



RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL
MISMO SEXO PLASMADOS EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

MARIA ALEJANDRA CASTRO PEÑALOZA

MARTHA ELIANA GÓMEZ TERREROS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICA

CARRERA DE DERECHO

SANTIAGO DE CALI

2017



RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL
MISMO SEXO PLASMADOS EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

MARIA ALEJANDRA CASTRO PEÑALOZA

MARTHA ELIANA GÓMEZ TERREROS

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar por el título de

ABOGADA PROFESIONAL

Director: RAÚL FERNANDO NÚÑEZ MARÍN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICA

CARRERA DE DERECHO

SANTIAGO DE CALI

2017

ARTÍCULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del

Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Sólo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales: antes bien, se vean en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”

Nota de Aceptación

Director Trabajo de Grado

Evaluador

Evaluador

Agradecimientos

Este trabajo está dedicado a nuestros padres y hermanos. Gracias a nuestro director de tesis por el esfuerzo y dedicación de tiempo a nuestro trabajo de grado.

Resumen

Este trabajo establece una comparación entre la Constitución Política de Colombia de 1886 y la de 1991, y recoge las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, para determinar el grado de reconocimiento constitucional que han tenido tales derechos plasmados en la normatividad colombiana.

Palabras Clave: Derechos, igualdad, corte constitucional, parejas del mismo sexo.

Abstract

This project establishes a comparison between the Political Colombian Constitution of 1886 and 1991, and includes the judgments pronounced by the Constitutional Court about the rights of the couples of the same gender, for determining the constitutional recognition of this rights that are involved in the Colombian normatively

Keywords: Rights, equality, constitutional court, couples of the same gender

Tabla de contenido

Introducción.....	10
1. Problema de investigación.....	13
2. Objetivos.....	13
2.1 Objetivo general.....	13
2.2 Objetivos específicos.....	13
3. Justificación.....	15
4. Marco teórico.....	17
5. Metodología.....	19
6. Capítulo I: Grado de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo que se dio con la promulgación de la Constitución Política de 1991, respecto del que existía durante la vigencia de la Constitución Política de 1886.....	21
6.1 La Iglesia Católica y su influencia en el Estado Colombiano.....	21
6.2 Rafael Núñez y la Constitución Política de 1886.....	22
6.3 Contenido religioso de la Constitución Política de 1886.....	23
6.4 La Iglesia Católica y las transformaciones en la sociedad.....	29
6.5 Discursos que influyeron en el rechazo a la homosexualidad.....	31
6.6 Sanciones como consecuencia del rechazo a la homosexualidad.....	31
6.7 Reacciones contra el rechazo a la homosexualidad y su influencia en la sociedad Colombiana.....	33
6.8 Cambio de paradigma en Colombia con la Constitución Política de 1991.....	33
6.9 Mecanismos que brinda la Constitución Política de 1991 para proteger los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo.....	35

6.10	Conceptos y definiciones trascendentales para el tema de Investigación.....	37
6.11	Orientación Sexual.....	37
6.12	Homosexualidad.....	37
6.13	Identidad de Género.....	38
6.14	El Estado y su compromiso en el campo internacional.....	39
6.15	Casos en donde se derivó responsabilidad internacional a los Estados.....	40
7.0	Capítulo II: Pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana que reconocen y desarrollan los derechos de las parejas del mismo sexo.....	45
7.1	Necesidad de reconocimiento y desarrollo de los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo por parte de la Corte Constitucional colombiana.....	45
7.2	Imperfección de la democracia.....	46
7.3	Sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana que han reconocido y desarrollado los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.....	48
7.4	Período de desconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo en las decisiones proferidas por la Corte Constitucional.....	48
7.4.1	Sentencia C-098 de 1996.....	49
7.4.2	Sentencia T-618 de 2000.....	51
7.4.3	Sentencia T-999 de 2000.....	53
7.4.4	Sentencia T-1426 de 2000.....	54
7.4.5	Sentencia SU-623 de 2001.....	56
7.4.6	Sentencia C-814 de 2001.....	58

7.4.7 Sentencia T-725 de 2004.....	60
7.4.8 Sentencia T-349 de 2006.....	62
7.5 Período de reconocimiento de derechos básicos de compañeros permanentes a las parejas del mismo sexo en las decisiones proferidas por la Corte Constitucional.....	65
7.5.1 Sentencia C-075 de 2007.....	65
7.5.2 Sentencia C-811 de 2007.....	68
7.5.3 Sentencia C-336 de 2008.....	69
7.5.4 Sentencia C-798 de 2008.....	70
7.5.5 Sentencia C-029 de 2009.....	72
7.6 Período mayor reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo en las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, que las equiparan al concepto de familia constitucionalmente protegida.....	75
7.6.1 Sentencia C-577 de 2011.....	75
7.6.2 Sentencia SU-617 de 2014.....	78
7.6.3 Sentencia C-683 de 2015.....	81
7.6.4 Sentencia SU-214 de 2016.....	83
8. Conclusiones.....	85
9. Referencias bibliográficas.....	87

Introducción

En la primera mitad del siglo XX el Estado colombiano, se auto proclamaba como “Estado Confesional Católico”, lo que implicaba que la Institución Eclesiástica tenía gran poder e influencia en las decisiones sociales y políticas de trascendencia en el país y que el Estado no estaba separado del poder de la Iglesia Católica. Por lo que la educación en las instituciones escolares y universitarias estaba encaminada a satisfacer la noción de lo moral y de las “buenas costumbres” consideradas por la Institución Eclesiástica, de manera que todo lo que fuera contrario a dicha concepción, no solamente era rechazado, sino incluso sancionado social y legalmente. Por tal motivo, en Colombia la conducta sexual entre miembros del mismo sexo fue por un largo período de tiempo, objeto de persecución legal, social y religiosa, por lo que la homofobia se mostró como uno de los mayores y más generalizados prejuicios (Byrne, 2008, p. 31) extendidos y practicados en nuestra sociedad.

Uno de los rasgos característicos de la orientación católica del Estado colombiano se hizo evidente en la posición que el derecho asumió respecto a la homosexualidad, que antes de 1936 era considerada como enfermedad y posteriormente pasó a ser parte de las conductas punibles consagradas en los artículos 323 y 329 del Código Penal; en 1981, a pesar de que dicho código fue reformado, y se retiraron de la lista de conductas punibles los actos homosexuales entre mayores de 14 años, es posible afirmar que el sexismo y la homofobia fueron prejuicios presentes en las prácticas institucionales y que estas fueron determinantes para defender la “moral” impuesta por la Institución eclesiástica, quien trazó el camino compuesto por normas orientadas al ejercicio de “las buenas costumbres”. Por lo que se marca un precedente de inexistencia en materia de garantías legislativas que velen y protejan los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo.

Colombia en 1991 abandona su condición de Estado Confesional Católico y a través de la constituyente logra consagrar la libertad de culto en su Constitución Política, es decir, se consolida legalmente como un Estado laico, un avance significativo, para las minorías sexuales que se vio reflejado en su derecho a la igualdad (entendida la igualdad como un derecho fundamental refrendado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, motivo por el cual el Estado está obligado a garantizar el efectivo goce de este derecho a todos los individuos dentro del territorio colombiano).

Además de ello, el Estado colombiano ha mostrado avances importantes en lo referente a la protección de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo. En el plano del derecho penal, se dispuso como circunstancia de agravación punitiva, en la ley 599 de 2000, que el móvil de la comisión de delitos sea la orientación sexual del sujeto pasivo, y posteriormente, en el 2011 se introdujo como tipo penal los actos de racismo o discriminación, dentro del cual se encuentra la comisión del delito con ocasión de la orientación sexual del sujeto pasivo, como uno de sus elementos subjetivos determinados (Código Penal Colombiano, 2000, Ley 599 Artículo 58).

En el plano constitucional, la Corte ha ido reconociendo derechos a las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo a través de diversos pronunciamientos, de los cuales se pueden destacar, la (Sentencias C-075, 2007), en la que se le otorgaron efectos civiles a las uniones de parejas conformadas por personas del mismo sexo (Corte Constitucional, 2007, Sentencia C-075); la (Sentencia C-811, 2007) por medio de la cual se les reconocieron derechos a la seguridad social (Corte Constitucional, 2007, Sentencia C-811); la (Sentencia C-577, 2011), a través de la cual se les reconoció el derecho a formalizar sus uniones a través de un vínculo contractual (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-577) ¹ y la (Sentencia C-683, 2015) que les

otorgó la posibilidad de aspirar a padres adoptantes de manera conjunta (Corte Constitucional, 2015, Sentencia C-683)², entre otras.

1. Problema de investigación

El Estado Colombiano con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y gracias a la labor que ha realizado la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos, ha tenido grandes avances en el reconocimiento de derechos de las minorías, los cuales han sido de gran importancia, para las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, ya que durante la vigencia de la Constitución Política de 1886 , el Estado Colombiano al ser un Estado Confesional Católico, se regía por los preceptos impuestos por la institución eclesiástica, la cual consideraba homosexualidad como una conducta contraria a la moral y las buenas costumbres, lo que provocó que no hubiera reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo, y que su conducta fuera vista como una enfermedad y como algo antinatural, por lo cual era objeto de persecución social y legal. Partiendo de este presupuesto es posible formularse la siguiente pregunta:

¿Cuál ha sido el grado de desarrollo constitucional y jurisprudencial que han obtenido los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia

2. Objetivos

2.1 Objetivo general

Determinar el grado de reconocimiento y desarrollo constitucional y jurisprudencial de los derechos de las parejas del mismo sexo, plasmados en la normatividad colombiana.

2.2 Objetivos Específicos

- Establecer el grado de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo que se dio con la promulgación de la Constitución Política de 1991, respecto del que existía durante la vigencia de la Constitución Política de 1886.

- Catalogar los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana que reconocen y desarrollan los derechos de las parejas del mismo sexo.

3. Justificación

La sociedad colombiana ha tenido a lo largo de la historia prácticas de censura hacia los grupos sociales de distinta religión, orientación sexual y/o color de piel, entre otros factores. A pesar de que son muchos los que a través del tiempo han sido afectados por los prejuicios, los conformados por personas con orientación sexual hacia el mismo sexo han sido objeto del aborrecimiento y segregación por las leyes y por los preceptos religiosos, dicho rechazo es lo que se conoce como homofobia (Byrne, 2008).

Este grupo social ha sido históricamente discriminado, de tal manera, el comportamiento sexual llegó a ser considerado una patología, una forma de trastorno psicosexual, que los vinculaba a una serie de trastornos análogos y además de ello, en muchos Estados se tipificaba como delito.

Actualmente, gracias a los avances en materia de aceptación de la diversidad sexual en diversos países del mundo la homosexualidad es percibida como algo natural, y la discriminación hacia las personas con esta orientación sexual está proscrita por diversas normas incluso de derecho internacional, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su preámbulo, establece los derechos y libertades de cada persona, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Artículo 2).

Para tratar este tema específicamente en el Estado colombiano, se debe tener en cuenta el hecho de que éste se consolidó como Estado Confesional Católico en la Constitución Política de 1886, hasta 1991, año en el cual a través de la promulgación de una nueva Carta Política, que consagra

la libertad de culto, Colombia se consolidó como Estado Laico, lo implicó un trato igualitario y la creación de mecanismos para la protección de los derechos sexuales, religiosos y políticos para las todas comunidades.

En Colombia, la Corte Constitucional ha jugado un papel fundamental en la lucha por la igualdad de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, ya que a través del ejercicio de sus funciones en el tiempo que lleva establecida ha proferido diferentes fallos que reconocen diversos derechos a estas personas, un ejemplo sobresaliente es la (Sentencia C-577, 2011) que dispone que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, constituyen una familia que goza de protección constitucional.

Sin duda alguna, el reconocimiento de los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo es un tema trascendental a nivel mundial y además es un aspecto de actualidad, fundamental, tanto para la vida en sociedad, como para cada individuo, independientemente de su orientación sexual.

Reconocer los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, promover el respeto y el ejercicio de los mismos, implica reconocer, aceptar y equiparar su igualdad a la de los individuos heterosexuales, como sujetos de derechos y como personas, que no pueden ser marginadas, excluidas o discriminadas.

4. Marco teórico

La Constitución Política de Colombia de 1886 estuvo vigente en Colombia desde finales del siglo XIX hasta finales del siglo XX. Fue creada en el contexto de la “Regeneración”, movimiento político que apoyaba los ideales eclesiásticos, liderado por Rafael Núñez, quien tenía la convicción de que la autoridad provenía de Dios, y se esforzó por evitar que se suprimiera el partido Conservador bajo el argumento de que ese hecho sería el origen del caos provocado por el liberalismo (Núñez y Caro, 1986, p. 55).

Dicha Carta Política, tuvo como propósito, la unificación del Estado, que según Rafael Núñez, y Miguel Antonio Caro, redactor de dicha Constitución Política, fue una condición necesaria para lograr la armonía social y el desarrollo del país. La unificación del Estado se basaba principalmente en el fortalecimiento del poder central, requisito fundamental para establecer el orden y el principio de autoridad, y también en el fortalecimiento de la religión católica y la iglesia, de tal manera que se consolidaron fuertes vínculos entre la Institución eclesiástica y el Estado (Arias, 2003, p. 379; Meyer, 1990, p.94).

El preámbulo de la Constitución consagra al Dios católico como “fuente de toda autoridad”, la Institución Eclesiástica tenía influencia en las decisiones del Estado y a su vez, intervenía en la cultura y en la educación, tanto escolar como universitaria, con lo cual no se garantizaban los derechos a la libertad de conciencia, de culto, a la igualdad, entre otros, puesto que debían ajustarse a preceptos religiosos, de manera tal que cualquier individuo al no cumplir con ellos corría el riesgo, no solo de ser rechazado por la comunidad, sino también en algunos casos susceptible de acciones penales sancionadoras (Arias, 2003; Meyer, 1990, p.53).

Es posible afirmar que en la vigencia de la Constitución de 1886, todo aquello que no correspondía a los mandatos religiosos, era considerado una aberración. Es por esto que ciertos

sectores de la población fueron marginados, por no corresponder con los modelos del “deber ser”, basados en preceptos religiosos. Para efectos de la presente investigación, se hará referencia a las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, pues la homosexualidad, además de ser considerada algo antinatural, fue una conducta digna de sanciones penales durante un largo período.

Para abordar como problemática la situación que enfrentaron las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo durante la vigencia de la Constitución Política de 1886, es importante resaltar que las relaciones homoeróticas dejaron de ser consideradas delitos con el Decreto- Ley 100 de 1980 y que Colombia se consolidó como Estado Laico, es decir, independiente de cualquier organización o confesión religiosa, en 1991 con la promulgación de la Constitución Política, en la cual se plasmaron derechos, mecanismos y garantías que protegen a las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo.

Es pertinente también, mencionar que las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo han logrado obtener un mayor reconocimiento y desarrollo de sus derechos por la vía constitucional, mediante diferentes mecanismos de protección establecidos e implementados en la Constitución Política de 1991, como por ejemplo la Acción Pública de Inconstitucionalidad, la Acción de Tutela, entre otros, que han obtenido como resultado, diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional que reconocen y desarrollan tales derechos y así mismo los protegen.

5. Metodología

Este es un trabajo propio de una investigación cualitativa, la cual se inspira en un paradigma emergente, alternativo, naturalista, humanista, constructivista, interpretativo o fenomenológico, el cual aborda problemáticas condicionadas e históricas y cuyo propósito es la descripción de los objetos que estudia, la interpretación y la comprensión; de esta forma la investigación responde a las preguntas, ¿qué es? y ¿cómo es?, y tiende a precisar la cualidad, la manera de ser, lo que distingue y le caracteriza (Arellano, 2004).

En el presente trabajo se utilizará la metodología analítica descriptiva para el desarrollo del proyecto, pues ésta se orienta al conocimiento de la realidad tal y como se presenta en una situación espacio-temporal dada, para esto es fundamental dar a conocer las características del fenómeno en evaluación y se requiere descomponerlo en tantas partes como sea posible. Esto implica que el tema debe ser muy bien delimitado (Pineda Gonzales, 1990)

Las fuentes de información utilizadas corresponden a la biblioteca de la Pontificia Universidad Javeriana Cali; a libros de diversos autores, así mismo conceptos de juristas, abogados, grandes pensadores, páginas online de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

Los pasos para poder desarrollar el proyecto son los siguientes:

1. Recolección de material e información, en las fuentes de información previamente mencionadas.
2. Lectura, análisis y apuntes de la información relacionada con el tema del proyecto.
3. Descripción del objeto del trabajo y reflexión personal sobre el análisis de dicha información recopilada.
4. Usar esa reflexión personal y la información recopilada para plasmarlo en el proyecto.

5. Teniendo en cuenta la información recopilada y una vez plasmada ésta en conjunto con la reflexión, se procederá a resolver los 2 objetivos específicos y el general para así poder solucionar el problema de investigación, para posteriormente, mostrárselo al Director de Trabajo de Grado para que dé su concepto favorable y así poder presentar el proyecto a la carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana Cali

6. Capítulo I: Grado de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo que se dio con la promulgación de la Constitución Política de 1991, respecto del que existía durante la vigencia de la Constitución Política de 1886.

6.1 La Iglesia Católica y su influencia en el Estado Colombiano

La iglesia católica ha tenido protagonismo desde las raíces del Estado y la sociedad colombiana. En el periodo de la colonización tuvo una fuerte influencia sobre aspectos económicos, sociales, políticos, culturales e ideológicos, debido a la estrecha relación de la iglesia con las monarquías, lo que ocasionó la restricción de libertades, cultos y costumbres de toda índole por lo que los derechos de todas las personas incluyendo a las homosexuales se veían vulnerados, tanto en el plano individual, como en el de pareja, ya que dicho comportamiento era considerado antinatural, y además era perseguido por la inquisición y otros entes de la institución eclesiástica. Todo lo anterior, debido a principios eclesiásticos establecidos desde el Concilio de Trento, entendiéndose éste, según la Real Academia Española (S.f), como “Reunión de los obispos y otros eclesiásticos de la Iglesia Católica, o de parte de ella, para deliberar y decidir sobre las materias de dogmas y de disciplina”.

El Concilio de Trento se desarrolló entre los años 1545 y 1563 en Trento, ciudad de Italia de la que recibe su nombre. Sus disposiciones establecen que el matrimonio católico se refería a la unión entre un hombre y una mujer exclusivamente. Estas disposiciones debían ser respetadas por todos los individuos, condenando a riesgo de muerte las relaciones homoeróticas.

Esto significó que los individuos se encontraban en una sociedad patriarcal y heterosexual, en la que se establecen normas sobre cómo vivir la sexualidad y donde cualquier diferencia con ellas creaba conflictos en otros planos públicos de la vida lo que implicaba una serie de prohibiciones y castigos para las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, como por ejemplo,

sanciones morales, exclusión de la sociedad, sanciones de tipo penal e incluso tortura para quienes realizarán prácticas consideradas antinaturales o aberrantes, como por ejemplo la sodomía.

El poder de la Iglesia se mantuvo hasta el periodo del liberalismo en el siglo XIX, donde perdió gran poder e influencia sobre distintos aspectos de la sociedad, gracias a las ideas y políticas liberales que tenían como objetivo quitarle beneficios a la Iglesia, y arrebatarle el monopolio de la educación a través de una serie de reformas legislativas. Esas reformas tuvieron grandes consecuencias para la Iglesia de aquellos días, entre las cuales se destacan: la separación de Iglesia y Estado; la tución de cultos, medida que establecía que cualquier decisión que tomará la Iglesia tenía que pasar por el control y aprobación del Estado, la persecución clerical, encarcelamientos, entre otras.

Teniendo en cuenta lo que se presentó, con el liberalismo del siglo XIX, se debe tener en cuenta que en el año 1873 se publicó el primer Código Penal, por medio de cual perdió vigencia la legislación hispana y con ella el delito de sodomía, no obstante, este delito dejó de llamarse sodomía pero continuó siendo catalogado como conductas punibles.

6.2 Rafael Núñez y la Constitución Política de 1886

Sin embargo, este panorama cambió a través de la Regeneración, movimiento político que apoyaba los ideales eclesiásticos, liderado por Rafael Núñez, quien creía que la autoridad provenía de Dios.

En este contexto dio vigencia a la Constitución Política de Colombia de 1886, que tuvo como principal objetivo la unificación del Estado, requisito imprescindible para la consecución de la armonía social y el desarrollo del país, según Rafael Núñez, el líder supremo de un gran movimiento político que luchó durante diez años para que para que esos textos constitucionales

fueran redactados y puestos en vigencia, y Miguel Antonio Caro, que fue el redactor de dicha Carta Política (Núñez y Caro, 1886, p. 55). La unificación del Estado contaba con dos bases primordiales: por un lado estaba el fortalecimiento del poder central, que era la condición necesaria para constituir el orden y el principio de autoridad y por otro lado estaba la religión católica y la iglesia.

Las normas adoptadas por la Constitución Política de Colombia de 1886 en materia religiosa, ratificadas y complementadas un año después a través del concordato, entendido este como el convenio o tratado entre el gobierno del Estado y el Vaticano, dispusieron el papel que iba desempeñar el catolicismo en la sociedad colombiana, especificaron el régimen de cultos, reglamentaron las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado colombiano, y por último determinaron los derechos de la institución eclesiástica, motivo por el cual es importante analizar el conjunto de estas normas para posteriormente realizar un estudio sobre su alcance y contenido.

6.3 Contenido religioso de la Constitución Política de 1886

La Constitución de 1886 invocando a Dios como “Fuente suprema de toda autoridad”, en su preámbulo, expresó que la Religión Católica, Apostólica y Romana, era la de la nación, motivo por el cual los Poderes Públicos la protegerán y tendrían como una de sus funciones que fuera respetada, entendiendo dicho respeto como esencial elemento del orden social; de igual manera el artículo 38 aclaró que La iglesia Católica no era ni iba a ser oficial, y conservaría su independencia. El régimen de cultos, según lo establecido por el artículo 39, enfatizó en que nadie sería molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido por las autoridades a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia.

El artículo 40 hizo referencia a que el ejercicio de cultos era permitido siempre que éstos no fueran contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Por su parte, el artículo 41, hizo alusión a

cuestiones educativas, manifestando que la educación pública sería organizada y dirigida en concordancia con la religión católica. Por otra parte el artículo 55 indicó que la Iglesia Católica estaba exenta de cargas fiscales, y el artículo 53 la autorizó para que ejerciera la libre administración con toda autonomía, sobre sus bienes y también para ejercer su autoridad en la jurisdicción eclesiástica. El artículo 54 manifestó que el ministerio sacerdotal y el desempeño de cargos públicos eran incompatibles, salvo cuestiones de educación o beneficencia pública.

Gracias a la facultad constitucional que se le concedió para celebrar convenios con la Santa Sede, el 31 de diciembre de 1887, el Estado colombiano firmó un concordato, negociado previamente por el cartagenero Joaquín Fernando Vélez, Gobernador de Barranquilla en ese entonces y embajador ante la Santa Sede, quien a su vez había recibido instrucciones de Rafael Núñez, el entonces presidente de la república, reconoció que tanto los poderes públicos como los mismos individuos debían respetar la iglesia por ser “elemento esencial del orden social”, lo que le permitió a dicha institución ejercer libremente su autoridad y jurisdicción. Dicho concordato además de corroborar la importancia y darle mayor fuerza al catolicismo en la sociedad colombiana, admite un papel muy amplio del clero como docente.

Según lo establecido por la Constitución Política de Colombia de 1886 en el artículo 12, las universidades, los colegios, escuelas y en general todos los centros de enseñanza, debían ser dirigidos y administrados conforme a los dogmas de la Religión Católica. La enseñanza religiosa se implementó de manera obligatoria en tales centros lo mismo que las prácticas piadosas de dicha religión. Por ello los obispos diocesanos tenían como labor la inspección, revisión y selección de los textos de religión y moral en todos los planteles oficiales y en virtud de lo establecido por el artículo 13, para garantizar el buen desarrollo de la enseñanza, el Gobierno estableció una restricción según la cual se prohibía que en el desempeño de asignaturas

literarias, científicas, y en general de todas las ramas del saber, se propagaran ideas contrarias al dogma católico, al respeto y la veneración a la iglesia. Además, el artículo 14 dio facultad al obispo para intervenir en caso en que los maestros encargados de la enseñanza moral o religiosa se alejaran de la doctrina católica, contando con la capacidad de sancionarlos o retirarlos de sus cargos según la gravedad de sus actos. Por otra parte, en los artículos 17 a 19 se habló de que el matrimonio religioso era el único válido para los católicos, tenía efectos civiles y quedaba sometido exclusivamente a la autoridad eclesiástica.

Este conjunto de normas manifiesta claramente el papel preponderante que tuvo la Iglesia Católica en la historia del Estado colombiano. Es a partir de 1886, que la Iglesia Católica es constitucionalmente legitimada, amparada por el gobierno e inmune a las aisladas críticas del debilitado radicalismo, motivo por el cual se afianzó su protagonismo en la sociedad como nunca antes. Por un largo período de tiempo, sus intereses, ideología y visión del mundo tuvieron gran influencia en el curso de los acontecimientos del Estado colombiano. Es a través de la unión entre el poder temporal y el poder religioso que se da la consolidación de Colombia como Estado Confesional Católico, presente durante casi todo el siglo XX. Es así como la Iglesia Católica colombiana se encontró a principios de este siglo en una situación privilegiada, con respecto a su situación en el resto del continente latinoamericano, en el cual la embestida de los partidos liberales consiguió, en cierta medida, atenuar, aunque de manera transitoria, la influencia social de la institución eclesiástica (Arias, 2003; Meyer, 1990; p. 94).

6.4 La Iglesia Católica y las transformaciones en la sociedad

Después de 1920, la época de los intelectuales y de los estudiantes, los cambios ocurridos en la sociedad colombiana generaron grandes preocupaciones al interior de la iglesia, que estimaba que se estaba originando el derrumbe parcial del mundo tradicional. En realidad, lo que temía la

jerarquía eclesiástica no era precisamente tan infundado. El ambiente agitado que se vivió en épocas anteriores refleja una inconformidad ante el orden establecido, y por lo tanto, representaba también, directa o indirectamente cierto descontento hacia la iglesia. El proceso de industrialización y urbanización, el surgimiento de la izquierda y de nuevas formas de pensar junto a la agitación creciente, fueron percibidos por parte del clero como una ruptura, como un viraje que podía enrumbar a la sociedad hacia derroteros bastante inquietantes. El obrero que se rebeló contra las autoridades, la mujer que se alejó de su misión natural, el estudiante y el intelectual que adoptaron posiciones críticas, representaron una clara desviación o negación del orden, del reino cristiano.

Desde el punto de vista de la jerarquía eclesiástica, los diferentes males que aquejaban a la sociedad, eran producto de una profunda crisis moral que había influido en todos los sectores y en todas las actividades. Las injusticias sociales, el egoísmo de los ricos, el rencor de los desposeídos, el irrespeto por las autoridades, la búsqueda desenfrenada de todo tipo de placeres, el desconocimiento de las leyes divinas, todo ello hacía parte de un mismo mal: el alejamiento de Dios y de los valores cristianos. Motivo por el cual el episcopado dirigió la mayor parte de sus esfuerzos a la restauración de la “sana moral” y de las “buenas costumbres”. El clero intentó responder a dicho malestar generalizado a través de una estrategia integral en la cual las dificultades materiales y los desafíos culturales fueron indisociables de la dimensión espiritual y moral tanto del individuo como de la sociedad. Sin embargo, hay que resaltar, que dentro de las preocupaciones de la iglesia, la cuestión social ocupaba un lugar cada vez mayor, ya que si se dejaba de lado esta importante problemática, la recristianización hubiera sido incompleta.

La acción social católica, promovida por la jerarquía colombiana a partir de 1913, responde a dichos desafíos. Por una parte, intenta mejorar las condiciones económicas o temporales de las

clases trabajadoras y por otra conservar al pueblo en “la buena fe y en las sanas costumbres”. Pero en el contexto de dicha época existía otro objetivo, ampliamente reconocido por el episcopado: la Acción Social debía “atraer a los extraviados y viciosos al buen camino, para que de ese modo, se procure y conserve la paz social y la salvación de las almas”. Dicho de otra manera, era necesario efectuar un programa social de inspiración católica, que tuviera como objetivo contrarrestar la propaganda y el avance de los enemigos de la Iglesia: “Entre nosotros el movimiento hacia la apostasía ha empezado ya bajo la dirección del movimiento masónico, protestante, impío y aún socialista que se hace sentir. Aplazar para más tarde la Acción Católica Social, so pretexto de que el pueblo todavía es católico, sería exponernos a correr la suerte de otros pueblos donde la clase obrera ha sido arrebatada a la fe por la organización socialista” (Rogier, Aubert y Knowles, 1968, p.53).

El programa de Acción Social Católica, establecía que el objetivo de las obras sociales era “la moralización y mejoramiento de las costumbres mediante las ventajas temporales que con ellas se obtienen” (Arias, 2003; Conferencia Episcopal Colombiana, 1916, p. 62). Para la consecución de dicho objetivo, la Acción Social Católica se enfatizó en dos áreas la educación de los sectores populares y la creación de una serie de asociaciones católicas que debían procurar el buen comportamiento de sus miembros.

En lo referente a la educación de los sectores populares, la Acción Social Católica sostuvo que los obreros y sus hijos debían ser instruidos y educados bajo los preceptos del cristianismo, “procurándoles el perfeccionamiento y el aprendizaje en los artes u oficios” (Arias, 2003; Conferencia Episcopal Colombiana, 1916), sin menoscabo de su moralidad, fomentando siempre el espíritu religioso y “trabajando especialmente por la unión de las clases sociales” (Arias, 2003). Gran parte de esta labor fue encomendada a las congregaciones religiosas que

llegaron al país a finales del siglo XIX, y que rápidamente se dieron a la tarea de multiplicar las escuelas de artes y oficios con la intencionalidad de regenerar a las clases trabajadoras enseñándoles a vivir honesta y cristianamente, debido a un oficio manual de convertir a los alumnos en obreros capaces de satisfacer sus propias necesidades y las de sus familias. Esos tipos de colegios contaban con el respaldo de las autoridades públicas, tan preocupadas, al igual que el clero por el crecimiento de una población marginal, dedicada a la mendicidad, al robo y a la prostitución (Arias, 2003; Helg, 2001, pp. 76-77).

Para frenar la decadencia moral, la Acción Social Católica se encargó de crear juntas, “ligas de decencia”, comités de censura que, con “criterio cristiano” debían defender las buenas costumbres. Aparecieron igualmente, diferentes movimientos como “Las Juventudes Católicas”, los círculos obreros, la liga de damas católicas, todos ellos compuestos por sectores que, según el episcopado corrían varios riesgos en el contexto de comienzos de siglo. Como parte del mismo programa, el episcopado lideró las luchas contra el alcoholismo y lanzó a partir de 1910, una “Cruzada Nacional de la Prensa Católica”, esta campaña tenía como fin reforzar el discurso que se hacía desde el púlpito y desde las escuelas, llegando a un público lector que empezaba a aumentar, aunque muy lentamente.

La cruzada moral no fue competencia exclusiva del clero. Algunos representantes de la rama judicial en efecto, también estaban comprometidos con la misma causa. Hacia finales de los años veinte un juez de Bogotá ordenó el decomiso en las librerías de la ciudad, de obras de autores que estimaba peligrosos como Anatole France, Bernard Shaw y H.G Wells, pues estos representaban una amenaza para los lectores, pues los incitaba a la subversión.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, es importante destacar que cuando Colombia se constituyó como Estado Confesional Católico, también marginó a ciertos individuos, que

contaban con cualidades diferentes, les dio un trato diferente al que recibían los demás, entre los cuales se pueden destacar los gais, las lesbianas, los transexuales, los afro descendientes y las mujeres. Para efectos de esta investigación se analizará lo que sucedió con las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo en dicha época.

6.5 Discursos que influyeron en el rechazo a la homosexualidad

Regresando a los preceptos religiosos y los principios eclesiásticos, mencionados anteriormente, es decir, cuando se hizo referencia a la fuerza que tenía la iglesia católica desde la época colonial, teniendo en cuenta que aunque el liberalismo del siglo XIX intentó quitarle fuerza y poder a la institución eclesiástica, ésta lo recuperó a través de la Carta Política de 1886, motivo por el cual es pertinente referirse a la iglesia nuevamente, pues consideraba la homosexualidad como algo antinatural. Además empezaron a surgir otros factores que acentuaron el rechazo hacia las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, de los cuales se destacan distintos puntos de vista, como el antropológico, psicológico, sociológico, entre otros, en donde los homosexuales fueron vistos contrarios a todo tipo de orden, lo que los hacía desadaptados y enfermos y por ende necesitaban ser rehabilitados.

En el libro “Invisibles en Antioquia 1886-1936: una arqueología de los discursos sobre la homosexualidad”, de Walter Alonso Bustamante Tejada (2004), el autor explica por medio de cuatro capítulos, que existieron una serie de discursos que se encargaron de moldear al individuo e indicarle cómo debían ser sus características, su comportamiento, etc. para poder enmarcarse dentro de lo que se pensaba “verdadero”, dentro de los moldes estipulados. Estos discursos establecieron el deber ser de cada individuo y además no solo abarcaron el sentido religioso, sino que algunos de ellos expresaban un sentido médico, jurídico y educativo, que si bien en principio se diferenciaban por la forma en que definían al sujeto homosexual, todos llegaban a la misma

conclusión y era que el homosexual iba en contra de todo orden, y que de ello derivaba la necesidad de reeducarlos.

Para dar a esto una mejor explicación, se hará a continuación una breve exposición de lo que erigían dichos puntos de vista:

- Desde el punto de vista religioso, el cristianismo consideraba la sodomía como un pecado, por lo tanto debía ser castigada. Para determinar la sodomía como pecado, los cristianos se basaban en la Biblia, en la cual (según su propia interpretación) se expresaba de manera indirecta que las ciudades de Sodoma y Gomorra fueron destruidas por Dios por culpa de las prácticas homosexuales.

- Desde el punto de vista médico, el homosexual desde su nacimiento o en el mismo proceso de crecimiento, por sus características físicas y expresiones, ya era un enfermo o perverso de manera que desde un inicio ya se sabía si el individuo iba a ser homosexual y así se podían iniciar tratamientos para “curarlos”.

- Desde el punto de vista jurídico, existían leyes que protegían la moral, y si bien éstas no tenían bases religiosas, las personas encargadas de hacerlas cumplir sí se basaban en estos preceptos, por lo que no sólo los homosexuales eran vistos como pecadores en el plano moral sino también en el plano legal, y ¿cómo eran sancionados?, dependiendo del escándalo, como sostiene el autor “a mayor sea el escándalo por el hecho, mayor será la sanción”.

- Desde el punto de vista educativo, se formaba la definición de género, lo femenino; lo masculino y las características de cada uno, dicho de otra manera si el individuo se salía de esas definiciones o parámetros, primero (en palabras del autor) “el homosexual cruza el umbral, se feminiza” y segundo, se tenía que atener (en un primer

momento) a la exclusión por parte de los demás individuos que “encajaban” en la definición de género, y después a las sanciones penales nombradas anteriormente (Tejada, 2004).

6.6 Sanciones como consecuencia del rechazo a la homosexualidad

Habiendo mencionado la capacidad y el alcance de los argumentos discursivos en contra de la homosexualidad es preciso traer a colación algunos ejemplos de sanciones que se establecieron en contra de las personas con orientación sexual:

- En 1890 se habló del sexo entre hombres, catalogado como delito de abuso sexual sobre una persona del mismo sexo, acto punible sin importar si había o no consentimiento.
- En 1936 se expidió la primera norma que penalizaba el acceso carnal homosexual el Artículo 323 del Decreto 2300 de 1936 que también se contemplaba la sanción para aquellos dispusieran su casa o cualquier inmueble para cometer actos homosexuales, por medio del artículo 329 del mismo decreto.
- Así rezaban dichos artículos: Artículo 323: “estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión (...) los que consumen el acceso carnal homosexual”; Artículo 329: “El que destine casa o establecimiento para cometer allí actos homosexuales, o autorice a otros para hacerlo, estará sujeto a la pena de uno a tres años de prisión (...) Esta sanción se aumentará hasta en una cuarta parte si el responsable se propusiere un fin lucrativo”.

No obstante es necesario precisar que si bien era ilegal el acceso carnal homosexual, no lo era el hecho de ser una persona con orientación sexual hacia el mismo sexo, es decir que esto no podía ser criminalizado. Pese a ello, el mencionado artículo, fue un atentado contra la libertad sexual de los individuos.

Los artículos 323 y 329 del Decreto fueron derogados por el Decreto 1118 de 1970 por medio del artículo 80.

- El Decreto Ley 522 de 1971, restableció la vigencia de ciertos artículos del código penal que ya habían sido derogados, incluyendo los artículos 323 y 329 mencionados previamente, de modo que el acceso carnal homosexual volvió a ser sancionado, quedando así: Art. 323 “(...) en la misma sanción incurrirán los que consuman el acceso carnal homosexual, cualquiera sea su edad” y el artículo 329 quedando de la misma forma. “Entre los años 1936 y 1980 el Código Penal, la Ley 95 de 1936, tipificaba la conducta de “acceso carnal homosexual” donde las prácticas o relaciones homoeróticas se constituyen como un delito. Por lo tanto a la luz del derecho positivo, la ley debía proteger a la sociedad del homoerotismo ya que estas prácticas implicaban cierto grado de peligrosidad en los sujetos al asociarlos con la perversión y las aberraciones que atentaban contra el orden moral patriarcal” (Tejada, 2008, pp. 279-280).

Como se puede ver, desde las colonias españolas y aún más con la hegemonía conservadora que rigió desde 1880, en donde se estableció el patriarcado heterosexual, siempre se habían visto las relaciones entre personas del mismo sexo como algo contrario al orden, no sólo religioso sino también moral y natural, ideología que empezó a construir el concepto de Estado/Nación moderno (misma identidad nacional, sexual, social), donde se establecieron los ideales y patrones sobre el deber ser en la vida y/o comportamiento de las familia e individuos, apoyados en la moral cristiana, por lo que, toda persona desviada de dichas concepciones debía ser excluido, por ser considerados sus actos como delito, pecado, enfermedad o perversión.

Teniendo en cuenta lo anterior es posible afirmar que la sociedad colombiana a lo largo de su historia fue sometida a preceptos establecidos por la religión, discursos que sostuvieron que la

heterosexualidad era la base de la sociedad, ideales que limitaron y generaron exclusión y rechazo hacia quienes se comportan o pensaban diferente, ideales que llegaron hasta el maltrato y la sanción con el propósito de encaminar a los individuos nuevamente hacia los moldes establecidos por la tradición cristiana. Todos los discursos, la tradición, la herencia española, e incluso la sociedad misma, ocasionaron que las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, durante un largo período de tiempo vivieran reprimidas por no encajar dentro de los moldes que definían cómo debía ser el sujeto, sus comportamientos y características.

6.7 Reacciones contra el rechazo a la homosexualidad y su influencia en la sociedad Colombiana

A causa de lo anterior, las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, empezaron a reaccionar en contra de todo ese sometimiento, promoviendo y exigiendo el reconocimiento de sus derechos, principalmente por medio de marchas, con el objetivo de que la sociedad dejara de mantenerlos ocultos, de lo cual es importante destacar que obtuvieron como primer logro que el homoerotismo dejara de ser considerado como delito, por medio del Decreto Ley 100 de 1980.

Sin embargo las reivindicaciones continuaron, hasta que se obtuvo como resultado el logro de los derechos consagrados en la Constitución Política de 1991, en favor de los sectores marginados de la sociedad. Como anteriormente se mencionó, para efectos de esta investigación, se hablará específicamente de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, que proscriben todo acto que constituya una discriminación en contra de las mismas.

6.8 Cambio de paradigma en Colombia con la Constitución Política de 1991

Colombia con la promulgación de la Constitución Política de 1991, se declaró un Estado Social de Derecho y pluralista, es decir que se valora la diversidad, que se aceptan y se respetan, los diferentes pensamientos y formas de vida de los individuos, por lo cual nadie puede ser

discriminado por motivos raciales, culturales, religiosos o políticos ni de otra índole, lo cual esta consagrado en el título I, De los Principios Fundamentales, en el primer artículo de dicha Carta Política en los siguientes términos:

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 1).

Con esta Constitución surgieron además del anteriormente mencionado, diversos principios y derechos fundamentales, que no habían sido imaginados en la historia de nuestro país, de los cuales, es pertinente traer a colación el derecho a la igualdad, que establece que todos los individuos son libres e iguales ante la ley, y por lo tanto deben recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozan 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 y que así mismo el Estado es el encargado de velar por la igualdad real y es quien debe tomar medidas en favor de grupos discriminados o marginados (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 13), el derecho de toda persona a la intimidad personal, familiar y al buen nombre, que el Estado colombiano debe respetar y procurar que sea respetado (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 15). El derecho al libre desarrollo de la personalidad, que sólo puede ser limitado por los derechos de los demás y el orden jurídico (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 16), el derecho a la libertad de conciencia, que establece que ninguna persona puede ser perturbada por razón de sus convicciones o creencias, ni puede ser obligada a revelarlas ni a actuar en contra de su conciencia (Constitución

Política de Colombia, 1991, artículo 18) y el más importante, pues a través de cual Colombia se consolida como un Estado Laico, que es el derecho a la libertad de cultos que establece que todos los individuos tienen derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva y que todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley. Con esto Colombia se apartó de lo establecido por la Institución eclesiástica y es por ello, principalmente, que se logró el reconocimiento constitucional de los derechos de las parejas del mismo sexo, pues como anteriormente se expuso, durante la vigencia de la Constitución Política de 1886 Colombia estuvo consolidada como Estado Confesional Católico, por lo cual las relaciones entre individuos del mismo sexo fueron consideradas algo antinatural, pues iban en contra de lo establecido por el Clero Católico y producto de ello fueron objeto de persecución legal y social.

Además de esto, la Constitución Política de 1991 trajo consigo recursos eficaces para proteger dichos derechos, logrando grandes cambios, especialmente para aquellos sectores de la población que anteriormente se encontraban marginados, de los cuales, para la presente investigación, se hace referencia a las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, que por su condición, diferente a la heterosexual, a través del tiempo, fueron víctimas de violación de derechos por parte del Estado y de la sociedad.

6.9 Mecanismos que brinda la Constitución Política de 1991 para proteger los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo

La Constitución Política de 1991 trae consigo mecanismos novedosos para que las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo pudieran defender su derecho a existir como ser homosexual, esto es, ser y ejercer la homosexualidad responsablemente (Múnera et al., 2010, p. 206), tales como la Acción Pública de Inconstitucionalidad, Habeas Corpus, Acción de

Cumplimiento, entre otras; para la protección de los derechos fundamentales, motivo por el cual, La Corte Constitucional es el organismo encargado de velar por su cumplimiento, de dichos mecanismos se destaca la Acción de Tutela, pues esta ha sido la más utilizada por las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo para solicitar el amparo y reconocimiento de sus derechos. La acción de tutela se encuentra consagrada en el Artículo 86 de la Constitución Política:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión (...)”. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 86)

Es a través de dichos mecanismos que la Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones ha enfatizado, sostenido y confirmado que las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, son titulares de derechos fundamentales, teniendo en cuenta el principio de igualdad, derechos que por prejuicios sociales, culturales, entre otros, a los que fueron sometidas dichas personas durante la vigencia de la Constitución Política de 1886 , se vieron vulnerados, pero que ante su existencia, han sido renombrados por medio de la intervención de la Corte Constitucional, sirviendo como ejemplo de equidad y justicia.

6.10 Conceptos y definiciones trascendentales para el tema de investigación

Una vez expuestos los factores históricos que caracterizaron a la sociedad colombiana desde la época de la colonia, la expedición de la Constitución de 1886 en el contexto de la regeneración, el cambio que se dio en 1980 con el Decreto-Ley 100, con el que las relaciones homoeróticas dejaron de ser consideradas conductas punibles y la promulgación de la Constitución Política de 1991, con la que Colombia se consolida como Estado Laico y Pluralista y se reconoce la libertad de culto, se respeta la diversidad y las diferentes opciones de vida de cada individuo, es pertinente dar algunas definiciones, de términos trascendentes para efectos de esta investigación.

6.11 Orientación Sexual

Es el término que se utiliza para describir si una persona siente deseo sexual por personas del género opuesto, del mismo género o por ambos géneros (...) las personas que sienten un deseo sexual por personas del mismo sexo son homosexuales o gays (Planned Parenthood, S.f).

Se debe tener en cuenta que la atracción puede estar dirigida a personas del mismo sexo, del sexo opuesto, o incluso de ambos, es por eso que se puede hablar de homosexualidad, heterosexualidad o bisexualidad.

Aunque hay diversos tipos de orientación sexual a parte de los nombrados anteriormente, como por ejemplo la pansexualidad, atracción sexual hacia algunas personas sin importar su identidad de género; la demisexualidad, aparición de sexualidad después de haber establecido un vínculo emocional, entre otros. Para efectos de esta investigación, se va a hablar específicamente de la homosexualidad.

6.12 Homosexualidad

Entendida como la inclinación erótica hacia individuos del mismo sexo. Esta definición es la más importante y la que se empleará para efectos de esta investigación, sin embargo es pertinente

explicar brevemente la definición de otro concepto, que es muy empleado por diferentes leyes a nivel nacional e incluso por tratados internacionales, cuando se hace referencia al tema de la homosexualidad.

6.13 Identidad de Género

Es la vivencia interna e individual de género tal como cada persona la siente de manera subjetiva la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.

Los conceptos anteriormente mencionados, de orientación sexual e identidad de género son trascendentales ya que, como anteriormente se mencionó, son muy utilizados por el derecho interno y el derecho internacional, para establecer indicar que no se puede discriminar a ningún individuo, utilizándolos como criterio, toda vez que todas las personas tienen derecho a vivir dignamente y a que sus derechos sean respetados, es decir que no podrán ser discriminados por razón de su orientación e identidad sexual, para proteger así la igualdad ante a la ley y las demás personas (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Artículo 24). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

“la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención (...) En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Serie C 239)

Lo mencionado anteriormente se deriva de la importancia de la igualdad, ya que, de acuerdo a la Corte Interamericana:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona (...) el principio

fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Serie C 239)

6.14 El Estado y su compromiso en el campo internacional

Es pertinente hacer alusión a lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, que establece que:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 93)

El mencionado artículo hace referencia al bloque de constitucionalidad, entendido este como aquella unidad jurídica compuesta por:

“normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”. (Corte Constitucional, 2003, Sentencia C-067)

Lo anterior significa que estas normas prevalecen sobre la legislación interna, lo que quiere decir que ninguna decisión o práctica de derecho interno de autoridades estatales o particulares puede ir en contra de lo dispuesto por estas, motivo por el cual, cuando se actúa contrariando estas disposiciones, es posible atribuir al Estado responsabilidad internacional, de lo cual se deriva el

establecimiento de medidas que eviten ese tipo de situaciones, o que las reviertan, una vez las hayan ocasionado.

A partir de lo anterior, es posible inferir que Colombia al ser un Estado parte de la Convención Americana de Derechos humanos, ninguna norma ni práctica de derecho interno de las entidades públicas o privadas puede ir en contra de lo establecido por este instrumento internacional, pues de ser así, se podría atribuir responsabilidad internacional al Estado.

A continuación se expondrán ejemplos de casos, donde se declara responsabilidad internacional a los Estados, por actuaciones de derecho interno que vulneran derechos protegidos por este instrumento internacional.

6.15 Casos en donde se derivó responsabilidad internacional a los Estados

Un ejemplo de esto, se puede ver en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, en el cual la Corte Interamericana declaró responsabilidad internacional al Estado por discriminar e interferir arbitrariamente en la vida de familiar de Karen Atala Riffo en razón de su orientación sexual, retirándole la custodia de sus hijas, expresando lo siguiente:

“El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Serie C 239)

Además de ello indicó que el Estado debía tomar las siguientes medidas:

- El Estado debe brindar, la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas a las víctimas que así lo soliciten;

- El Estado debe continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional (...).
- El Estado debe pagar las indemnizaciones de USD 30.000 a favor de Karen Atala y de USD 10.000 a favor de cada una de sus hijas. Además debe pagar USD 12.000 por conceptos de costas y gastos (...). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, Serie C 239).

Otro ejemplo, es el caso Duque vs Colombia, en el cual se declaró al Estado responsabilidad internacional por violar el derecho a la igualdad y la no discriminación a un hombre con orientación sexual hacia el mismo sexo que estaba solicitando la pensión de sobrevivientes. Por esto, dentro de las medidas que debió tomar el Estado, se encuentran:

- “El Estado debe garantizar al señor Duque el trámite prioritario de su eventual solicitud a una pensión de sobrevivencia (...) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016, Serie C 310).
- El Estado debe rendir al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016, Serie C 310).
- El Estado debe pagar, dentro del plazo de un año las cantidades fijadas (...) por concepto de daño inmaterial una indemnización equivalente a USD 10.000; además la Corte decide fijar un total de USD 10.000 por las labores realizadas en el litigio del caso a nivel nacional e internacional (...), además de reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctima de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016, Serie C 310).

El último ejemplo que es pertinente mencionar para la presente investigación, es lo sucedido en el caso Flor Freire Vs Ecuador, en este caso la Corte Interamericana de Derechos humanos profirió una Sentencia en la cual se declaró internacionalmente responsable al Estado de Ecuador por violación a los derechos de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación; derecho a la honra y a la dignidad y de la garantía de imparcialidad del señor Homero Flor Freire. Se endilgó responsabilidad al Estado, debido a que se inició un proceso disciplinario militar en contra del sr. Freire, cuyo resultado fue la separación de las fuerzas armadas de Ecuador por éste haber cometido supuestos actos sexuales homosexuales dentro de las instalaciones militares. Por esta razón, la Corte concluyó que la separación del sr Freire de las Fuerzas Armadas constituyó un acto discriminatorio, debido a que ésta se basó en normas internas que sancionaban más gravosamente los actos sexuales homosexuales que los actos sexuales no homosexuales.

- Es por lo anterior, que en la sentencia dictada por la Corte, se establecieron medidas de reparación dentro de las cuales se otorgó al sr Freire el grado que debió habersele entregado de no haber sido separado de las Fuerzas Armadas y se le estableció que su retiro había sido voluntario, para así poder concedérsele beneficios que correspondiesen a su cargo a parte de indemnizarlo por los daños materiales e inmateriales; además de eliminar la referencia del proceso del sr. Freire de su hoja de vida militar y hacer capacitaciones a miembros de las Fuerzas Armadas sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual, entre otras (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016, Serie C 315).

Como se puede ver, es mucha la importancia que se le ha venido dando a los conceptos de orientación sexual e identidad de género, con el fin de proteger el derecho a la igualdad; a esto se le suma, que es tal la importancia de dichos conceptos, que están incluidos en los Principios de

Yogyakarta, que son aquellos que establecen parámetros para aplicar la legislación internacional de derechos humanos a cuestiones como la orientación sexual y la identidad de género, todo esto por medio de una serie de recomendaciones dadas a los Estados. Dentro de estos principios, cabe destacar el segundo, que habla específicamente sobre los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

Este expresa que hay lugar a discriminación por motivo de orientación sexual o identidad de género cuando se está ante cualquier tipo de exclusión o restricción que tenga como resultado el no reconocimiento de los derechos y libertades, generando así una desigualdad frente a otras personas y la ley. Respecto a esto, dentro de las recomendaciones que se dan a los Estados, están las siguientes:

- “Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban, o de hecho sean empleadas para prohibir, la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo (...)
- Adoptarán todas las medidas legislativas y de otra índole que resulten apropiadas para prohibir y eliminar la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en las esferas pública y privada;
- Adoptarán todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas prejuiciosas o discriminatorias (...).” (Principios de Yogyakarta, 2004, Principio 2)

Estos principios entonces, tienen como objetivo la protección de aquellas personas que pueden ser consideradas diferentes por motivo de su orientación sexual e identidad de género; a parte, dichos principios nacen frente a la necesidad de protección de estas personas, ya que siguen habiendo violaciones de los derechos humanos en torno a la orientación sexual y la identidad de

género, violaciones que se traducen en tortura, malos tratos, agresiones sexuales, entre otros, que genera la necesidad de evitar a toda costa dichas agresiones, por parte del Sistema Internacional en sintonía con los Estados.

Teniendo en cuenta lo expuesto en este capítulo, es importante a manera de síntesis manifestar que con el Decreto Ley 100 de 1980 a través del cual la homosexualidad dejó de ser vista como enfermedad o perversión, y dejó de ser considerada como una conducta punible, con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, en la cual Colombia se declara un Estado Laico, es decir que el Estado y la Religión son dos esferas de regulación distintas, y que establece principios y derechos fundamentales y pone en cabeza del Estado la obligación de respetarlos y garantizarlos, y con la existencia de diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia, que protegen los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, las mismas han logrado obtener un amplio reconocimiento constitucional y legal en comparación a la situación que enfrentaban durante la vigencia de la Constitución Política de 1886, en la cual fueron una minoría discriminada que no contaba con reconocimiento constitucional, legal, ni jurisprudencial alguno.

7.0 Capítulo II: pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana que reconocen y desarrollan los derechos de las parejas del mismo sexo.

7.1 Necesidad de reconocimiento y desarrollo de los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo por parte de la Corte Constitucional colombiana

Desde que se promulgó la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional se ha encargado de reconocer y proteger derechos fundamentales por medio de la de sentencias.

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional ha entrado entonces a reconocer, y a desarrollar esos derechos como parte de su labor, así mismo lo explica el artículo La Corte Constitucional y su tarea de renombrar los derechos humanos de la diversidad sexual y de género, para lo cual hace referencia a una teoría del Estado, de un importante jurista y filósofo austriaco de origen judío, en los siguientes términos:

“La labor realizada por la Corte Constitucional para el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT, acción que parte de su carácter de instancia de control de la democracia o de legislador negativo según lo propuesto por el jurista austríaco Hans Kelsen frente a la imperfección de la democracia, que hace que muchas veces se desconozcan los derechos de las diversidades, ya sean, étnicas, etáreas, sociales, sexuales, de género y muchas otras, que por su carácter no hegemónico, no solo numérico sino identitario, se nombran como minorías”. (Tejada, 2011, p.4)

La Corte Constitucional, nace entonces como un mecanismo de protección de los derechos, cuando las personas acuden ante ella ya sea individual o colectivamente, amparados por el artículo 40 de la Constitución Política de 1991, el cual establece que todos los ciudadanos podrán interponer acciones públicas en defensa de la constitución (Constitución Política de

Colombia, 1991, artículo 40). Y así mismo, debe actuar cuando no es posible solucionar las vulneraciones de los derechos por medio de la vía política.

Según lo anterior, y teniendo en cuenta el tratamiento que se le ha dado a los derechos que fueron reconocidos con la promulgación de la Constitución de 1991, se puede inferir que la Corte Constitucional colombiana ha desempeñado un papel fundamental en el reconocimiento y desarrollo de los derechos de las parejas del mismo sexo, y de esta manera ha avanzado en el camino hacia la equidad y la justicia.

Como anteriormente se mencionó, la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos ha intentado corregir la imperfección de la democracia, que muchas veces deriva en el desconocimiento de los derechos de las minorías, que para efectos de la presente investigación se hace referencia a las minorías sexuales, motivo por el cual es fundamental explicar aclarar este concepto-

7.2 Imperfección de la democracia

Para un mayor entendimiento de este concepto, es necesario empezar por aclarar lo que se entiende por democracia, para lo cual se utilizará el concepto del Senado de la República, que expone lo siguiente:

“La democracia es una forma de gobierno en la que los ciudadanos escogen a los gobernantes o dirigentes que los representarán en la conducción del país. Esta escogencia se hace a través del voto y los elegidos por mayoría deben actuar según lo que indique nuestra Constitución Política de 1991”. (Senado de la República Colombiana, S.f)

Teniendo en cuenta este concepto, los gobernantes son elegidos por la mayoría de los ciudadanos, para que de esta forma, se escoja lo más beneficioso para el pueblo, teniendo en cuenta la Constitución Política y las leyes. En este sentido, ¿qué sucede entonces con la voluntad

de la minoría?, dicho concepto nos lleva a entender que si bien es cierto que la democracia representa la voluntad de la mayoría, no garantiza de la misma forma la voluntad de las minorías, es decir que no garantiza la representación de todos los ciudadanos; de ahí surge el postulado de la imperfección de la democracia, por las minorías que al carecer de representación tienden a desaparecer del mundo político y se ven afectadas una vez dejen de coincidir con la mayoría.

La Corte Constitucional debe entrar a reconocer los derechos fundamentales de las minorías, partiendo del supuesto de que si bien es cierto que la democracia es la voluntad de la mayoría, debe respetarse así mismo la voluntad de la minoría, pues de no ser así, se desconocerían los derechos de aquellas minorías de carácter no hegemónico, es decir que no han predominado, así se indica en los siguientes términos:

“El principio de la mayoría implica el reconocimiento de la minoría, la cual no debe ser aplastada, sino por el contrario se le debe reconocer su derecho a disentir de la mayoría, protegiendo sus derechos mediante las garantías que otorgue el Estado (...) deben existir garantías para que la voluntad de la minoría se vea protegida y respetada. (Vásquez, 2003, p.134)

Es por todo lo anterior que se hace necesaria la intervención de la Corte Constitucional, para compensar la desprotección de las minorías, por lo cual es pertinente traer a colación un pronunciamiento en el cual ese mismo organismo (la Corte Constitucional) se refiere a ese tema en los siguientes términos:

“La competencia de este Tribunal se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus

derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario.” (Corte Constitucional, 2016, Sentencia SU- 214)

A partir de lo anterior, es posible inferir que, gracias a los pronunciamientos de la Corte Constitucional es que se ha logrado avanzar en el reconocimiento y desarrollo de los derechos de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo consagrados en la Constitución Política de 1991.

Para una mejor mayor comprensión del papel fundamental que ha desarrollado la Corte Constitucional en el reconocimiento y desarrollo de los derechos de las parejas del mismo sexo, se expondrán los pronunciamientos más importantes proferidos por dicho organismo, sobre este tema.

7.3 Sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana que han reconocido y desarrollado los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo

Los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo han sido objeto de debate a lo largo de los años dentro de la Corte Constitucional, organismo que ha proferido diferentes decisiones respecto de este tema desde el año 1996, las cuales se pueden clasificar en tres períodos que se expondrán a continuación.

7.4 Período de desconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo en las decisiones proferidas por la Corte Constitucional

La primera decisión proferida por la Corte Constitucional sobre los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo fue la Sentencia C-098 de 1996, en la cual decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, que reglamenta las uniones maritales de hechos y sus efectos patrimoniales. Para tener una

mayor comprensión de lo sucedido en dicho fallo, a continuación se hará una breve exposición del mismo.

7.4.1 Sentencia C-098 de 1996.

Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Hechos: El ciudadano Germán Humberto Rincón Perfetti demandó la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° (parciales) de la Ley 54 de 1990, por considerarlos violatorios de los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de la Constitución Política.

El accionante consideró que la ley 54 de 1990 al no extender las disposiciones legales sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes” a las parejas conformadas por personas con orientación sexual hacia el mismo sexo y proteger únicamente las uniones heterosexuales viola el principio de la igualdad real y efectiva, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

El actor agregó que se limita el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la constitución, puesto que aunque se le admite a los individuos puedan tener orientación sexual hacia el mismo sexo, la ley no otorga protección a la vida en comunidad que puede surgir en estos casos. Aduce que con ello también se restringe la opción de convivencia solamente a las parejas heterosexuales, lo que impide el reconocimiento de las uniones de las parejas de personas de personas con orientación sexual hacia el mismo sexo sin verse obligados a actuar contra su conciencia y compelidos a adoptar conductas distintas de las que sienten y viven.

Posteriormente, manifestó que no otorgarle dicho amparo patrimonial a las parejas de personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, ignora una especie legítima de conducta sexual, lo que va en contra el espíritu pluralista de la Constitución Política. Además de ello, indicó que

dicha comisión legislativa atenta contra la honra de los miembros de las parejas conformadas por personas con orientación sexual hacia el mismo sexo.

Para finalizar expresa la negativa a discernir amparo patrimonial a la pareja homosexual, desconoce una especie legítima de conducta sexual, lo que no se aviene con el principio del pluralismo preconizado en la Constitución. De otro lado, la omisión legal quebranta la honra de los miembros de las uniones homosexuales, puesto que “nadie puede gustar de personas de su mismo sexo y menos presentarse así a la sociedad porque será señalado y su personalidad por ese sólo hecho se deteriora” y con esto se viola el artículo 21 de la Constitución.

Problema Jurídico: ¿Limitar la protección consagrada en la Ley 54 de 1990 a las parejas heterosexuales, constituye violación al principio de igualdad y discriminación hacia las parejas conformadas por personas con orientación sexual hacia el mismo sexo?

Ratio Decidendi: Para decidir en este caso, la Corte Constitucional se basó en que las disposiciones demandadas eran una forma de tutelar a la familia natural, que está conformada por un hombre y una mujer que se unen por voluntad responsable y que esto es objeto de expreso reconocimiento constitucional que se concreta en su protección integral por parte del Estado y la sociedad, en virtud de lo establecido por el artículo 42 constitucional. Y agregó que las normas demandadas no van en contra del espíritu pluralista de la Constitución Política de 1991, ya que la ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental (Corte Constitucional, 1996, Sentencia C- 098).

Durante cuatro años la Corte Constitucional no volvió a pronunciarse respecto de los derechos de las parejas del mismo sexo, hasta el año 2000 en el cual se dieron una serie de solicitudes relativas a la afiliación al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo.

La primera de estas solicitudes fue realizada por una pareja conformada por personas del mismo sexo que llevaba cinco años conviviendo, en la cual uno de los compañeros permanentes fue afiliado por el Instituto de Seguros Sociales como beneficiario y después fue desafiliado por la entidad.

7.4.2 Sentencia T- 618 de 2000

Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Hechos: El ciudadano NN interpuso acción de tutela contra el ISS, pues estimó que se vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida de su compañero, y sus derechos a la intimidad, honra, diversidad cultural, libre desarrollo de la personalidad, e igualdad al negarle la afiliación como beneficiario suyo. El actor es una persona homosexual que llevaba cinco años de convivencia con su pareja y ambos eran portadores del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). El actor se encontraba afiliado al seguro social y debido al estado avanzado de su enfermedad, había sido pensionado por invalidez. A su vez, su compañero, había quedado desempleado, motivo por el cual fue afiliado en calidad de beneficiario del actor, para poder seguir recibiendo los tratamientos que requería para su enfermedad. No obstante, al momento en que la pareja fue a renovar los carnets, les entregaron una carta en donde les decían que se había anulado la afiliación del compañero del accionante con base en un concepto emitido por la DIRECCION JURIDICA NACIONAL. Por lo anterior, el actor solicitó que su compañero volviera a ser afiliado, pues su tratamiento no podía ser suspendido y además requería por su condición de salud controles periódicos y atención integral.

Problema Jurídico: ¿El ISS vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida y los derechos a la intimidad, honra, diversidad cultural, libre desarrollo de la personalidad, e igualdad al haber desafiliado al compañero permanente del accionante?

Ratio Decidendi: la Corte en esta oportunidad manifestó que las personas deben estar dentro de un sistema de seguridad social en salud. Posteriormente hizo referencia a que en el POS puede estar no solamente el cotizante sino los beneficiarios. Luego manifestó que el ISS inicialmente aceptó a AA como beneficiario de NN y que el mismo no podía sin previamente instaurar una acción de lesividad, violar el respeto al acto propio, como lo hizo de manera abusiva, motivo por el cual violó el debido proceso y por ende el principio constitucional de la continuidad, característico de la seguridad social en salud, además indicó que como el derecho de NN a afiliarse como su beneficiario a AA inicialmente obtuvo una respuesta positiva, la posterior anulación de la afiliación al sistema sin juicio previo, constituye una violación del derecho al debido proceso de NN. Sobre el tema de las parejas del mismo sexo, la Corte no analizó la materia, debido a que se trataba de una cuestión de constitucionalidad que no era viable analizar en sede de tutela.

Respecto a los derechos a la intimidad, honra, diversidad cultural, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, la Corte manifestó que no existió vulneración de los mismo, si no que por el contrario, la entidad accionada le concedió a AA inicialmente el derecho de beneficiario a sabiendas y teniendo como elemento de juicio que AA y NN eran personas con orientación sexual hacia el mismo sexo y que la posterior modificación su criterio fue con fundamento en una interpretación jurídica sobre la proyección de la caracterización “familia”, que protegía a las uniones maritales de hecho, es decir a las formadas entre un hombre y una mujer, que sin estar

casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular, motivo por el cual la Corte manifiesta que no procede la acción de tutela (Corte Constitucional, 2000, Sentencia T- 618) .

Posteriormente la Corte se pronunció a través de las sentencias T-999 y T-1426 de 2000, sobre casos de parejas del mismo sexo que solicitaban la afiliación de uno de los compañeros como beneficiarios de la seguridad social en salud, negando esta protección argumentado que la familia protegida era la heterosexual, y que la expresión “compañero permanente” contenida en la ley 100 de 1993 cobijaba únicamente a las parejas conformadas por personas del sexo opuesto. A continuación se hará una breve explicación de lo establecido por las dos decisiones mencionadas.

7.4.3 Sentencia T-999 de 2000

Magistrado ponente: Fabio Moron Díaz

Hechos: el Defensor Del Pueblo De La Regional Risaralda en nombre de Alejandro Morante Arango y Carlos Arturo Rodríguez Molano, interpuso acción de tutela en contra de Saludcoop E.P.S. para solicitar el amparo de los derechos a la salud, a la igualdad, a la no discriminación y a la intimidad, lo anterior en virtud de que los señores, Alejandro Morante Arango y Carlos Arturo Rodríguez Molano eran pareja y llevaban conviviendo 5 años y al estar el señor Carlos Arturo Rodríguez afiliado a Saludcoop E.P.S. como trabajador dependiente del régimen contributivo, el día 26 de julio de 1999 solicitó la afiliación de su compañero permanente, el señor Alejandro Morante, en calidad de beneficiario, puesto que él era el único que proveía el sustento económico de la familia, pues su compañero permanente se encontraba desempleado, motivo por el cual no tenía la posibilidad de sumir los gastos que demandaba su congrua subsistencia y que por ende no tenía como pagar los gastos de afiliación y cotización al sistema de seguridad social, solicitud que fue negada dos veces por la entidad accionada que argumentaba que la solicitud no era procedente en virtud de lo establecido por el artículo 34 del decreto 806 de 1998, por el cual se

reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

Problema Jurídico: ¿La entidad accionada realmente vulnera los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad, a la no discriminación y a la intimidad al no vincular como beneficiario al compañero permanente del afiliado?

Ratio Decidendi: la Corte Constitucional en esta oportunidad estimó que los actores no manifestaron ni allegaron prueba alguna que permitiera inferir que la no afiliación a la E.P.S haya ocasionado amenaza o vulneración alguna de los derechos fundamentales que se alegaron vulnerados y que solamente señalaron que su solicitud estaba motivada por la actual situación de desempleo de uno de los compañeros. Respecto de los derechos a la igualdad, a la no discriminación y a la intimidad, la Corte consideró que la protección integral que para la familia ordena la Constitución, a través de sus artículos 42 y 43, en dicha materia específica no incluye las parejas homosexuales (Corte Constitucional, 2000, Sentencia T-999).

7.4.4 Sentencia T-1426 de 2000

Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Hechos: Otoniel Sarmiento actuando en calidad de agente oficioso de Jhon Alexander Beltrán, interpuso acción de tutela en contra de del Seguro Social, Seccional Bogotá, puesto que el mismo y el señor Jhon Alexander Beltrán conformaban una pareja. El señor Otoniel había estado cotizando al Instituto de Seguros Sociales y pretendía afiliarse a su compañero en condición de beneficiario, ambos compañeros eran portadores del virus del VIH y debían acudir permanente a los tratamientos, el señor Jhon Alexander Beltrán se encontraba desempleado y la única fuente

de ingresos que tenían era el salario del señor Otoniel Sarmiento, quien manifestó, que dicho salario era mínimo para atender su subsistencia.

Problema Jurídico: ¿El Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos a la seguridad social, a la igualdad y a la libre opción sexual de una persona con orientación sexual hacia el mismo sexo cuando se negó a reconocerla como beneficiaria de su pareja, argumentando que el artículo 42 de la Constitución limita el concepto de familia a la formada por un hombre y una mujer y que la ley civil restringe los efectos de la unión marital de hecho a la conformada por personas de diferente sexo?

Ratio Decidendi: la Corte en esta ocasión consideró que no se vulneró el derecho a la seguridad social del agenciado, ya que la Constitución Política prevé una ampliación gradual de la cobertura del sistema, subordinada a la existencia de los recursos que así lo permitan; es por esto que, la inclusión del compañero y compañera permanentes, en calidad de beneficiarios, al Sistema de Seguridad Social obedeció, en sus inicios, al imperativo constitucional de darle a la persona del sexo opuesto, que convive con el afiliado, el mismo tratamiento que se le venía dando al cónyuge y estimó que tampoco se vulneraron los derechos a la igualdad y a la libre opción sexual, pues la persona del mismo sexo, que hace convive con el afiliado, no fue constitucionalmente asimilada al cónyuge, motivo por el cual no puede acceder al Sistema como beneficiario, porque las normas que rigen la Seguridad Social no lo tienen previsto. Y por último indica que , el accionante no tiene razones para solicitar la protección del derecho a la seguridad social de su agenciado por haberse negado el Seguro Social a inscribirlo como beneficiario, toda vez que las E.P.S. no pueden vincular al régimen contributivo a quienes no cumplen los requisitos legales previstos para tal efecto. Además, porque su compañero puede vincularse al régimen subsidiado.

El debate sobre la afiliación de uno de los compañeros permanentes del mismo sexo como beneficiarios de la seguridad social llegó a la Sala Plena de la Corporación y fue a través de la sentencia SU-623 de 2001 que se dio fin a este debate y se negaron los derechos a una pareja del mismo sexo que pretendía afiliación a la seguridad social de uno de sus miembros. En este caso la Corte indicó que el Congreso de la República tiene una amplia configuración legislativa en materia de seguridad social y que en este caso no se trataba de un acto discriminatorio, sino de proteger a la familia heterosexual, que no se podía equiparar a las parejas del mismo sexo. Lo anterior se mostrará a través de una síntesis de lo sucedido en esta decisión (Corte Constitucional, 2001, Sentencia SU- 623).

7.4.5 Sentencia SU-623 de 2001

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Hechos: el ciudadano César Augusto Medina Lopera, interpuso acción de tutela en contra de Comfenalco E.P.S, por considerar que la entidad vulneró sus derechos a la salud, a la seguridad social, así como sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al negarle su vinculación como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud. Todo lo anterior en virtud de que el accionante le solicitó a Comfenalco E.P.S. que lo afiliara como beneficiario al Sistema de Seguridad Social en Salud, teniendo en cuenta su calidad de compañero permanente de señor John Jairo Castaño, quien cotizaba en esa E.P.S. La entidad decidió negarse, argumentando que de acuerdo con la Constitución y la ley, la unión marital de hecho no se puede predicar de las uniones formadas entre personas del mismo sexo y agregó que el actor no se podía incluir dentro del grupo de beneficiarios del señor John Jairo Castaño, ya que aquél no encajaba en el concepto ‘grupo familiar del cotizante’, que era exigido por la Ley 100 de 1993.

Problema Jurídico: ¿Se vulneraron los derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del accionante al no permitir que accediera al régimen contributivo de la seguridad social en salud, como beneficiario de su pareja, una persona del mismo sexo, con la cual convive?

Ratio Decidendi: La Corte en esta oportunidad consideró que al actor no se le vulneró el derecho a la seguridad social, toda vez que cualquier persona puede ingresar al Sistema de Seguridad Social en Salud sin importar su orientación sexual, y agrega que la pareja conformada por personas del mismo sexo no es asimilable al concepto de familia que acoge la Constitución; teniendo en cuenta lo anterior, el actor no podía pretender acceder a este sistema como beneficiario de su pareja, puesto que la ley exige que el beneficiario pertenezca al grupo familiar del cotizante, por lo que concluyó que acceder al sistema en calidad de beneficiario, en este caso era improcedente y que había otros criterios mediante los cuales el actor puede ingresar al mismo.

También estimó que no se vulneró el derecho a la salud, ya que el actor no manifestó estar padeciendo enfermedad alguna y la negativa de la E.P.S. a afiliarlo per se no constituye una vulneración de este derecho, pues el mismo no había sido requerido.

Indicó que tampoco se vulneró el derecho a la igualdad, toda vez que el trato diferenciado entre las parejas del mismo sexo y las parejas heterosexuales se encontraba justificado en el concepto de familia que adoptó la Constitución Política y que esto no resultaba desproporcionado, ya que el actor podía ingresar al sistema acudiendo a otro criterio normativo como, por ejemplo, el régimen subsidiado.

Por último, manifestó que no se vulneró del derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que el acceso a la seguridad social no es presupuesto para el ejercicio de este derecho.

Además del anterior fallo, en el 2001 la Corte profirió la sentencia C-814 de 2001, que versaba sobre el derecho a la adopción conjunta por parte de las parejas del mismo sexo, y estimó que no debía reconocerse este derecho toda vez que la familia protegida en la Constitución colombiana es únicamente la heterosexual y monogámica, lo que se podrá ver en la exposición que se hará de dicha sentencia.

7.4.6 Sentencia C-814 de 2001.

Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Hechos: El ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina, haciendo uso de la acción pública de inconstitucionalidad demandó la expresión “moral” contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989 “por el cual se expide el Código del Menor”, y el numeral 2º del artículo 90 del mismo estatuto, por considerarlos violatorios de la Carta Fundamental en sus artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67³.

El accionante indica que en el ejercicio del derecho a la adopción, no puede ser criterio válido de restricción la condición moral de una persona, como tampoco lo es para contraer matrimonio, formar una familia o procrear un hijo. Asimismo manifiesta, que no existe una razón meritoria que obligue a quien tramita una solicitud de adopción a adoptar una moral especial, mucho menos por el funcionario que se encargue de tramitar la adopción.

Además de ello el actor manifiesta, que impedirle a una persona en virtud de su conducta moral, que adelante un proceso de adopción, es crear una recriminación en contra de su opción de vida, y que ello resulta discriminatorio frente a los padres biológicos, pues a ellos no se les impone ningún requisito moral para procrear.

Problema Jurídico: Determinar si exigir como requisito para conceder a un menor en adopción, que los aspirantes a padres adoptantes demuestren idoneidad “moral” suficiente y que además,

ésta se relacione con la orientación sexual de quien aspire a padre adoptante, constituye una violación al espíritu pluralista y liberal de la Carta Política de 1991, que no impone ningún tipo de moral para los habitantes de Colombia y quebranta el derecho que tienen los homosexuales a ser tratados de manera similar que los heterosexuales.

Ratio Decidendi: la Corte, haciendo el respectivo examen de constitucionalidad que para el caso le ocupaba, recalcó que la moral social, ósea la predominante o general, debe ser considerada como requisito para quienes aspiren a padres adoptantes, además de ello agrega que a falta de los padres, es el Estado quien debe velar por el sano desarrollo de los menores, por medio del proceso de adopción; motivo por el cual, quienes pretendan participar en dicho proceso deben ser personas idóneas para la crianza del menor, cumpliendo con los valores predominantes en la sociedad colombiana, según la Constitución Política.

Por lo anterior, la Corte encontró que la exigencia de idoneidad moral dispuesta por el artículo 89 del Código del Menor a quienes aspiran a padres adoptantes, no va en contra de la Constitución Política, manifestando que dicha exigencia debe ser entendida como referida a la noción de moral social o moral pública, y no como una imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético, a los cuales el juez podría estar en la libertad de observar, conforme a sus convicciones personales, con el objetivo de determinar si el solicitante cuenta con la suficiente moral.

En lo referente a lo acusado sobre el artículo 90 del Código del Menor, la Corte debía analizar si el hecho de que las parejas conformadas por personas del mismo sexo no estuvieran incluidas dentro de la autorización para adoptar conjuntamente, constituía una omisión legislativa inconstitucional, lo que quiere decir, la inobservancia por parte del legislador del deber de incluir un determinado contenido normativo en la disposición, que deriva en la vulneración del principio

de igualdad, situación que implicaría que la Corte debía proferir una sentencia unificadora, es decir un pronunciamiento en el que se hiciera efectivo directamente el valor normativo de la Carta Política. A lo que la Corte dispuso que, la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer, conformada por la voluntad responsable de ambos, constituía una familia, por lo cual gozaba de protección constitucional. El hecho de que dicha protección constitucional no cobijara a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, no constituía un trato discriminatorio para las mismas, pues de ellas no constituían una familia, por lo cual no pueden igualarse. En ese caso, se enfrentaron por un lado, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por orientación sexual; y por otro, el derecho a la familia protegida por la Constitución. Sin embargo teniendo en cuenta que los derechos de los menores prevalecen sobre los de los demás, se antepuso y primó la protección a la familia heterosexual, protegida por el constituyente.

Por todo lo anterior, la Corte manifestó que la disposición acusada solamente procuraba amparar a la familia constitucional, brindándole la posibilidad de formar parentesco civil, a través de la adopción y que ello no constituía una discriminación hacia a las parejas del mismo sexo, puesto que estas no se encontraban protegidas por el artículo 42 de la Constitución Política. Es por todo esto que la Corte estimó que dicha actuación no podía ser considerada discriminatoria, sino que constituía la protección de la noción superior de familia (Corte Constitucional, 2001, Sentencia C-814).

Posteriormente, se profirieron dos sentencias una sobre el derecho de residencia en el año 2004 y otra sobre el derecho a la sustitución pensional en el año 2006, que negaron los derechos para las parejas del mismo sexo y que serán explicadas a continuación.

7.4.7 Sentencia T- 725 de 2004

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Hechos: los ciudadanos XX y ZZ, obrando a través de apoderado judicial, presentaron ante el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Andrés Islas, acción de tutela en contra de la Gobernación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina / Oficina de Control de Circulación y Residencia OCCRE, por una presunta violación de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y a la dignidad humana, en la que consideran incurrió el OCCRE, al negarse a conceder la tarjeta de residencia a ZZ en calidad de compañero permanente de XX.

Lo anterior en virtud de que los accionantes habían sostenido una relación estable en calidad de compañeros permanentes y vivían en San Andrés desde mayo del año 2000. El señor XX tenía tarjeta de residente OCCRE No. XXXXX. De acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del artículo 3° del Decreto 2762 de 1991, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades especiales conferidas en el artículo 42 transitorio de la Constitución Política, podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien “con posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto, contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que se fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos.” Establecía la misma disposición que “al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja”. Con base en las disposiciones anteriormente mencionadas, mediante comunicación de junio 12 de 2003 (folio 91), XX solicitó ante la OCCRE que se expidiera de la Tarjeta de residente de la OCCRE para su compañero permanente el señor ZZ, identificado con el Pasaporte # CCC, solicitud a la que la OCCRE se negó, argumentando que según la ley 54 de 1990 no se acreditaban los presupuestos necesarios para la procedibilidad de dicha solicitud.

Problema Jurídico: ¿la negativa de la oficina de control y circulación de residencia, OCCRE, del departamento archipiélago de San Andrés, providencia y santa catalina a conceder la tarjeta de residencia a una persona debido a que la misma se solicitó en atención a su condición de compañero permanente en una pareja del mismo sexo, vulnera los derechos a la igualdad, a la dignidad de la persona humana, al trabajo y a la seguridad social?

Ratio Decidendi: la Corte se pronunció indicando que en el caso concreto no se le negó a una persona el derecho de residencia en el Archipiélago en razón de su condición homosexual, lo que obviamente sería discriminatorio y contrario al ordenamiento constitucional, sino que se puntualizó que, para adquirir ese derecho, la persona homosexual no puede pretender ampararse, en razón de su condición como tal, en las previsiones legales que brindan especial protección a la familia, sino que debe acudir a las disposiciones de la ley que, de manera general, abren para cualquier persona, cumplidos los requisitos allí previstos, la posibilidad de acceder al derecho de residenciarse en la isla, en igualdad de condiciones.

Respecto a los derechos al trabajo, a la salud y a la seguridad social, la Corte estableció que la protección de los mismos se inscribe en el ámbito del derecho de residencia, de manera que al resultar este improcedente de acuerdo con el ordenamiento constitucional y legal, no puede afirmarse que haya habido vulneración de los derechos anteriormente mencionados (Corte Constitucional, 2004, Sentencia T-725).

7.4.8 Sentencia T-349 de 2006

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Hechos: A través de apoderado, un ciudadano homosexual que sufría del síndrome del VIH-Sida interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que la entidad vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana y desconoció los

Artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 100/51 de la Organización Internacional del Trabajo O.I.T., tratados que, arguye el accionante, en virtud del bloque de constitucionalidad, prevalecen en el orden interno y constituyen fuente de interpretación para los derechos y deberes consagrados en la Constitución, todo esto en virtud de que el accionante convivió con X de forma estable como pareja del mismo sexo desde el primero de mayo de 1992 hasta el nueve de junio de 2000, fecha en la que falleció este último.

El actor presentó solicitud de sustitución pensional de sobreviviente ante el I.S.S. allegando fotocopia de la Resolución 014561 de 1998 por medio de la cual se le reconoció la pensión de invalidez y, desprendibles de pago de las dos últimas mesadas recibidas por este concepto. La entidad no dio respuesta alguna a dicha solicitud y el accionante interpuso acción de tutela para solicitar la protección de su derecho de petición. El Juzgado Cuarenta y Ocho Penal del Circuito de Bogotá D.C., concedió la tutela ordenando al I.S.S., responder la solicitud de la pensión de sobreviviente. El I.S.S. negó la solicitud de sustitución pensional. Esta resolución fue objeto de los recursos reposición y en subsidio de apelación, presentados el 24 de octubre de 2001, dentro del término legal. El I.S.S. negó la solicitud de la pensión de sobreviviente al demandante por considerar que no reunía la calidad de beneficiario por el fallecimiento del afiliado teniendo como base el Artículo 10 del Decreto 1889 de 1994 Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

El accionante interpuso acción de tutela, solicitando la protección de sus derechos fundamentales, para que el I.S.S. le reconociera la pensión de sobreviviente y el pago de las mesadas atrasadas desde el día del fallecimiento de su compañero permanente.

Problema Jurídico: ¿El régimen legal y reglamentario de la pensión de sobrevivientes y la negativa del ISS a la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes presentada por el accionante alegando su condición de compañero permanente en el marco de una relación de pareja del mismo sexo estable, realmente vulneran el derecho a la seguridad social, así como el derecho a la igualdad y constituyen un acto discriminatorio en razón de la orientación sexual?

Ratio Decidendi: la Corte Constitucional en esta oportunidad consideró que la pensión de sobrevivientes surgió para proteger a la familia, de la situación de desamparo de sus integrantes frente a la ausencia de quien suministraba el ingreso familiar. Es por ello que dicha figura está concebida como instrumento de protección integral del grupo familiar del que forman parte el cónyuge o el compañero o compañera permanente, los hijos y, de manera subsidiaria, los padres y los hermanos inválidos, a esto agregó que régimen no estaban incluidas las parejas del mismo sexo, no por la orientación sexual de sus miembros, sino porque el criterio establecido por el legislador como condición para el acceso a la pensión de sobrevivientes fue el de grupo familiar, entendiendo a la familia como aquella que se forma por el hecho del matrimonio o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla (Corte Constitucional, 2006, Sentencia T-349).

En estos debates que se presentaron al interior de la Corte, los magistrados conservadores reiteraban en que la Constitución sólo protegía la familia formada por vínculo matrimonial o por la decisión libre de un hombre y una mujer de conformarla y que por tanto cualquier discusión legal sobre este tema debía darse a través de reconocimiento legislativo puesto que a que no se vulneraba ningún derecho fundamental, mientras los magistrados progresistas manifestaban que la Constitución también protegía a las familias conformada por parejas del mismo sexo y que las leyes que no reconocían los derechos de estas parejas eran inconstitucionales debido a que

vulneraban sus derechos fundamentales, especialmente la igualdad y la no discriminación, así como el derecho de autonomía personal (Lemaitre 2005).

Con la anterior exposición de sentencias, es posible ver como en un inicio la Corte Constitucional colombiana no otorgaba reconocimiento alguno a los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, negando las pretensiones de los actores, utilizando como principal argumento, que las uniones maritales de hecho que estaban constitucionalmente protegidas eran únicamente aquellas conformadas por personas del sexo opuesto, con lo cual los beneficios de las diferentes leyes anteriormente mencionadas, no se extendían a las parejas del mismo sexo, y que por esa misma razón las actuaciones de las diferentes entidades accionadas tampoco constituían vulneraciones a los derechos fundamentales que se alegaban.

Ahora se expondrán las siguientes sentencias de la Corte Constitucional que se refieren al tema de los derechos de las parejas del mismo sexo.

7.5 Período de reconocimiento de derechos básicos de compañeros permanentes a las parejas del mismo sexo en las decisiones proferidas por la Corte Constitucional

En este período se dio un giro relevante en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, a través de la sentencia C-075 de 2007, y desde ese entonces se cambió el precedente jurisprudencial que había fijado la Corte Constitucional en años anteriores sobre este tema, en el cual no se les reconocía derecho alguno (Albarracín y Azuero, 2009). Para una mayor comprensión de este gran progreso que obtuvieron las parejas conformadas por personas del mismo sexo en el reconocimiento de sus derechos, a continuación se explicará brevemente este pronunciamiento.

7.5.1 Sentencia C-075 de 2007.

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Hechos: Los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad demandaron parcialmente los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 "por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes", modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005. Los actores estiman que las normas acusadas vulneran el preámbulo y los artículos 1º y 38 de la Constitución Política; lo que quiere decir que tales disposiciones quebrantan el derecho a la dignidad humana, contrarían el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y que tales normas derivan en una forma de discriminación prohibida por la Carta Política, y adicionalmente, va en contra del derecho a la libre asociación⁴.

Problema Jurídico: Determinar si la ley, al establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y limitarlo a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, viola los derechos fundamentales a la igual protección, al respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Ratio Decidendi: la Corte en esta oportunidad determinó que realidad de las parejas conformadas por personas del mismo sexo y de las personas que las integran no era reconocida y resultaba invisible para el ordenamiento jurídico, toda vez que, aunque dichas personas habían obrado en ejercicio de una opción protegida por la Constitución, no eran tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico cuando se trataba de resolver los conflictos patrimoniales que podían surgir de tal decisión.

En tal sentido, el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplicaba exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluía de

su ámbito a las parejas del mismo sexo, constituía un trato discriminatorio. De esta manera, aunque existían diferencias objetivas entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, basadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, las parejas conformadas por personas del mismo sexo requerían de protección semejante, motivo por el cual no existían razones objetivas que justificaran un tratamiento diferenciado.

Sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, con observancia de los criterios anteriormente expuestos, la Corte consideró que era contrario a la Constitución que existiera un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales, razón por la cual declaró exequibles las disposiciones acusadas, bajo el entendido que el régimen de protección consagrado por ellas, también se aplicaría a las parejas del mismo sexo. Esto significa que las parejas de personas con orientación sexual hacia el mismo sexo que cumplan con los requisitos que exige la ley para las uniones maritales de hecho, es decir, la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, podrá acceder al régimen de protección que dicha ley consagra, de tal manera que queda protegida por la presunción de sociedad patrimonial, y quienes conformen dicha pareja pueden, individual o conjuntamente, acceder a los medios que la ley dispone para declarar su existencia, cuando así lo estimen conveniente (Corte Constitucional, 2007, Sentencia C-075).

Posteriormente, por medio de las sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008, la Corte reconoció el derecho a la afiliación en salud y pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo,

para exponer lo sucedido en estas sentencias se procederá a hacer una breve síntesis de las mismas.

7.5.2 Sentencia C-811 de 2007

Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Hechos: los ciudadanos Magda Carolina López García y Jaime Faiyeth Rodríguez Ruiz, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandaron la expresión "familiar", contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993. Los accionantes consideraron que el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 determina quiénes son beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud, haciendo referencia continua al concepto de familia, que la misma Ley reconoce como aquella formada por cónyuges o compañeros permanentes del sexo opuesto, y que con ello se desconoce la existencia de parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Problema Jurídico: determinar si el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 que determina quiénes son beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud, haciendo referencia continua al concepto de familia, que la misma Ley, reconoce como la formada por cónyuges o compañeros permanentes hombre y mujer, realmente desconoce la existencia de las parejas del mismo sexo, por tanto el derecho de ser beneficiarios del régimen contributivo de seguridad social en salud y si ello constituye un acto de discriminación hacia estas parejas.

Ratio Decidendi: la Corte estimó en esta oportunidad, que desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la imposibilidad de que una persona con orientación sexual hacia el mismo sexo se vincule como beneficiario de su pareja al sistema general del régimen contributivo configuraba un déficit de protección del sistema de salud que afectaba sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión generaba respecto de la

condición sexual del mismo. En consecuencia, la Corte consideró que dicho déficit constituía un vacío en la Ley de seguridad social que la hacía inconstitucional. Por todo lo anterior La Sala Plena de la Corte Constitucional, resolvió declarar la exequibilidad de la norma, en el entendido de que el régimen de protección contenido en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, también se aplicaría a las parejas del mismo sexo.

7.5.3 Sentencia C-336 de 2008

Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Hechos: el ciudadano Rodrigo Uprimny Yepes y otros, presentaron acción pública de inconstitucionalidad, contra los artículos 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993.

Los accionantes consideraban que las normas acusadas desconocían lo dispuesto en los artículos 1, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución Política, toda vez que las mismas no extendían a las parejas homosexuales la protección que se reconoce a las parejas heterosexuales en materia de seguridad social.

Problema Jurídico: establecer si la protección que se concede al cónyuge y al compañero o compañera permanente de las parejas heterosexuales, impide válidamente que el compañero o compañera permanente de una pareja homosexual acceda a la pensión de sobrevivientes.

Ratio Decidendi: La Corte en esta ocasión consideró que aunque la legislación positiva no establecía de manera expresa un determinado ámbito de garantías para la comunidad homosexual, ello no había sido obstáculo para que en áreas específicas, como la relacionada con el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho y la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la jurisprudencia hubiera reconocido un tratamiento igual para las parejas heterosexuales y homosexuales.

Por lo anterior, la Corte estimó que desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la imposibilidad real de que un individuo homosexual pudiera acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configuraba un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afectaba sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión operaba respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja, por lo cual resolvió declarar la exequibilidad de las expresiones "la compañera o compañero permanente"; contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones "el cónyuge o la compañera o compañero permanente", contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales (Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-336).

Posteriormente, la Corte se pronunció respecto de una acción pública de inconstitucionalidad sobre la norma del Código Penal que sanciona la inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes y excluía a las parejas del mismo sexo. En este fallo la Corte decidió que la norma era discriminatoria y que debía ampliarse la protección a las parejas del mismo sexo en relación a las obligaciones alimentarias a través de la sentencia C- 798 de 2008 que será expuesta a continuación.

7.5.4 Sentencia C-798 de 2008

Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Hechos: la ciudadana Lena Del Mar Sánchez Valenzuela, presentó acción pública de inconstitucionalidad contra el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, que modificó

el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), por considerarlo violatorio al Preámbulo y los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política

La accionante manifestó que la norma acusada reducía la protección alimentaria a la pareja heterosexual y con ello se vulneraba el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las parejas del mismo sexo. Por lo anterior la actora solicitó que la Corte aplicara el artículo 13 de la Constitución de manera que no se limitaran los efectos del artículo 233 del Código Penal modificado por la Ley 1181 de 2007, única y exclusivamente a las parejas heterosexuales, puesto que ello atentaba de manera directa contra los derechos a la igualdad y a la dignidad humana.

Finalmente, agrega que la decisión legislativa de no incluir determinados grupos sociales en los ámbitos de protección legal, en razón a su orientación sexual, va en contra del derecho a la dignidad humana y a recibir igual tratamiento por parte del Estado. Por las razones, anteriormente señaladas, la accionante también estimó que la disposición afectaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que la limitación que imponía resultaba contraria a la diversidad sexual pues impedía que una persona reclamara sus derechos de pareja y obligaciones de socorro mutuo a su compañero del mismo sexo cuando este fuera renuente a cumplirlos y que ello conlleve una sanción penal por parte del Estado.

Problema Jurídico: definir si en el ordenamiento jurídico vigente existe la obligación alimentaria entre las parejas del mismo sexo. Si no fuera así debía la Corte resolver si procedía la integración de la unidad normativa con las normas civiles correspondientes o la inhibición por ineptitud sustancial de la demanda. No obstante, si la Corte encontrara que el ordenamiento jurídico ya establece tal obligación, debía determinar si resultaba ajustado a la Carta que el incumplimiento de la obligación alimentaria tuviera consecuencias penales cuando afectara a uno

de los miembros de la pareja heterosexual y no las tuviera cuando afectara los derechos de uno de los miembros de la pareja del mismo sexo.

Ratio Decidendi: la Corte concluyó que en efecto, en el ordenamiento jurídico las uniones de hecho de parejas del mismo sexo tienen obligaciones y derechos patrimoniales iguales a los que tienen las uniones constituidas por parejas de distinto sexo, siempre que reúnan las condiciones exigidas por la ley para la integración de una unión marital de hecho. Por lo cual realizó el estudio de fondo de la disposición parcialmente demandada.

En esta ocasión la Corte consideró que era manifiesta la inconstitucionalidad de las expresiones de la disposición demandada que excluían de la protección reforzada al miembro más débil de la relación de pareja conformada por personas del mismo sexo. Por lo anterior, para eliminar la discriminación y el déficit de protección, la Corte declaró inexecutable la expresión “únicamente” contenida en la disposición parcialmente demandada, y executable el resto de la disposición en el entendido que las expresiones “compañero” y “compañera permanente” comprenden también a los integrantes de parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-798).

En el año 2009, la Corte profirió una sentencia la que declaró la executibilidad condicionada de la totalidad de las normas demandadas, en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones, a las parejas conformadas por personas del mismo sexo” que será explicada brevemente en esta investigación.

7.5.5 Sentencia C-029 de 2009.

Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Problema Jurídico: con observancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se debe partir de que aunque entre las parejas conformadas por personas con orientación sexual hacia el mismo sexo y las parejas conformadas por personas heterosexuales, existen diferencias

manifiestas, no existe imperativo constitucional alguno de dar un tratamiento igual de unas a otras. Esto conlleva a que para construir un cargo por violación al principio de igualdad se debe establecer que, la situación de estos tipos de pareja es equiparable, como base para analizar si realmente el trato diferenciado constituye una discriminación.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible que, como solicitan los actores, la Corte se pronuncie de manera general y disponga que toda diferencia de trato entre los tipos de pareja anteriormente mencionados es contraria a la Carta Política, además de ello, integrar una unidad normativa con todas aquellas disposiciones, aparte de las específicamente demandadas, de las que pueda derivarse una diferencia de trato o un déficit de protección para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, es improcedente, puesto que en cada caso en particular se debe exponer las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son equiparables y que la diferencia de trato dada por el legislador resulta discriminatoria (Corte Constitucional, 2009, Sentencia C-029).

Por tal motivo, la Corte considera que en la demanda de inconstitucionalidad planteada en esta oportunidad se requiere establecer en primer lugar si en relación con cada una de las disposiciones demandadas, la situación de las parejas heterosexuales y homosexuales es equiparable, caso en el que la diferencia de trato que resulta del carácter restrictivo que, en general, tienen las expresiones “compañero o compañera permanente”, carezca de justificación, se estaría violando el principio de igualdad, y posteriormente se debe determinar, si dichas de dichas disposiciones resulta un déficit de protección contrario a la Constitución, pues en sus supuestos no se encuentran incluidos quienes conforman parejas de personas del mismo sexo.

Ratio Decidendi: En esta oportunidad la Corte se declara inhibida para pronunciarse de fondo respecto del concepto de “familia” o “familiar”, contenida en las distintas leyes y decretos y que

implican una interpretación del artículo 42 de la Constitución Política, pues manifiesta que los cargos en la demanda no fueron establecidos de manera específica, suficiente y pertinente. Por ello esta sentencia tiene como fundamento principal la interpretación del concepto de igualdad, para analizar si el trato diferenciado carece de justificación.

La Corte en este caso concreto estima que la exclusión de las parejas conformadas por personas con orientación sexual hacia el mismo sexo afecta de manera negativa, tanto sus derechos a la igualdad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, como su deseo de crear proyectos de vida en conjunto con su pareja, por tal motivo, la Corte desarrolló un giro jurisprudencial en cuanto al reconocimiento de derechos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo materializado en las (Sentencias C-075, 2007); (Sentencia C-811, 2007); (Sentencia T-856, 2007) y (Sentencia C-336, 2008), indicando que las normas acusadas son exequibles en el entendido de que la aplicación de las mismas también comprende a las parejas de personas con orientación sexual hacia el mismo sexo (Corte Constitucional, 2009, Sentencia C-029).

Esta sentencia es fundamental, toda vez que reconoce nuevos derechos a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, otorgándoles igualdad de condiciones a las que dispone la ley para amparar a las uniones maritales de hecho heterosexuales, en esta oportunidad la Corte se pronunció respecto de 42 disposiciones diferentes, presentes en un gran número de normas acusadas por vulnerar el principio de igualdad de trato a las parejas de personas con orientación sexual hacia el mismo sexo.

Como se pudo ver, en este período el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo fue se otorgó cada vez mayor protección a las misma. Puesto que en un corto período de tiempo Corte Constitucional profirió sentencias que fueron trascendentales pues modificaron el estatus

legal de las parejas del mismo sexo y reconocieron para éstas derechos y obligaciones (Albarracín & Azuero, 2009).

7.6 Período de mayor reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo en las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, que las equiparan al concepto de familia constitucionalmente protegida

Después de haber estudiado el anterior período en donde se presenta el reconocimiento de derechos básicos de compañeros permanentes a las parejas del mismo sexo, en asuntos patrimoniales y de seguridad social en salud y pensiones, se estudiará el período donde se ha presentado la consolidación y ampliación del precedente sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, pues en este se les reconoce a estas parejas el derecho a conformar una familia, así como se les equipara al concepto de familia constitucionalmente protegida. Para esto se iniciará exponiendo la sentencia proferida por la Corte en el cual se da la transformación del concepto constitucional de familia que es la C-577 de 2011.

7.6.1 Sentencia C-577 de 2011.

Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Hechos: El ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo, en el expediente D-8367 y los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez, César Rodríguez Garavito, Mauricio Noguera Rojas, Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal en el expediente D-8376, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandaron algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009

Problema Jurídico: ¿Es posible que el legislador establezca que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer, sin que ello implique el desconocimiento de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia, de las parejas de personas con orientación sexual hacia el mismo sexo?

Ratio Decidendi: En esta ocasión la Corte Constitucional se pronuncia de manera favorable a las pretensiones de los accionantes, aunque declaró exequible la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil, consideró que las parejas del mismo sexo constituyen familia y que la misma goza de protección constitucional, de tal manera que le otorgó el reconocimiento como familia a las parejas conformadas por personas del mismo sexo en los siguientes términos: “la convivencia solidaria, la comunidad de intereses o de fines es rasgo definidor de la familia homosexual que, por lo mismo, entraña una unión singular, en cuanto se limita a dos personas y es incompatible con otras relaciones simultáneas de pareja, a más de lo cual la permanencia de la unión con estas características ha de traducirse en su notoriedad y publicidad, si bien se debe admitir que en el caso de las personas homosexuales los prejuicios sociales llevan a que este requisito esté sujeto a una consolidación progresiva que, en forma paulatina, desvirtúe la clandestinidad impuesta por el prejuicio y aun por la falta de reconocimiento jurídico.

En cuanto a la expresión “un hombre y una mujer” contenida en el artículo 113 del Código Civil, la Corte indica que la misma es exequible, en los siguientes términos: “Como quiera que, tratándose del matrimonio y de su requisito de heterosexualidad, no hay oposición entre las exigencias del artículo 13 superior y el contenido del artículo 42 de la Carta, es inadmisibles predicar la existencia de una discriminación proveniente del segmento tachado de inconstitucional, debiendo aclararse que si dentro de la variedad de familias constitucionalmente

protegidas, la Carta brinda una especial protección a la surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales, ello no significa desprotección del resto de familias que también son institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, ni la existencia de un propósito discriminador, que tampoco se encuentra en el artículo 113 del Código Civil, pues, pese a su antigüedad más que centenaria, recogió la realidad de su tiempo de la misma forma como lo hizo la Constitución, al brindarle especial atención a la familia heterosexual surgida del matrimonio, entre otras razones, porque en ninguno de los dos momentos había cobrado visibilidad la realidad homosexual, que solo vino a plantear reivindicaciones públicas en las postrimerías del siglo XX¹.

En la decisión adoptada por la Corte Constitucional, esta procede a declararse inhibida para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de procrear”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas y para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de un hombre y una mujer” contenida en los artículos 2° de la Ley 294 de 1996 y 2° de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales.

En este pronunciamiento, la Corte indicó que la falta de un contrato solemne de las uniones de las parejas constituidas por personas del mismo sexo configuraba un déficit de protección hacia las mismas y que esto era contrario a la Constitución. Bajo esa premisa es posible afirmar que, en esta oportunidad la Corte estimó que el legislador puede establecer que el matrimonio es un contrato solemne entre un hombre y una mujer, y que ello no implica el desconocimiento de los derechos de las parejas de personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, toda vez que la forma matrimonial prevista en el artículo 113 del Código Civil para las uniones de personas con orientación heterosexual es una posibilidad válida y legítima, conforme a lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución.

No obstante, ello no deriva en una absoluta exclusión de la posibilidad de que el legislador regule la manera cómo deben formalizar y solemnizar un vínculo jurídico las parejas conformadas por personas del mismo sexo que así lo deseen.

Es por todo lo anterior, que en la parte resolutive de esta sentencia, en la cuarta orden la Corte exhorta al Congreso de la República para que legisle de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas, y además de ello advirtió que si para el 20 de junio de 2013 el Congreso no había legislado al respecto, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

Como se puede ver, a través de la sentencia anteriormente expuesta la Corte dio un importante giro jurisprudencial, puesto que reconoció íntegramente a las parejas del mismo sexo como familia y las hizo acreedoras de la misma protección jurídica prevista a favor de las parejas heterosexuales, de tal manera que superó la perspectiva que se enfocaba únicamente en el aspecto patrimonial que la jurisprudencia anterior había asumido.

Posteriormente, la Corte se pronunció sobre la adopción de menores entre compañeros del mismo sexo, a través de la sentencia SU- 617 de 2014, decisión en la cual ampara el derecho de las accionantes a tener una familia en el marco de la autonomía de la voluntad, y del interés superior del menor, de tal manera que les reconoce la posibilidad de adoptar menores cuando uno de los miembros de la pareja del mismo sexo sea el padre o madre biológico. Teniendo en cuenta la importancia de esta sentencia, la misma se expondrá a continuación.

7.6.2 Sentencia SU- 617 de 2014

Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Hechos: las señoras Turandot y Fedora interpusieron una acción de tutela en contra la Defensoría de Familia número dos de Rionegro, solicitando que se ordenara a la entidad accionada que se expidiera la autorización para declarar judicialmente vínculo filial entre la menor Lakmé y la señora Fedora, pues esta era la compañera permanente de la señora Turandot, madre biológica de la menor, toda vez que la entidad accionada se negó a hacerlo, aduciendo que la solicitud de adopción presentada en febrero de 2009 era improcedente, por considerar que no se acreditó la convivencia ininterrumpida por un período de mínimo dos años entre la solicitante y la adoptante y añadió que las normas vigentes en ese momento, específicamente , el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el artículo 42 de la Constitución Política y la sentencia C -814 de 2001 proferida por la Corte Constitucional, no permiten la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo.

Las actoras estimaron que la actuación de la entidad accionada vulneró su derecho al debido proceso, pues se presentaron irregularidades en los procedimientos de trámite y resolución de la solicitud de adopción, agregan que dicha actuación va en contra de principios y derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad, el interés superior del menor, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el principio de dignidad humana y el carácter pluralista del Estado colombiano, dispuesto en la Carta Política, por tener como criterio para negar la solicitud de adopción la orientación sexual de la pareja solicitante.

Problema Jurídico: determinar si existió vulneración de los derechos al debido proceso, a la igualdad, al interés superior del menor, al libre desarrollo de la personalidad, y a la dignidad humana al no declarar el vínculo filial entre una menor y la compañera permanente de su madre biológica.

Ratio Decidendi: En esta oportunidad, la Corte consideró que la entidad accionada no vulneró el derecho al debido proceso toda vez que el ordenamiento jurídico no exige que los actos administrativos que deniegan una solicitud de adopción estén revestidos de formalidades específicas o tengan una denominación especial, sino únicamente que individualicen la decisión y sus fundamentos jurídicos y fácticos, el comunicado de la Defensoría de Familia No. 2 de Ríonegro, mediante el cual declara la improcedencia de la solicitud formulada por Turandot, no constituye una irregularidad que haya imposibilitado el ejercicio del derecho de defensa. Por otra parte, la Corte en esta oportunidad concluyó si se vulneraron los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad y de los principios de dignidad humana y pluralismo, por el ICBF al haberse negado la adopción con fundamento en la condición homosexual de la pareja solicitante, pues indicó que debe entenderse que como las relaciones familiares se conforman siempre que se establezcan lazos firmes de fraternidad, solidaridad, amor, ayuda y comprensión, y que circunscribir la familia al modelo heterosexual, y por esa razón descartar la adopción cuando la pareja interesada sea del mismo sexo, constituye un acto discriminatorio. En virtud de lo anterior la Corte concedió el amparo del derecho de las accionantes a tener una familia en el marco de la autonomía de la voluntad, y del interés superior del menor, y ordenó revocar el acto administrativo que declaró la improcedencia de la solicitud de adopción, para que en su lugar se continuara el trámite administrativo previsto legalmente, y sin que la circunstancia de que Turandot y Fedora sean del mismo sexo, se convirtiera por sí misma en un obstáculo para la conformación del vínculo filial (Corte Constitucional, 2014, Sentencia SU-617).

Con este pronunciamiento, la Corte hizo un avance importante hacia la prohibición de cualquier tipo de discriminación en contra de las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo, lo cual está fundamentado además en lo establecido por la Convención Americana de Derechos

Humanos, ya que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la misma, bajo el termino “otra condición social” establecido en su artículo 1.1, por lo cual ninguna norma, actuación o decisión de derecho interno esta facultada para restringir o disminuir de alguna manera, los derechos de una persona, en virtud de su orientación sexual (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1.1), en cumplimiento del bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales ratificados por Colombia.

El siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional que dio un gran reconocimiento a los derechos de las parejas del mismo sexo fue la sentencia C-683 de 2015, que hizo referencia a la adopción conjunta, sentencia que será explicada a continuación.

7.6.3 Sentencia C-683 de 2015.

Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Hechos: los ciudadanos Sergio Estrada Vélez, Karen Ramírez Arcila, Allan David Rodríguez Aristizábal, Carlos Andrés López Pineda, Alejandro Sánchez Hincapié, Eliana Arango Restrepo, Daniel Bermúdez Herrera, Juan Pablo Morales Calle, Juan José Arango Ruíz, Daniel Felipe Valencia Vásquez, Angie Katherine Valdés Arroyave, Alejandra Hincapié Montoya y Camila Andrea Mazo Mejía, integrantes de la Clínica Jurídica en Teoría General del Derecho de la Universidad de Medellín, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandaron los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, y “la interpretación inconstitucional realizada por autoridades administrativas”

Problema jurídico: La Corte en esta ocasión debía determinar desde un enfoque constitucional diferente, si las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulnera el

principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral (art. 44 CP)⁵.

Ratio Decidendi: En el examen de constitucionalidad realizado, la Corte consideró que no era constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia, según lo dispuesto por la (Sentencia C-577, 2015), y que ello constituye un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de adopción, lo que se traduce en un desconocimiento del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, dado que el proceso de adopción es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos.

Sin embargo, la Corte estimó que declarar inexecutable las expresiones acusadas, eliminaría a todos los compañeros permanentes, tanto heterosexuales como homosexuales, de participar en procesos de adopción de menores, lo cual lógicamente crearía circunstancias de mayor desprotección para los menores en situación de adopción, por tal motivo consideró que las expresiones acusadas debían ser declaradas executable, de manera condicionada, bajo el entendido que con observancia del interés superior del menor, las parejas del mismo sexo también deben ser comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, pues estas también conforman una familia.

Este fallo constituyó un avance muy importante, ya que la Corte Constitucional aprobó que las parejas del mismo sexo puedan aplicar al proceso de adopción de menores, al determinar que la orientación sexual de los adoptantes no debe ser criterio para medir la idoneidad del tipo de familia que el Estado debe brindarle a los menores para asegurar su bienestar, esto fundamentado en el interés superior del menor, lo que le otorga a las personas de orientación sexual diversa, la posibilidad de adoptar menores en todos los casos.

La última sentencia a la que se hará referencia en este período de reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo será aquella en la cual la Corte reconoció el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo en las mismas condiciones de las parejas heterosexuales, la sentencia SU-214 de 2016, que será expuesta a continuación.

7.6.4 Sentencia SU-214 de 2016

Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos.

Problema Jurídico: ¿celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo, en lugar de una unión solemne innominada, con miras a suplir el déficit de protección declarado por la Corte en Sentencia C-577 de 2011, configura una violación del artículo 42 Superior, tal y como lo aducen quienes se negaron a celebrar o a registrar los matrimonios civiles igualitarios?; o por el contrario, como lo interpretaron los jueces civiles que los celebraron, ¿constituye una adecuada interpretación de la Sentencia C-577 de 2011, un ejercicio válido de autonomía judicial y una materialización de principios constitucionales como la igualdad, la libertad y la dignidad humana?

Ratio Decidendi: En esta oportunidad, la Corte indicó que toda persona es digna, libre y autónoma para constituir una familia, sea en forma natural (unión marital de hecho) o unión solemne (matrimonio civil), acorde con su orientación sexual, recibiendo igual trato y protección bajo la Constitución y la ley y que los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual. En virtud de lo anterior consideró que se dio un trato discriminatorio entre parejas heterosexuales y del mismo sexo en materia de celebración de matrimonio civil toda vez que los contratos innominados, mediante los cuales se pretendió solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, dada su precaria naturaleza jurídica, no suplían el déficit de

protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011. Basándose en esto la Corte decidió que los Jueces de la República, los Notarios Públicos y los Registradores del Estado Civil, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos un trato igual y además manifestó que una vez vencido el plazo fijado por la Corte en su Sentencia C-577 de 2011 (20 de junio de 2013), la ausencia de regulación en materia de unión marital solemne entre parejas del mismo sexo, fue colmada mediante la aplicación del numeral 5° de aquella, y en consecuencia, los Jueces Civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, fundándose para ello en una aplicación analógica del ordenamiento legal vigente y en el respeto de la dignidad humana, actuaron conforme a la Constitución y dentro del ámbito de su autonomía judicial y por lo tanto ordenó que los Registradores del Estado Civil deben inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo, así como los Notarios Públicos deben celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo y no contratos innominados y agregó que un juez de la República incurre en un defecto por violación directa de la Constitución cuando anula un matrimonio igualitario, alegando la existencia de un error sobre la identidad de género de uno de los contrayentes (Corte Constitucional, 2016, Sentencia SU-214).

Con esta sentencia se termina de exponer el período de mayor reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo en Colombia, toda vez que a través de ella, se ratificó lo ya expuesto por la sentencia C-577 de 2017 y se otorgó la protección de los derechos que en esa sentencia se reconocieron a tales parejas, toda vez que se opone al trato discriminatorio dado a estas parejas por los funcionarios públicos.

8. Conclusiones

A partir de la investigación realizada es posible formular la hipótesis de que en Colombia se ha dado un alto grado de reconocimiento constitucional y jurisprudencial de los derechos de las parejas del mismo sexo, con respecto al grado de reconocimiento de derechos que tenían estas parejas durante la vigencia de la Constitución Política de 1886.

El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo en Colombia, inició con la promulgación de la Constitución Política de 1991, en la cual Colombia abandona su condición de Estado Confesional Católico, y a su vez consagra los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia y el más importante, pues a través de cual Colombia se consolida como un Estado Laico, que es el derecho a la libertad de cultos. El reconocimiento de estos derechos llevó a que la homosexualidad dejará de ser objeto de persecución legal y social, pues Colombia se apartó de lo establecido por la Institución eclesiástica que era la que consideraba que las relaciones entre individuos del mismo sexo eran algo antinatural por lo cual no se les reconocían derechos a las parejas del mismo sexo e incluso su conducta era considerada digna de sancionar. Además de lo anterior, la Carta Política de 1991 también trajo mecanismos novedosos para que las personas con orientación sexual hacia el mismo sexo pudieran defender su derecho a existir como ser homosexual.

Posteriormente, el reconocimiento y desarrollo de los derechos de las parejas del mismo sexo fue llevado a cabo por la Corte Constitucional, que en un principio negaba el reconocimiento de derechos a estas parejas, utilizando como principal argumento, que las uniones maritales de hecho que estaban constitucionalmente protegidas eran únicamente aquellas conformadas por personas del sexo opuesto, con lo cual los beneficios de las diferentes leyes anteriormente

mencionadas, no se extendían a las parejas del mismo sexo, sin embargo, a partir del año 2007 empezó a reconocer a través de sus decisiones, derechos básicos de compañeros permanentes a las parejas del mismo sexo, con lo cual se da el primer grado de reconocimiento y desarrollo jurisprudencial de derechos de estas parejas, y por último está el período en el que se puede observar el alto grado de reconocimiento y desarrollo de derechos que dio la Corte Constitucional a las parejas del mismo sexo, pues en este período se reconoció íntegramente a las parejas del mismo sexo como familia y que como tal gozan de la misma protección jurídica prevista a favor de las parejas heterosexuales, esto se vio materializado, toda vez que a estas parejas se les otorgó el derecho a contraer matrimonio y a adoptar menores.

Referencias bibliográficas

- Albarracín, Mauricio; Azuero, Alejandra. (2009). *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia. Sentencias emblemáticas*. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos – ILSA.
- Arellano García, Carlos. (2004). *Métodos y técnicas de la Investigación Jurídica*. Porrúa
- Arias, Ricardo. (2003). *El episcopado colombiano: intransigencia y laicidad 1850-2000*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Fone, B., y Rey, D. (2008). *Homofobia: una historia*. México: Océano de México.
- Lemaitre, Julieta. (2005). *"Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Melo, J. O. (1986). Núñez y Caro 1886. In *Documentos del Simposio Núñez-Caro, Cartagena, mayo de 1986*.
- Pineda Gonzales, José A. (1990). *Manual Teórico Práctico de Metodología de la Investigación Aplicada al Derecho*. Puno
- Restrepo, Carolina; Sánchez Pineda, Sandra M.; Tamayo, Catalina. (2010). *Derecho y diversidad sexual*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Rogier, L. J., Aubert, R. y Knowles, D. (1968). *Nouvelle histoire de l'Église: Réforme et Contre-Réforme*. Vol. 3. París: Éditions du Seuil.
- Tejada B, Walter A. (2011). *La Corte Constitucional y su tarea de renombrar los derechos humanos de la diversidad sexual y de género*. Bogotá: La Carreta Editores
- Tejada B, Walter A. (2008). *Homofobia y agresiones verbales. La sanción por transgredir la masculinidad hegemónica. Colombia 1936-1980*. Bogotá: La Carreta Editores
- Tejada B, Walter A. (2004). *Invisibles en Antioquia 1886-1936: una arqueología de los discursos sobre la homosexualidad*. Bogotá: La Carreta Editores.

Vázquez, J. R. (2003). Hans Kelsen, su concepto de democracia y la constitución de Austria de 1920. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 53, 111.

Documentos legales

Constituciones

Constitución Política de Colombia (1991). República de Colombia. Bogotá.

Corte Constitucional

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-098. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (2000a). Sentencia T- 618. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2000b). Sentencia T-999. Magistrado ponente: Fabio Moron Díaz

Corte Constitucional (2000c). Sentencia T-1426. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2001a). Sentencia SU-623. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2001b). Sentencia C-814 de 2001. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2003). Sentencia C-067. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2004). Sentencia T- 725. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2006). Sentencia T-349. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2007a). Sentencia C-075. Modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005. Expediente D-6362.

Corte Constitucional (2007b). Sentencia C-811 de 2007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993. Expediente D-6749.

Corte Constitucional (2008a). Sentencia C-336. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2008b). Sentencia C-798. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2009). Sentencia C-029. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
Acción pública de inconstitucionalidad.

Corte Constitucional (2011). Sentencia C-577 de 2011. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expedientes acumulados D-8367 y D-8376.

Corte Constitucional (2014). Sentencia SU-617. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional (2015). Sentencia C- 683. Expediente D-10371.

Corte Constitucional (2016). Sentencia SU-214. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Serie C No. 239. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Serie C No. 315. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Serie C No. 310. Caso Duque Vs. Colombia. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de Febrero de 2016.

Acuerdos y tratados internacionales

Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Ginebra.

Organización de los Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José de Costa Rica

Organización de las Naciones Unidas (2006). *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Ginebra.

Leyes

Ley 95 de 1936. Código Penal Colombiano. República de Colombia.

Ley 522 de 1971. Código Penal Colombiano. República de Colombia.

Ley 100 de 1980. Código Penal Colombiano. República de Colombia.

Ley 54 de 1990. Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes. República de Colombia.

Ley 294 de 1996. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. República de Colombia.

Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano. República de Colombia. Julio 24 de 2000

Ley 979 de 2005. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes. República de Colombia.

Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia. República de Colombia.

Ley 1361 de 2009. Ley de Protección Integral a la Familia. República de Colombia.

Ley 1482 de 2011. Código Penal Colombiano. República de Colombia.

Sitios Web

Municipalidad de Pueyrellón (s.f). “Comunicación inclusiva: Diversidad de Género”. *Mar del Plata*. Recuperado de: <http://www.mardelplata.gob.ar/Contenido/diversidad-de-g%C3%A9nero>

Orientación sexual (s.f). *Planned Parenthood*. Recuperado de:

<https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/orientacion-sexual-y-genero/orientacion-sexual>

Torres, Arturo (s.f) “Los 10 principales tipos de orientación sexual”. *Psicología y Mente*.

Recuperado de: <https://psicologiaymente.net/sexologia/tipos-orientacion-sexual#>

¿Qué es la Democracia? (s.f). *Senado de la República*. Recuperado de:

<http://www.senado.gov.co/legales/item/11156-que-es-la-democracia>

Notas al pie

1. Sentencia C-577 de 2011: Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009, Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376.

2. Sentencia C- 683 de 2015: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, y contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, Referencia: expediente D-10371.

3. Sentencia C-814 de 2001: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 89 y 90 (parciales) del Decreto Ley 2737 de 1989, “Código del Menor”, Referencia: expediente D-3378.

4. Sentencia C-075 de 2007: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2, parciales, de la Ley 54 de 1990, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005, Referencia: expediente D-6362.

5. Sentencia C- 683 de 2015: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, “por4 la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, y contra el artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, Ref: expediente D-10371.