecho a la salud. Este es sólo uno de los innumerables beneficios que la ley y los regímenes laborales determinan para los/as hijos/as y de los cuales se excluye a los hijos/as de las personas del mismo sexo.

²³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo del 19 de julio de 2000. M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

²³⁶ “5. Así, pues, es la unión de hombre y mujer, en la forma prevista en el Artículo 42 de la C.P., la que tiene el poder de conformar una familia y es ésta, como se acaba de señalar, la que goza de protección total, como cuando se regulan fenómenos como el de la sustitución pensional, no se le encuentra consistencia a la afirmación del recurrente en el sentido de que se incurrió en yerro al prescribirse en el Artículo 10 del decreto 1889 de 1994 que sólo era viable la sustitución pensional entre personas de diferente sexo.” *Ibidem*.

CONCLUSIONES

- ❖ Si bien en Colombia la homosexualidad no es delito desde 1980, el país tiene un sistema legal implícita o explícitamente heterosexista, que desconoce la diversidad en las orientaciones sexuales e identidades de género y genera privilegios en el ejercicio de los derechos para determinadas personas.
- ❖ En Colombia el reconocimiento de derechos a las personas LGBT se ha hecho especialmente mediante pronunciamientos judiciales de las altas cortes vía revisión de tutelas y sentencias de constitucionalidad. Se desconoce de manera sistemática el resultado de muchas sentencias positivas y negativas de juzgados locales y tribunales departamentales en el ejercicio efectivo de los derechos por parte de las personas LGBT.
- ❖ Los pronunciamientos de la Corte Constitucional han permitido avances en el reconocimiento de derechos, especialmente en aspectos que tienen que ver con la igualdad y la libertad fundamental de los individuos. Los fallos positivos de las altas cortes han significado avances en la transformación de imaginarios negativos y prejuicios que existen en la sociedad colombiana respecto a las personas LGBT. También han contribuido a la movilización política de estas personas en el territorio nacional.
- ❖ Los avances promovidos por la Corte Constitucional no han carecido de tensiones y contradicciones. La misma Corte no ha logrado resolver favorablemente temas de reconocimiento de las parejas del mismo sexo, ni justificar suficientemente el tema de las expresiones públicas de la orientación sexual y la identidad de género y su afectación a terceros.
- ❖ En Colombia se han dado avances frente al reconocimiento de derechos de las personas LGBT en el poder judicial, especialmente en el nivel de las altas cortes. Sin embargo, dicho reconocimiento en la jurisprudencia no ha tenido avances equiparables en normas o políticas públicas que reconozcan estos derechos. En otras palabras, este reconocimiento no se ha traducido en planes y programas diseñados desde el Ejecutivo, nacional o local, con excepción del Código de Policía de Bogotá. Ante estas deficiencias a nivel legislativo, las personas LGBT han encontrado en la acción de tutela su principal herramienta para garantizar el ejercicio de sus derechos. Gracias a ella, las personas LGBT han podido proteger su derecho al trabajo, a la educación, a la salud, a la libertad, a la dignidad o a la igualdad. Sin embargo, en términos de justicia social cuestiona que un grupo tenga, en la mayoría de los casos, una única herramienta de defensa de sus derechos.
- ❖ La mayoría de las acciones de tutela instauradas ante el sistema judicial colombiano tienen que ver con hombres gay, lo cual revela un menor uso de los mecanismos existentes por parte de lesbianas, bisexuales y transgeneristas. Estas últimas personas constituyen los grupos sociales menos visibles y más vulnerables social y legalmente.
- ❖ Existen importantes avances jurídicos en el tema de transexualidad e intersexualidad, tanto por vía de pronunciamientos de la Corte Constitucional, como por desarrollos normativos, que han reconocido derechos como el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación en materia sexual y de género. Persiste un vacío jurídico frente al tema, especialmente en lo que tiene que ver con cirugías de reasignación de sexo y acompañamiento psicosocial a estas personas y sus familias.
- ❖ En general, en el tema de las personas LGBT, la normatividad colombiana no es clara ni suficiente. Adicionalmente, persisten normas redactadas ambiguamente, fundadas en criterios como la moralidad o el ambiente sano que constituyen peligrosas herramientas de discriminación potencial.

El derecho a la igualdad

- ❖ La orientación sexual como criterio sospechoso de discriminación es un instrumento jurídico muy potente que puede ser usado por las personas LGBT. Por esta razón, es importante la generación de información sobre los derechos de las personas LGBT, de tal manera que se cree conciencia en esta población sobre sus derechos y se incentive el uso de mecanismos existentes para su defensa y, así mismo, se contribuya a generar respeto por la orientación sexual y la identidad de género como derechos humanos entre la población en general.
- ❖ Las personas LGBT deben considerarse en riesgo de discriminación y, por ende, requieren de una protección especial por parte del Estado en virtud del principio de igualdad. Además, de acuerdo con instrumentos internacionales de Derechos Humanos, el Estado no debe ser neutral frente a las discriminaciones y debe adoptar todas las medidas necesarias para erradicarlas.

Derecho a la libre orientación sexual

- ❖ No existe ninguna normatividad que se ocupe del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, menos aún, que consagre como un derecho la libertad de orientación sexual. Es indispensable desarrollar una legislación acorde con el alcance constitucional de los derechos que ha establecido la Corte Constitucional. Esto no sólo garantiza la legitimación de los derechos, sino la seguridad jurídica y el respeto de los mismos.

El derecho a la familia

- ❖ En Colombia, el derecho a fundar una familia se viola permanentemente. La Corte Constitucional ha interpretado el artículo 42 de la Constitución Política de forma tal que gays y lesbianas quedan al margen de todos los derechos derivados de la conformación de una familia. Esta es una grave situación que amerita un remedio rápido y eficaz. Este derecho se vincula estrechamente con el derecho a la intimidad personal y familiar e, igualmente, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ambos reconocidos constitucionalmente. Por otro lado, el derecho a la intimidad de la pareja homosexual se relaciona con el derecho a la libre orientación sexual y al ejercicio de la sexualidad (visita íntima a personas privadas de la libertad) reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- ❖ El no reconocimiento de las parejas del mismo sexo (ni siquiera a nivel patrimonial que es lo mínimo) contraría el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El CDH, órgano encargado de vigilar este pacto, en un fallo reciente (*Young vs. Australia*, 2003), consideró que el hecho de no reconocer la pensión de supervivencia a una pareja del mismo sexo constituía una violación del derecho a la igualdad por parte del Estado. La negativa del Estado a reconocer las parejas del mismo sexo ha determinado que muchas de ellas recurran a costosos mecanismos adicionales e incurran en gastos transaccionales mayores para ver protegidos sólo algunos derechos como pareja, lo que sin duda afecta prioritariamente a personas LGBT de escasos recursos socioeconómicos. Lo anterior no sólo establece diferencias en la protección entre parejas heterosexuales y homosexuales y crea para estas últimas costos transaccionales adicionales, sino que también termina excluyendo a aquellas personas que no tienen ni las herramientas legales ni los medios económicos para acceder a estos mecanismos adicionales.

- ❖ Actualmente existe un proyecto de ley en el Congreso de la República, relativo a los derechos de parejas del mismo sexo. Es el último de cuatro proyectos sobre el tema, de los cuales tres han sido rechazados por el órgano legislativo bajo consideraciones no siempre de tipo jurídico, sino religioso y moral. Este último proyecto, si bien es limitado con respecto a los proyectos anteriores, es por ahora el único camino hacia un reconocimiento legal de la pareja del mismo sexo y merece apoyo no sólo porque reconoce un régimen patrimonial entre estas parejas reduciendo su vulnerabilidad, sino porque la aprobación de normas en este sentido contribuye a generar en el país un clima de mayor respeto e inclusión social de las personas LGBT.

El derecho a la educación

- ❖ En Colombia, de acuerdo con pronunciamientos de la Corte Constitucional, se garantiza el derecho a la educación de las personas LGBT. Sin embargo, el Estado colombiano carece de una política pública que explícitamente contemple el tema de las orientaciones sexuales e identidades de género diversas. En los planes de educación sexual persiste una visión heterosexista de la sexualidad.
- ❖ En Colombia se han realizado estudios principalmente para identificar sexismo y racismo en la escuela. No existe un registro sistemático de discriminaciones por orientación sexual e identidad de género que permita al Estado colombiano diseñar planes para erradicar prácticas pedagógicas homofóbicas en la escuela que, a su vez, contribuyan a que los/as estudiantes vivan en ambientes de respeto y reconocimiento de la diversidad como aporte a la democracia del país.

El derecho al trabajo

- ❖ En Colombia existen normas laborales que aluden a “buenos comportamientos” y “moralidad” de los empleados/as. Habida cuenta de la discriminación que existe hacia las personas LGBT, estas expresiones se pueden prestar para generar situaciones de vulnerabilidad para ellas en sus empleos.

El derecho a la salud y la seguridad social

- ❖ El derecho a la igualdad implica la igual protección por parte de la ley a las parejas del mismo sexo. En Colombia, la ley y la jurisprudencia han establecido discriminación contra las parejas homosexuales, lo cual ha generado obstáculos que impiden su acceso a la protección por parte del sistema de seguridad social tanto en salud como en pensiones. Este es un tema que no ha sido resuelto favorablemente por instancias judiciales, legislativas, ni ejecutivas. En este último caso, ni siquiera se ha considerado el tema para la discusión.

PROPUESTAS

A partir de este estudio se identifica una amplia agenda de incidencia política para promover acciones que permitan el reconocimiento pleno de los derechos de las personas LGBT en Colombia de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado colombiano. Esta agenda abarca no sólo aspectos legales, sino culturales y sociales, y daría lugar a establecer acciones tanto en el corto como en el mediano y en el largo plazo.

Dichas propuestas se construyeron con base en los resultados de este estudio y, por lo tanto, no son exhaustivas, ni reflejan la agenda LGBT completa del país. En todo caso, recogen parte de las necesidades jurídicas más apremiantes. Finalmente, dan cuenta de las demandas mínimas de las personas LGBT en Colombia y demuestran, por ahora, exigencias de igual reconocimiento, es decir, no implican nuevos derechos ni asuntos exóticos o exclusivos.

En el nivel legal, se requiere de acciones tanto en instancias judiciales nacionales e internacionales como legislativas. Es importante hacer seguimiento a decisiones judiciales locales y departamentales negativas para llevarlas a las instancias judiciales superiores, como agenda legal inmediata para el movimiento LGBT colombiano. Ahí, el papel de los/as activistas, en los niveles locales es fundamental, pues pese a sus contradicciones, es en el sistema judicial donde se ha dado un mayor avance, por lo que continúa siendo un terreno estratégico para la incidencia política con diversidad de iniciativas desde el nivel local hasta el internacional. Así mismo, resultan fundamentales las alianzas con organizaciones con reconocimiento nacional e internacional y expertas en este tipo de acciones legales.

En cuanto a los DESC, se hacen necesarias acciones urgentes para garantizar su disfrute por parte de las personas LGBT, pues son las herramientas que permiten el ejercicio concreto del derecho a la igualdad o la libertad. Sin ellos, los discursos de igualdad y libre desarrollo de la personalidad son insuficientes.

El derecho a la igualdad

- ❖ Es importante sacar el mayor provecho de las sentencias de la Corte Constitucional que han reconocido que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación. Este criterio determina que toda diferenciación fundada en la orientación sexual se presume inconstitucional y obliga a quien la establece a probar que dicha diferenciación constituye el único medio para alcanzar un objetivo constitucional.
- ❖ Colombia necesita legislación antidiscriminación para personas LGBT que contemple expresamente, como un criterio prohibido de discriminación, la orientación sexual de las personas y que establezca sanciones de tipo penal, social o administrativo y sistemas de protección para garantizar el cumplimiento del artículo 13 de la Constitución Política. El proyecto que actualmente se prepara en la Defensoría del Pueblo para lograr una ley estatutaria contra la discriminación es una necesidad urgente y manifiesta que ya ha sido objeto de recomendaciones impartidas por órganos de vigilancia del cumplimiento de derechos humanos y cuya inexistencia constituye una forma de violación por omisión del derecho internacional de los derechos humanos. Independientemente de que este proyecto se presente o no por parte de la Defensoría del Pueblo en próximas legislaturas, es una estrategia que el movimiento LGBT debe rescatar.

- ❖ Es importante seguir trabajando por la instauración de acciones afirmativas²³⁷ para la protección de las personas LGBT.
- ❖ Dado que el respeto de los derechos de las personas LGBT no se limita a la prohibición de la discriminación, es necesario establecer legalmente la existencia de un derecho a la libertad de orientación sexual. Este derecho ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero no basta con ello. El reconocimiento explícito de este derecho en una ley estatutaria podría constituir una garantía importante.
- ❖ Resulta fundamental difundir ampliamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con fines pedagógicos y de movilización social entre las personas LGBT, de manera que este tema salga del ámbito de personas expertas y se genere mayor apropiación y conciencia de derechos entre las personas LGBT, con el fin de que conozcan las herramientas que pueden usar en caso de vulneración de sus derechos en su vida cotidiana. Muchas personas LGBT continúan pensando que no tienen derechos dada su orientación sexual o identidad de género, que el Estado no tiene la obligación de protegerlos, o que la normatividad internacional en esta materia no tiene efectos en Colombia. Muchas otras sienten temor de hacer valer sus derechos y la posibilidad de conocer que otros/as lo han hecho puede ayudar a movilizarlos/as.

El derecho a la libre orientación sexual

- ❖ La inclusión de un artículo constitucional en el que se exprese que Colombia reconoce y garantiza el respeto por la libertad en la orientación sexual podría ser el punto de partida para las leyes que persigan temas como la no discriminación o la constitución de regímenes patrimoniales entre parejas del mismo sexo. Esto genera mayor legitimidad social y legal para el ejercicio de una orientación sexual y una identidad de género no normativas.

El derecho a la familia

- ❖ Es necesario adelantar acciones de tutela y otras iniciativas legales concernientes para lograr una ampliación del derecho a la intimidad de la pareja del mismo sexo, más allá del reconocido a las parejas privadas de la libertad.
- ❖ Es importante reconocer legalmente este derecho fundamental. A partir de ese reconocimiento, se contará con las herramientas jurídicas necesarias para defender con éxito este derecho, en el dominio de la educación, el trabajo, la salud y campos relacionados.
- ❖ El objetivo es lograr una legislación equitativa que reconozca a la familia fundada por parejas del mismo sexo (con o sin hijos/as) y les brinde una gama de posibilidades jurídicas para proteger sus intereses como pareja y familia, según la medida y la aceptación de sus compromisos mutuos.

²³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C371/00. "Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. Los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras."

- ❖ Con urgencia se debe establecer la cobertura de las normas de violencia intrafamiliar frente a las familias formadas por personas del mismo sexo. La inexistencia de normas al respecto es una forma de violación de los pactos internacionales de derechos humanos relativos a la protección de la mujer contra la violencia y la protección de los derechos de los niños, las niñas y las personas mayores.
- ❖ La necesidad de normas frente a la familia es una evidencia ante las incoherencias de aquellas relativas a la afinidad civil y filiación, sobre todo en lo que tiene que ver con los regímenes de incompatibilidades en el sector público.

El derecho a la educación

- ❖ El Estado debe adelantar políticas eficaces y documentar y diseñar medidas para erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la escuela, no sólo por medio de estudios y controles, sino también mediante la implantación de medidas afirmativas que protejan a las personas LGBT.
- ❖ Es indispensable que el Estado adelante campañas educativas que formen a los/as estudiantes en el respeto hacia los/as demás, partiendo de los principios de pluralidad y democracia. Sin embargo, la educación debe partir del respeto de los/as profesores/as al derecho a la libertad sexual.
- ❖ La Ley General de Educación establece criterios que deben seguirse para el cumplimiento adecuado del derecho a la educación sexual. Se deben vigilar las medidas que tome el Ministerio de Educación e instaurar ante los/as jueces las acciones de cumplimiento para que la Ley General de Educación no se quede en el terreno de lo discursivo.
- ❖ Es necesario establecer mecanismos de seguimiento para que el respeto por la pluralidad y el libre desarrollo de la personalidad sean principios guías de la educación.
- ❖ Es necesario desarrollar una política adecuada con la concepción de igualdad en la educación y esto implica, por ejemplo, contribuir a la transformación de los estereotipos sexistas y homofóbicos en los textos de estudio y en las prácticas pedagógicas.
- ❖ La educación debe guiarse por criterios de inclusión y no discriminación. Ni las creencias particulares, ni la cultura pueden ser pretextos para una educación contraria a los Derechos Humanos. Es importante documentar la discriminación en la escuela y sensibilizar a docentes, personal administrativo y estudiantes frente al respeto por la diversidad sexual.

El derecho al trabajo

- ❖ La normatividad laboral debe reconocer la libre orientación sexual como un criterio prohibido de discriminación.
- ❖ La legislación colombiana requiere de acciones afirmativas que hagan efectivo el artículo 13 de la Constitución (derecho a la igualdad). Es pertinente la expedición de una norma laboral que proteja a los/as trabajadores/as con orientación sexual de lesbiana, gay o bisexual, personas con identidad de género diversa o que conviven con el VIH/SIDA de los despidos injustos motivados por esta forma de discriminación.
- ❖ Nuevamente, retomando la idea de que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación, es importante presumir que cuando una persona LGBT ha sido despedida de su trabajo, fue discriminada en razón de su orientación sexual. En este caso, el despido deberá considerarse nulo y el/la empleador/a, además de soportar una sanción por la discriminación cometida, deberá pagar al trabajador/a los salarios dejados de percibir y reincorporarlo/a en su puesto de trabajo.

El derecho a la salud y la seguridad social

- ❖ En tanto la Corte Constitucional así como otras instancias judiciales nacionales han sido renuentes a reconocer a las parejas del mismo sexo el derecho a la seguridad social, es necesario recurrir a instancias internacionales para poner fin a esta forma de discriminación.
- ❖ El reconocimiento expreso y legal del derecho humano a la libertad de orientación sexual y de los derechos sexuales es una obligación del Estado frente al derecho a la salud.
- ❖ La expedición de normas antidiscriminación y la enseñanza y difusión de información sobre la sexualidad y sobre el respeto a la diversidad sexual protegerán la salud mental de las personas para que no se vean compelidas a esconder o negar sus orientaciones sexuales por miedo al rechazo, la exclusión o la discriminación en todas sus formas.
- ❖ La seguridad social debe cubrir las cirugías de reasignación sexual por respeto al derecho a la salud, pero también por respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a una vida digna. La cirugía de reasignación sexual no es una decisión de estética. Es una necesidad fundamental, íntimamente ligada con la realización sexual, personal, social y afectiva. No toda intervención quirúrgica persigue exclusivamente restablecer la salud, si esta se entiende no como la ausencia de enfermedad, sino como un estado de bienestar, físico, psicológico y social.
- ❖ Se hace necesario impulsar la expedición de legislación adecuada a la diversidad en las identidades sexuales, acorde con los desarrollos socioculturales en esta materia.

ANEXO 1

RELACIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA QUE HAN CONSIDERADO LOS TEMAS LGBT

Nº	Sentencia	Tema
1	T-594/93	Cambio de nombre
2	T-097/94	Conductas homosexuales en la escuela militar
3	T-539/94	Publicidad homosexual (beso en la Plaza de Bolívar de Bogotá)
4	T-569/94	Conductas travestis por niño en colegio
5	T-290/95	Adopción por homosexual
6	T-037/95	Homosexualidad en las fuerzas militares
7	T-277/96	Despido de Jardín Infantil a profesor homosexual
8	C-098/96	Demanda contra la Ley 54 de 1990
9	SU-476/97	Prostitución de travestis en Bogotá
10	C-481/98	Régimen disciplinario para docentes
11	T-101/98	Estudiantes gay en Ginebra, Valle
12	C-507/99	Fuerzas armadas y homosexualidad
13	SU-337/99	Pseudohermafroditismo-Niño "castrado"
14	T-999/00	Seguridad social y parejas del mismo sexo
15	T-1426/00	Seguridad social y parejas del mismo sexo
16	T-618/00	Seguridad social y parejas del mismo sexo
17	T-268/00	Desfile de travestis en Neiva
18	SU-623/01	Seguridad social y parejas del mismo sexo
19	C-814/01	Adopción por homosexuales
20	T-435/02	Estudiante lesbiana Bogotá
21	C-373/02	Notario homosexual
22	T-808/03	Homosexual en la organización Scouts de Colombia
23	T-301/04	Uso de espacio público por homosexuales en Santa Marta
24	T-499/03	Visita íntima lésbica en cárceles
25	C-431/04	Demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley 836 de 2003 (Reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas militares) - incluye alusiones negativas hacia personas homosexuales
26	T-725/04	Reconocimiento de pareja gay en San Andrés Islas
27	T-1096/04	Violación a persona homosexual en cárceles

ANEXO 2

TEXTOS CONSULTADOS

TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSALES

- ❖ Declaración Universal de los Derechos Humanos
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
- ❖ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- ❖ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer
- ❖ Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña
- ❖ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- ❖ Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación
- ❖ Convenio sobre Igualdad de Remuneración
- ❖ Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza
- ❖ Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios

Estos y otros textos normativos internacionales desarrollados por la Organización de las Naciones Unidas se encuentran en el sitio Internet de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: http://www.unhchr.ch/spanish/html/intlinst_sp.htm

TEXTOS REGIONALES

105

SISTEMA INTERAMERICANO

- ❖ Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre
- ❖ Convención Americana sobre Derechos Humanos
- ❖ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)
- ❖ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
- ❖ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
- ❖ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Todos estos documentos se encuentran en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instrumentos Internacionales: Sistema Interamericano: <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm>

SISTEMA EUROPEO

- ❖ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Este documento se encuentra en la página web de la Corte IDH, Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos:

<http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm>

BIBLIOGRAFÍA

Acuña, Natalia y otros. 1998. La marginación de los homosexuales en el ámbito educativo, familiar y laboral en Costa Rica. Noviembre 20, disponible en: www.monografias.com

Álvarez Botero, Darío. (Pbro.). 2001. El matrimonio es un sacramento: matrimonio homosexual. En: <http://semana2.terra.com.co/imagesSemana/documentos/PeriodicoCatolicismo.doc>

Amnistía Internacional. Los Derechos Humanos y la orientación sexual e identidad de género. Documento accesible en: <http://www.amnistiainternacional.org>

Amnistía Internacional. Crímenes de odio, conspiración de silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual. En: http://www.amnistiainternacional.org/publica/ISBN_8486874734.html

Arquidiócesis de Bogotá. 2002. Posición de la Iglesia Católica al proyecto de Ley 043 de 2002. En: http://www.elcatolicismo.com.co/content.php?menu=25&page_id=1309

Aristizábal Peña, Sara. Educación postmoderna para una sexualidad de modernismo tardío. En: <http://tone.udea.edu.co/revista/sep96/eduposmo.html>

Asociación Internacional de Lesbianas y Gays. Sección América Latina y el Caribe. 2002. Derechos Humanos: manual de recursos y directorio.

Barreto, Manuel; Sarmiento, Libardo. Constitución Política de Colombia, Título II: de los derechos, las garantías y los deberes. Editorial Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, Colombia. 1997.

Becerra-Fernández, Antonio. 2003. Transexualidad: La búsqueda de una *identidad*. Editorial Díaz de Santos, Madrid.

Bernal, Carlos. (Sin fecha). *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. En: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF> Página 2.

Borrero, Camilo; Galvis, María Clara y Danilo Rojas, Rodrigo Uprimny. 2002. "La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional." *Revista Pensamiento Jurídico* N° 15. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

Brown, Wendy; Williams, Patricia. 2003. *La crítica de los derechos*. Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

Cabal Luisa, Roa Mónica, Lemaitre, Julieta. 2001. *Cuerpo y derecho: legislación y jurisprudencia en América Latina*. Editorial Temis, Bogotá.

Caicedo Perdomo, José Joaquín; Garzón Díaz, Jorge Darío. 1991. *Derecho internacional público*. Tomo I. Editorial Margabby Ltda. Bogotá, Colombia.

Comisión Colombiana de Juristas. 2004. *El disfrute del derecho a la educación en Colombia*. Bogotá, Colombia.

_____. 2003. *Garantías en creciente ausencia*. Bogotá, Colombia.

Coomaraswamy, Radhica. 1994. "To Bellow like a Cow: Women, Ethnicity, and the Discourse of Right." En: Cook, R. Editorial Human Rights of Women.

Defensoría del Pueblo. 2003. El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, Colombia.

_____. 2003. El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, Colombia.

Dauyeard, Yann. ¿Por qué los homosexuales piden derecho al matrimonio? Traducción de Fernando Navarro para Café Babel, julio de 2004, página de Internet: www.cafebabel.com/es/article.asp?T=T&Id=2161

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. 2002. "La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En: Revista Pensamiento Jurídico, N° 15. Bogotá.

Flores, Valeria. 2003. La ignorancia institucionalizada de las lesbianas. En: http://www.creatividadfeminista.org/articulos/lesb_2003_ignorancia.htm

Gómez, Ana María. 2001. "Borrón y sexo nuevo". En: *Revista Cromos*, febrero 19. www.cromos.com.co/4333/actualidad1.htm

Human Rights Watch y Comisión Internacional de los Derechos Humanos para gays y lesbianas. 2003. *Más que un nombre: La homofobia avalada por el Estado en el Sur de África y sus consecuencias*. Copyright: Human Rights Watch. Estados Unidos.

International Gay and Lesbian Human Rights Commission, IGLHRC. 2004. *Informe sobre la situación de las mujeres lesbianas y bisexuales en América Latina 2000-2003 presentado en junio de 2004*. Mimeo.

Lavine, May; Campos, Stephanie. (Sin fecha). *Antecedentes internacionales en jurisprudencia y en políticas contra la discriminación a gays, lesbianas y homosexuales*. IGLHRC.

López Medina, Diego Eduardo. 2001. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del derecho judicial*. Legis, Bogotá.

Madrid_Malo, Mario. 2004. *Seguridad democrática: seguridad ciudadana y Derechos Humanos en Bogotá*. Mimeo.

Mella Escobar, Jennifer. 2004. *Informe sobre Derechos Humanos en las minorías sexuales (lesbianas y homosexuales)*. Chile. Mimeo.

Ministerio de Salud, Colombia. 2000. *Los Derechos Humanos y sexuales: el placer de disfrutar*. Bogotá.

Minot, Lesli Ann. 2000. *Concebir la mater/paternidad: ser madres, ser padres y los derechos de las personas, lesbianas, gays, bisexuales, trasngénero, sus hijas e hijos: un informe de la IGLHRC*.

Moncada Roa, Patricia. 2002. "La huída de la Corte Constitucional: el derecho al onanismo". En: *Revista Tutela* N° 25. Editorial Legis. Bogotá, Colombia.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*. 2002. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. 2004. *Informe sobre la situación de las mujeres lesbianas y bisexuales en América Latina. 2000-2003*. International Gay and Lesbian Human Rights Comission.

Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Humanitario. 2004. *La ONU mira a Colombia: informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación en su misión a Colombia*. Editorial Antropos, Bogotá, pág. 98.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2001. *Igualdad, dignidad y tolerancia: un desafío para el siglo XXI*. Bogotá, Colombia.

_____. 2002. *Declaración y programa de acción de Durban: Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Bogotá, Colombia.

_____. 2004. *Derecho internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia.

Pérez Canovas, Nicolás, 1996. *Homosexualidad, homosexuales y uniones de homosexuales en el derecho español*. Editorial Comares, España.

Profamilia. 2000. *Encuesta nacional de demografía y salud*. Bogotá.

Quoc Dinh, Nguyen. 1999. *Droit internacional public*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A. Paris, Francia.

Sarda, Alejandra. 2004. *Nacionalismo, fundamentalismo y sexualidad*. Ponencia presentada en el seminario organizado por Prism, DAWN, ASR, Articulación Feminista Marcosur, WICEJ, WEDO, Inform, South Asian Women for Peace e Institute of Women's Studies (Lahore). Foro Social Mundial, Mumbai, India.

Sastoque, Daniel. 1998. *Diversidad en la sexualidad y convivencia en el sistema jurídico colombiano*. Tesis de grado, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá.

Sudre, Frédéric. 1999. *Droit international et européen des droits de l'homme*. Editorial Presses Universitaires de France. Francia.

Tamayo, Giulia. 2001. *Bajo la piel: derechos sexuales, derechos reproductivos*. Editorial Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán. Lima, Perú.

Uprimny Yepes, Rodrigo. 2002. "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana." En: Franco, Saúl (editor). *La salud pública hoy: enfoques y dilemas contemporáneos en salud pública*. Memorias Cátedra Manuel Ancizar. I Semestre de 2002. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Uprimny Yepes, Rodrigo; García, Mauricio. 2004. "Corte Constitucional y emancipación social en Colombia". En Boaventura de Sousa Santos & Mauricio García Villegas (editores), *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá, Editorial Norma.

Vásquez Moreno, Andrés Alberto. 2004. "La estrategia de la derecha o el juego político de algunas personalidades en contra del reconocimiento de las uniones de parejas del mismo sexo." En: *Revista Semana*, edición 1.172, octubre 17 a 24, Publicaciones Semana, Bogotá.

Villán Durán, Carlos. 2002. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Editorial Trotta. Madrid, España.

Wiesner Morales, Luis Roberto. 2004. *Expulsar, confinar e ignorar*. Editorial Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia.