



VIGILADA MINEDUCACIÓN Res. 12220 de 2016

**RELACIONES HOMOAFECTIVAS:  
JUSTICIA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

**ESAÚ SÁNCHEZ MORALES**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES  
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ

SANTIAGO DE CALI, Mayo 2024

RELACIONES HOMOAFECTIVAS:  
JUSTICIA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

ESAÚ SÁNCHEZ MORALES

DIRECTOR: LUIS FREDDYUR TOVAR

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES  
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y CULTURA DE PAZ

SANTIAGO DE CALI, Mayo 2024

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo 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 vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

*Al Doctor Andrés Sandoval por su iniciativa y constante motivación para culminar este proceso.*

*A Javier Chaguendo quien sin su acompañamiento y paciencia no hubiese podido culminar este trabajo.*

*Al doctor Luis Freddyur Tovar por su acompañamiento y asesorías sin las cuales este trabajo no sería una realidad.*

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	8
CAPÍTULO I.....	12
DERECHOS DIFERENCIADOS EN EL PLURALISMO ESTATAL COLOMBIANO .....	12
1. PLURALISMO CULTURAL COLOMBIANO .....	13
1.1 El Pluralismo Social .....	14
1.2 El Pluralismo Político .....	15
1.3 El Pluralismo Jurídico .....	15
1.4. Pluralismo Cultural .....	16
2. LOS DERECHOS HUMANOS: REINVINDICACIÓN DE LA HUMANIDAD DEL HUMANO ...	19
2.1. Derechos Fundamentales Diferenciados .....	20
2.1.1. Derecho a la Libre Opción Sexual: Dignidad e Intimidad en Acción .....	20
2.1.2. Derecho a Constituir y Desarrollar un Plan de Vida Sexual Diferente de la Tradicional: Dignidad Contextualizada .....	21
2.2. Derechos a la libertad de Opción Sexual Diferente: ¿Problema Normativo o de Justicia? .....	21
2.3. Derechos Humanos Diferenciados para la Comunidad LGTBI: Acto de Justicia.....	23
2.4. Protección de los Derechos Humanos: el Juez Justo y la Humanidad del Derecho .....	24
3. DERECHOS HUMANOS A LA LIBRE OPCION SEXUAL: EL CASO DUQUE COMO ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL .....	25
4. RECREANDO EL CASO: DERECHOS DIFERENCIADOS A LA ELECCIÓN SEXUAL .....	26
CAPÍTULO II.....	28
LA LIBERTAD DE OPCION SEXUAL EN EL PLURALISMO COLOMBIANO.....	28
1. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE OPCION SEXUAL.....	28
1.1 La Dignidad: de la Intimidad a lo Colectivo a través de Otro .....	28
1.2 Reconocimiento y Desconocimiento o Rechazo .....	29
2. EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	31
2.1 De la Validez Normativa a la Eficacia Jurídica de los Derechos Humanos .....	32
2.2 El Realismo Jurídico y la Eficacia de los Derechos Humanos.....	33
2.3 Papel del Juez como Defensor de los Derechos Humanos .....	34
CAPÍTULO III .....	36
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DIFERENCIADOS .....	36

1. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	36
2. JUSTICIA INTERAMERICANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS....	36
3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	42
3.1 Control de Convencionalidad: Mirada Interna .....	42
3.2 El Control de Convencionalidad: Mirada Externa.....	43
3.3 Normativismo fuerte y excluyente -vs- humanismo justo incluyente de defensa de los Derechos Humanos.....	47
4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN COLOMBIA.....	49
5. CONCLUSIÓN PRELIMINAR: RECREANDO EL CASO.....	50
CONCLUSIONES .....	52
REFERENCIAS .....	54

## LISTA DE TABLAS Y GRÁFICOS

Tabla 1: Comparativo entre Orden Normativo y Pluralismo Constitucional .....	14
Tabla 2: Casos contenciosos en los que el estado colombiano se ha visto involucrado .....	39
Tabla 3: Casos en los que la CIDH se pronuncia sobre los derechos sexuales diversos .....	40

## INTRODUCCIÓN

En este artículo se abordará el alcance que tiene el pluralismo cultural colombiano en la protección de los derechos a la diversidad sexual, examinando las sentencias de la Corte Constitucional a la luz de los principios y estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y haciendo uso del control de convencionalidad como una herramienta para evaluar la coherencia y efectividad de las medidas adoptadas. Al hacerlo, se busca contribuir a un mayor entendimiento de los desafíos y oportunidades que enfrenta Colombia en su camino hacia una sociedad más inclusiva y respetuosa de la diversidad sexual de las personas.

Por ello, abordaremos el control de convencionalidad, desde su conceptualización realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la interpretación dada por la Corte Constitucional Colombiana y su adaptación a la normatividad interna del estado.

A su vez, se estudiará el Control visto como el mecanismo eficaz para el reconocimiento y la protección a la diversidad sexual que ha sido un aspecto crucial en la lucha por la igualdad y la justicia social en Colombia, pues su vasta riqueza cultural y el reconocimiento del pluralismo cultural, lo convierte en un elemento fundamental para garantizar que todos los individuos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, puedan gozar plenamente de sus derechos humanos.

Teniendo en cuenta este contexto, la Corte Constitucional de Colombia ha cumplido un papel fundamental en la promoción y defensa de los derechos de la comunidad LGBTQ+. Por medio de su jurisprudencia, ha sentado importantes precedentes encaminados a buscar una garantía a la igualdad y la no discriminación, reconociendo la diversidad sexual como una realidad de la sociedad colombiana.

Sin embargo, es crucial analizar hasta qué punto el reconocimiento del pluralismo cultural colombiano se traduce en una efectiva protección de los derechos de la diversidad sexual, por



ello, este trabajo se justifica en el entendido que es necesario examinar cómo las sentencias de la Corte Constitucional se alinean con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha realizado pronunciamientos clave en materia de derechos de la población LGBT+ en la región, es decir, como se efectúa un verdadero control de convencionalidad.

Aunado a que, es importante indagar el papel que desempeña el juez en la aplicación y desarrollo del derecho el cual debe ir más allá de interpretar y aplicar la norma, pues es sin duda él quien tiene la responsabilidad de dar vida al derecho mediante un análisis profundo de los casos que llegan a su conocimiento, por ello resulta necesario determinar cómo el operador judicial realiza este análisis, lo que implica que no solo deba considerar aspectos legales y jurisprudenciales, sino también entender el impacto social y la realidad contextual en la que se enmarca el caso.

Sin embargo, la eficacia del derecho se ve en múltiples casos, limitada a la voluntad legislativa que no va a la misma velocidad de la evolución del derecho y la sociedad, lo que se traduce en desconocimiento de garantías y vulneración a los derechos humanos de las personas que tienen por opción sexual una diferente a lo normativamente considerado como legal o permitido; por ello ¿Qué tan eficaces son los Derechos a la Diversidad sexual en Colombia, como expresión del pluralismo cultural?

Para dar respuesta a este interrogante y desarrollar este artículo, se planteó como objetivo general estudiar el alcance del pluralismo cultural colombiano en la protección de los derechos a la diversidad sexual, a la luz de las sentencias de la Corte Constitucional en armonía con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez se plantearon tres objetivos específicos sobre los cuales se desarrolló un capítulo.

En el primer objetivo específico se recrear, con fundamentos en las sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso Duque Vs. Colombia,

para definir el caso motivo de estudio sobre los derechos a la diversidad sexual en Colombia. Para ello se elaboró el primer capítulo titulado “derechos diferenciados en el pluralismo estatal colombiano”, en el cual se abordó el significado del pluralismo cultural colombiano, los derechos humanos y la libertad de autodeterminación de las personas a escoger el plan de vida en pareja que desee, sin importar la opción sexual de los mismos, siendo el juez el encargado de hacer efectivo el derecho.

El segundo objetivo específico se planteó en determinar los alcances de la eficacia de los derechos a la diversidad sexual, en el pluralismo cultural colombiano, para ello, el capítulo II abordó “la libertad de opción sexual en el pluralismo colombiano”. En éste se estudió la validez de la norma frente a la realidad de las personas con una opción diferente al de las mayorías, entendiendo el dinamismo y evolución del derecho y la sociedad, ratificando al juzgador como el defensor de los derechos humanos.

Finalmente, el tercer objetivo específico consistió en establecer en qué medida las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos facilitan o propician que el control de convencionalidad se convierta en la garantía última de protección de derechos diferenciados en Colombia, para lo cual se desarrolló el tercer capítulo, titulado “control de convencionalidad y protección de los derechos diferenciados”, estudiándose como se efectuaba el control de convencionalidad, tanto a nivel internacional como el nacional, requiriéndose analizar el sistema de protección interamericano de derechos humanos y las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos, a fin de determinar que la eficacia un derecho para promover la justicia e igualdad, se mide no solo por su formulación legal, sino también por su impacto real en la sociedad y su capacidad para abordar las necesidades y demandas de los grupos vulnerables, incluida la comunidad LGBTQ+.

Este artículo contó con una metodología de aproximación al estudio de caso, pues se basó en una situación concreta donde a un grupo de la sociedad se le ven cercenados sus derechos por contar con una opción sexual diferente, por ello que el tema a tratar no es el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI, sino el estudio y presentación de un caso tipo, donde el derecho carezca de eficacia por el desconocimiento de su interpretación y aplicación por parte de las autoridades públicas.

## CAPÍTULO I

### DERECHOS DIFERENCIADOS EN EL PLURALISMO ESTATAL COLOMBIANO

La convivencia social de los Estados gira en torno al reconocimiento y respeto de la libertad y dignidad de las personas, en el entendido que la autonomía humana se evidencia en la capacidad personal para decidir libremente el plan de vida que desea desarrollar y sobre el cual los Estados no tienen ningún tipo de autoridad para interferir en su ejercicio; al contrario, debe de brindar todas las posibilidades suficientes para la materialización de este.

El presente estudio tiene como epicentro el reconocimiento a los derechos de las personas que tienen como opción sexual compartir su vida con personas del mismo sexo, libertad que debe ser un coto vedado para las autoridades públicas y la sociedad en general.

El ejercicio autónomo de esta opción de vida es expresión de la dignidad y libertad que tienen las personas de escoger ese sentido de vida, con lo cual se consolida el pluralismo cultural colombiano de que trata el artículo 7 de la Constitución.

El problema objeto de estudio radica en la autonomía que tienen las parejas del mismo sexo a construir su plan de vida a partir de su derecho a la dignidad humana, en razón a que la autodeterminación de las relaciones en la vida sexual y afectiva solo incumben a las personas involucradas y el Estado no puede intervenir en la autonomía para construir sus proyectos de vida. (Bonilla, 2010, p. 12)

El Estado no puede establecer quienes pueden o no entablar una relación afectiva y de convivencia como lo son las uniones maritales de hecho y el matrimonio entre parejas del mismo sexo, pues ello trasgrede la privacidad de las personas y su autodeterminación. (Burt, 2009, p. 2)

## 1. PLURALISMO CULTURAL COLOMBIANO

El pluralismo es la ruptura del monismo porque el pluralismo es la diversidad, la diferencia en tanto que el monismo es la homogeneidad. El pluralismo supone una contradicción absoluta a las teorías de la estatilización de la sociedad, pues se funda en la socialización de los estados y deja de lado la concepción de una sociedad universalmente homogénea. (Rossi, 2010. p. 220)

El pluralismo reconoce la diversidad de intereses de las personas y entiende que no es una situación transitoria de la sociedad, sino que es “una realidad concreta” (Rossi, 2010. p. 221); difiere de aquellas teorías que ven al sujeto como un ser antagónico que busca la destrucción del contendiente por no expresarse en un contexto homogéneo políticamente diseñado.

Por ello, el cambio social del estado monotemático (teocrático) al estado pluralista, propende por el reconocimiento y vivencia de la diversidad; así, pasamos de una constitución netamente centralista (1886) que solo reconoce los derechos humanos individuales cuyas decisiones judiciales no pueden desligarse del derecho positivo a una constitución pluralista (1991) que reconoce los derechos humanos, individuales y sociales, al igual que los ecológicos y a la paz, con un juez defensor de la supremacía constitucional y los derechos humanos.

En la siguiente tabla se consolida, grosso modo, los principales cambios generados entre la Constitución de 1886 y la Constitución de 1991. Es de resaltar, que el cambio es extremo, pues una Constitución que perduró por 105 años, que centralizaba sus decisiones en el derecho positivo y no daba lugar a las realidades particulares, a una Constitución liberadora que contempla la realidad social para la toma decisiones y centra la dignidad humana como el pilar fundante al efectivo reconocimiento de los derechos humanos, es, insisto, un cambio muy grande en la escala de valores.

<b>Criterio de Comparación</b>	<b>Constitución de 1886</b>	<b>Constitución de 1991</b>
<b>Soberanía</b>	Nacional	Popular
<b>Origen de la Autoridad</b>	Dios Católico	El Pueblo
<b>Orientación Política</b>	Centralista	Pluralista
<b>Axiología</b>	DDHH Individuales	DDHH Individuales, Sociales, Ecológicos y a la Paz.
<b>Ordenamiento Jurídico</b>	Monismo Jurídico	Pluralismo Jurídico
<b>Núcleo Normativo</b>	Ley Positiva	Constitución Política
<b>Papel del Juez</b>	Subordinado a la Ley Positiva	Defensor de la Supremacía Constitucional y los DDHH

**Tabla 1**  
Comparativo entre Orden Normativo y Pluralismo Constitucional  
(Construcción propia)

### 1.1 El Pluralismo Social

El Pluralismo social constituye la base principal de la sociedad democrática, lo que significa la participación de todos los individuos que la conforman, en iguales condiciones y en todos sus aspectos, pues se funda en el reconocimiento a la diversidad cultural y la posibilidad de autodeterminación de las personas como seres individuales, garantizando a su vez la satisfacción de sus derechos fundamentales.

A su vez, el pluralismo reconoce y procura garantizar el acceso a servicios públicos, al trabajo en sus diferentes manifestaciones profesionales al igual que el desarrollo de actividades culturales o de ocio, sin que la posición social, religión, origen, sexo y opiniones políticas por lo que busca reducir la desigualdad entre sus habitantes; así, el Estado pasa de ser concebido una nación, a ser entendido como un pueblo que brinda una nueva cultura de convivencia social.

## **1.2 El Pluralismo Político**

El pluralismo político es considerado como la característica más relevante de la democracia en el entendido que reconoce la diversidad de las personas que integran la sociedad, garantizando su participación en los diferentes procesos democráticos, sin olvidar que la vida social está compuesta por personas con particularidades diferentes, creencias y posiciones ideológicas, religiosas, sexuales y demás que hagan parte de su individualidad. (Ríos, 2015, p.2)

La pluralidad, la tolerancia y el respeto son el triunfo de la concepción de las nuevas sociedades, donde los diferentes grupos sociales que la conforman han buscado siempre encontrar en el Estado el reconocimiento de la diversidad pluricultural de las diferentes personas que la integran, y es allí donde los Estados no pueden temer a la diferencia, pues este temor ha sido el causante principal de la exclusión, el rechazo y racismo. (Ríos, 2015, p.5)

Es entonces el pluralismo político el que permite la participación de los diferentes grupos sociales en los procesos democráticos, reconociéndolos y haciéndolos partícipes de la vida política del Estado.

## **1.3 El Pluralismo Jurídico**

Frente a la concepción homogénea de las personas está el concepto de lo heterogéneo del sujeto en las interacciones e interpretaciones de la ley y del modo de vivir, es el reconocimiento y validez de las diferentes realidades sociales. Es así, como las realidades, por ejemplo, de las etnias son múltiples, al igual que sus sistemas jurídicos y la manera de solucionar los conflictos.

La sociedad colombiana, por ejemplo, no está compuesta de manera global con valores universales, sino que está constituida por una variedad de culturas con diferentes realidades, tanto en sus contextos sociales como en sus cosmovisiones, “sistemas económicos, sociales y jurídicos.” (Gutiérrez, 2011, p. 3)

Históricamente los indígenas han sido objeto de discriminación constante, por ello, que en la colonización se hablara de la civilización de los salvajes, adoctrinando a la persona al modelo social y de derecho reconocido como válido, desconociendo las realidades sociales propias de la cultura o etnia a la que pertenecía (Gutiérrez, 2011, p. 11); esto es una actuación completamente de despojo y desconocimiento de las particularidades de las culturas.

El pluralismo jurídico es pues el reconocimiento de diferentes sistemas sociales y jurídicos que conforman los diferentes grupos sociales, los cuales hacen parte de un todo, de un Estado, quien debe, no solo reconocer, sino que dicho reconocimiento sea efectivo, es la certeza de la coexistencia de diferentes centros generadores de normas de convivencia, como es el caso de los indígenas, las negritudes la misma legislación canónica y todo el régimen militar.

En síntesis, el pluralismo colombiano es un proyecto jurídico y político que no ha arrancado; sin embargo, el reconocimiento y efectiva aceptación de la opción sexual diferenciada, será vital para la consolidación de ese pluralismo, en donde el generador de este será el juez y no el legislador.

Por la razón anterior y, siguiendo Honneth, la lucha por el reconocimiento desde el amor, el derecho y la solidaridad, tienen total vigencia en el caso al ejercicio de la libre opción sexual; las consecuencias atroces del desprecio o desconocimiento por esta libertad, por afectar los más caros propósitos de quien su sistema biológico lo impulsa a este plan de vida, produce una violación dramática consistente en el despojo y la deshonra, situaciones de gran impacto personal que, a toda costa deberá evitarse, porque una persona en esta situación de desamparo, está tan sensible que se transforma en un potencial humano susceptible y capaz de afectar y atentar contra su propia vida.

#### **1.4. Pluralismo Cultural**



El pluralismo cultural implica el reconocimiento de las diferentes visiones sociales sobre los comportamientos humanos en un tiempo determinado, para vivir esa diversidad. Una sociedad pluralista culturalmente entonces centra su devenir en la diferencia y no en la en la homogeneidad; en el disenso uno en el consenso; y, finalmente, en la transformación y no en la permanencia, características que dinamizarán, la convivencia democrática de esa sociedad.

El anterior planteamiento del pluralismo cultural, implica una fuerte necesidad de la neutralidad estatal frente a la autonomía individual, posición típicamente liberal que, en el republicanismo tiene sus fundamentos en una democracia deliberativa, incluyente y que propicia la tolerancia positiva individual, la tolerancia negativa y la tolerancia colectiva, en el entendido que dichos modelos fortalecen el pluralismo cultural donde el ciudadano rompe el esquema liberal de ser propietario libertario y muta a ciudadano supervisor de lo público en lo público (Zapata-Barrero: 2001, 197-211)

Ahora bien, en el caso colombiano, el pluralismo ha sido propiciado, desde la práctica y no en la órbita de lo teórico, por la Corte Constitucional en sus fallos. En efecto, de una lectura serena de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se infiere sin duda alguna que el Alto Tribunal ha reconocido, con fundamento en la libertad y la dignidad, de manera particular un espectro del pluralismo cultural, desde la opción de escogencia del plan de vida homosexual, al defender un catálogo de derechos para quienes tiene un plan de vida diferente al de la comunidad colombiana. En efecto, desde el año 1993 comenzó la Corte a reconocer estos derechos, materializando con ello las preferencias diferenciadoras de la sociedad, que no es otra cosa que expresión viva del pluralismo cultural.

El pluralismo cultural significa el reconocimiento de las diferencias para convivir con ellas; el Estado colombiano desde la Constituyente de 1991 ha venido abriendo las puertas al

reconocimiento de derechos a la población diversa por medio de la Corte Constitucional. Es así como en 1993<sup>1</sup> se dio el primer cambio de nombre al otro sexo.

En 1996<sup>2</sup> la Corte prohíbe cualquier tipo de discriminación por la orientación sexual, en igual sentido, en 1999<sup>3</sup> se determinó que no puede ser considerada una falta disciplinaria la preferencia sexual en las fuerzas militares.

En el año 2003<sup>4</sup> se aprueba por primera vez mediante sentencia de la Corte Constitucional, las visitas conyugales de parejas del mismo sexo a los centros penitenciarios. Cuatro años después se reconocen los derechos a poder heredar y a la afiliación de la pareja del mismo sexo al sistema de salud<sup>5</sup>. En 2008<sup>6</sup> se reconoce el derecho a la pensión de sobrevivientes; en 2009<sup>7</sup> se permite el subsidio de vivienda, el derecho al acceso a la propiedad de tierras, indemnizaciones del SOAT y derechos migratorios. Para el año 2011<sup>8</sup> se determina que los derechos de la unión libre entre parejas del mismo sexo son los mismos que el de las parejas heterosexuales; en 2012<sup>9</sup> se estudió el concepto de identidad sexual y se reconoció la obligatoriedad de las EPS a practicar procedimientos de afirmación de sexo.

Para el año 2014<sup>10</sup> se prohibió la exigencia de la libreta militar a personas transgénero; en 2015<sup>11</sup> se les permite adoptar, lo que conllevó que en el año 2016<sup>12</sup> la Corte finalmente aprobara el

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-594 del 15 de diciembre de 1993.

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C- 098 del 07 de marzo de 1996.

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-507 del 14 de julio de 1999.

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-499 del 12 de junio de 2003.

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-075 del 07 de febrero de 2007; Sentencia C- 521 del 11 de julio de 2007; Sentencia C-811 del 03 de octubre de 2007.

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008.

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-029 del 28 de enero 2009; Sentencia T-911 del 07 de diciembre de 2009.

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-577 del 26 de julio de 2011.

<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T- 918 del 8 de noviembre de 2012; Sentencia T-876 del 29 de octubre de 2012.

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-476 del 9 de julio de 2014.

<sup>11</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-683 del 04 de noviembre de 2015.

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia SU-214 del 28 de abril de 2016.

matrimonio igualitario; en año 2018<sup>13</sup> se prohíbe la exigencia a una persona trabajadora el uso de determinadas prendas de vestir en el trabajo, contrarias a su proyección de género. En términos pensionales, en 2021<sup>14</sup> la Corte otorgó el reconocimiento a la pensión de vejez de las personas que decidan autodeterminarse con una identidad de género diferente al sexo de nacimiento. Finalmente, en 2022<sup>15</sup> se ordena la inclusión de una tercera categoría del género en los documentos de identificación de las personas.

## **2. LOS DERECHOS HUMANOS: REINVIDICACIÓN DE LA HUMANIDAD DEL HUMANO**

Al decir de Pérez Luño (2010: 50), los derechos humanos son *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.*

Siguiendo a Pérez Luño (54-64), el problema de la fundamentación de los derechos humanos ha planteado en la dicotomía entre tres versiones normativas al respecto: el positivismo, el naturalismo y finalmente, el realismo. Veamos los planteamientos:

Para el positivismo, la existencia y fundamentación de los derechos humanos es un problema típicamente de la creación legal; es decir, es el legislador quien en su tarea normativa crea los derechos y asumirlos y adoptarlos en el ordenamiento jurídico, adquieren la validez de la aplicación necesarias para su eficacia.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-143 del 23 de abril de 2018.

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia SU-440 del 09 de diciembre de 2021.

<sup>15</sup> Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-033 del 4 de febrero de 2022.

Por su parte, para el derecho natural el problema es constitutivo, en el entendido que las facultades son inherentes a la naturaleza y condición humanas, y, por tanto, la ley positiva simplemente tiene la tarea de reconocer y brindar la defensa coactiva de los mismos.

Finalmente, para realismo, el problema del origen de los derechos humanos radica en la voluntad política de los agentes democráticos para crear y reconocer esos atributos, cuya eficacia radica en la fortaleza de acuerdos políticos de la democracia radical.

## **2.1. Derechos Fundamentales Diferenciados**

La dinámica de los derechos humanos implica el reconocimiento de las diferencias, a fin de no conculcar situaciones particulares y homogeneizar las sociedades. Tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, es un postulado aristotélico. Por esta razón, es necesario, a fin de preservar valores trascendentales, reconocer que quienes deciden compartir esos valores con personas de su mismo sexo, sean así reconocidos, con un catálogo de derechos que protejan su dignidad; esto es, hoy, un imperativo moral de convivencia.

Básicamente son dos grandes derechos diferenciados para este colectivo: el de la libre opción sexual y el de constituir y desarrollar un plan de vida sexual diferente a la tradicional.

### **2.1.1. Derecho a la Libre Opción Sexual: Dignidad e Intimidad en Acción**

Este derecho, de libertad, impone cargas a la sociedad de reconocimiento y respeto por esa manifestación de libertad, porque con ella, se fortalece la dignidad del titular del derecho. Además, configura un acto privadísimo, de gran valor íntimo.

### **2.1.2. Derecho a Constituir y Desarrollar un Plan de Vida Sexual Diferente de la Tradicional: Dignidad Contextualizada**

Consecuencia del anterior, es la manifestación de construir un plan de vida a partir de esa diferencia y materializarlo sin interferencias externas. Al igual que el anterior, es expresión de libertad, intimidad y dignidad, que se evidencia en lo público.

### **2.2. Derechos a la libertad de Opción Sexual Diferente: ¿Problema Normativo o de Justicia?**

Estos planteamientos, en Colombia, tienen su materialización en la tensión jurídica entre el poder legislativo y el judicial, pues en el legalismo la existencia de los derechos implica la creación normativa que los consagre; por su parte, en el judicialismo, en cabeza de la Corte Constitucional, los derechos son un acto judicial de reconocimiento por el simple hecho de pertenecer a la persona libre de autodeterminación. (Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008, p. 30)

Para el positivismo jurídico los derechos humanos son una creación del legislador. Por eso si el legislador no ha reconocido la existencia de un grupo de derechos humanos ellos no existen, por ello que el problema a los derechos a la diversidad sexual implica el reconocimiento de la dignidad y autonomía individuales para desarrollar un plan de vida diferente, lo cual no puede sacrificarse por el normativismo formalista, es decir, que el concepto de derechos humanos no puede ser aprehendido por el positivismo sino que lo trasciende para defensa de la identidad de un grupo minoritario.

En ese orden de ideas, la Constitución al consagrar el derecho a la libertad como fundamental, faculta a la persona a determinar su opción de vida, lo que permite que la homosexualidad sea contemplada como una alternativa sexual diversa; ello significa que se encuentra protegida y no puede ser un factor que justifique un tratamiento desigual que genere discriminación social. (Corte Constitucional, Sentencia T-268 de 2000, p. 26)

Corresponde así al juez ser el garante de la materialización de la diversidad sexual de la persona, pues ante una omisión legislativa al respecto por parte del legislador, le asiste el deber de ampararlos. Las relaciones homoafectivas son una realidad legítima de la autonomía humana, pero la falta de voluntad legislativa las deja sin respaldo del Estado, lo que permite al juez encontrar la integración entre el derecho y la realidad. (Corte Constitucional, Sentencia T-1241 de 2008, p. 15)

El juez deberá realizar el análisis más intenso al derecho a la igualdad en aquellos casos en que la clasificación de derechos realizada por el legislador se vean permeadas por criterios discriminatorios, como el origen familiar, la raza, el sexo o preferencia sexual, incluso que afecte desfavorablemente minorías o grupos sociales, o que llegue a limitar los derechos fundamentales a ciertos grupos; situación en la cual le corresponde al juez hacer un control del respeto de la igualdad mucho más estricto pues de acuerdo con la Constitución, todas las personas tienen derecho a una protección igual a sus derechos y libertades fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia T-268 2000, p. 16)

Pese a que en la Constitución Política de 1991 por razones culturales e históricas, no se hizo referencia a los derechos de las personas con identidad o preferencias sexual diversa, no significa que sean desconocidos por el Estado, pues dentro de la esfera de la autonomía personal, está evidentemente protegida la diversidad sexual por la Constitución, en vista que es el marco jurídico que permite la coexistencia de las más diversas formas de vida humana.

El principal fundamento del Estado Social de Derecho desarrollado por la Carta se cimienta en el concepto de la dignidad humana, lo que genera consecuencias jurídicas favorables a la persona, y a su vez, impone deberes e inhibiciones para el Estado, quien es el garante de que esta pueda contar con todas las garantías, tanto materiales como inmateriales que le permitan desarrollar su proyecto de vida. (Corte Constitucional, 2008, p. 24)

Las parejas del mismo sexo tienen además de todos los derechos consagrados en la constitución unos derechos particulares diferenciadores que le corresponde al Estado garantizarlos, reconociendo con ello el pluralismo sobre el cual se erige el Estado Social de Derecho.

### **2.3. Derechos Humanos Diferenciados para la Comunidad LGTBI: Acto de Justicia**

Lógico es inferir, entonces, que la comunidad integrada por personas que han decidido por vivir la opción sexual de relaciones homoafectivas, deban recibir un tratamiento legal y social diferente de la mayoría de la población, pues esa es única manera de reconocer la libertad sexual y, con ello, fortalecer la dignidad humana y desarrollar así la vivencia más importante de todo ser humano: el amor.

Coherentemente con lo anterior, el Estado colombiano, con fundamento en la concepción que desarrolla desde el pluralismo cultural, social y jurídico, respete y defienda esa posibilidad de vida en el contexto social.

De lo expuesto, puede concluirse sin lugar a duda alguna, que la opción sexual es un derecho humano que debe ser respetado, máxime cuando el Estado surge como pluralista cultural.

La opción sexual como derecho humano tiene su fundamento en la dignidad humana, la libertad y autonomía, es decir, este tipo de derechos se originan en lo más íntimo del humano. En coherencia de lo anterior, puedo afirmar que los derechos diferenciados de la comunidad LGTBI hacen parte de la identidad y de la personalidad. Por ello, estos derechos diferenciados desarrollan la dignidad humana en su más cara manifestación.

No obstante, la opción sexual tiene impacto moral y patrimonial. Desde la moral, el derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual; desde lo patrimonial, en razón de las uniones, de hecho o legales, las consecuencias se derivan de la existencia de tales uniones, como si fueran de parejas heterosexuales.

#### **2.4. Protección de los Derechos Humanos: el Juez Justo y la Humanidad del Derecho**

Como se indicó inicialmente, la problemática se presenta en el no reconocimiento de los derechos a la diversidad sexual de las personas, a su libre autodeterminación a diseñar y desarrollar ese plan de vida formulado, pues el hecho de que no se encuentren reconocidos tales derechos no significa que no existan. Por ello que le corresponda al juez en función de control de constitucionalidad el deber de integrar lo que el legislador obvió. (Corte Constitucional, Sentencia T- 051 de 2010, p. 17)

Pero el juez no puede ir más allá de las competencias en sí asignadas, pues ante las omisiones legislativas es posible que carezca de competencia para integrar y proteger el derecho ausente. Por ello que, en ciertos casos, la Corte debe instar al legislador para que desarrolle lo omitido, como pasó con la regulación al matrimonio igualitario, donde exhortó al congreso para que legislara en pro de los derechos de las parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011, p. 191), no obstante, y en consecuencia a que el poder legislativo se funda en la prevalencia del interés general, pues su conformación se da por procesos democráticos basados en la voluntad de las mayorías, es temeroso a la hora de pronunciarse sobre la positivización de los derechos diversos.

Sin embargo, la Corte ha sido clara al indicar que sí bien el Estado está basado en un sistema de gobierno erigido en la voluntad de las mayorías, es un modelo que no puede ser entendido en estricto sentido, pues el derecho no es estático y debe ir evolucionando en sintonía con la sociedad. Para esto la democracia constitucional se ha fundado en la protección efectiva de los derechos de todas las personas, así esto signifique ir contra la voluntad de las mayorías, así como se presentó en el año 2016 cuando la Corte declaró que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo gozaban de toda validez jurídica. (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016, p. 88)



El reconocimiento dado por la Corte lo basa al considera que la diversidad sexual es una expresión libre de la personalidad y autodeterminación de la persona y se constituyen como elementos esenciales de la dignidad humana que se complementan entre sí. Por ello no debe existir ninguna razón para que haya diferencia entre parejas homosexuales y heterosexuales. (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016 p. 186)

Debe entenderse que el respeto a la vida y a la dignidad humana es la estructura central y razón de ser del Estado, por ello la imperiosa necesidad de garantizar el pleno goce de derechos a todas las personas, máxime cuando se trata de grupos sociales que históricamente han sido objeto de discriminación.

### **3. DERECHOS HUMANOS A LA LIBRE OPCIÓN SEXUAL: EL CASO DUQUE COMO ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

El señor Ángel Alberto Duque, sostuvo una convivencia ininterrumpida de más de 10 años con otro hombre, del cual no pudo hacerse al reconocimiento de pensión de sobreviviente después de su fallecimiento, por tratarse de una relación homosexual. El señor Duque estaba afiliado a una EPS que pagaba con el dinero que su pareja en vida le daba y por medio de la cual podían contar con el tratamiento retroviral contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), causal definitiva de la muerte de su compañero (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 3).

Al perder su sustento económico para pagar su EPS, el señor Duque solicitó ante COLFONDOS S.A. - empresa ante la cual su pareja estaba afiliado - la pensión de sobreviviente, sin embargo, la respuesta a la solicitud fue negativa, bajo el argumento de que Ley 100 de 1993 excluía a las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo para acceder a dicho beneficio (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 4).

Ante la negativa de COLFONDOS, interpone acción de tutela como mecanismo transitorio para el reconocimiento a la pensión de sobreviviente, toda vez que se encontraba en juego su vida, Sin embargo, el despacho determinó que la acción era improcedente, toda vez que no se acreditaban los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión de sobreviviente, al igual que la normatividad vigente y la jurisprudencia no reconocían este derecho a las parejas homosexuales. El accionante impugnó la sentencia, la cual fue confirmada en su totalidad.

El caso motivo de estudio consiste en el reconocimiento de la existencia de una comunidad minoritaria cuya libertad de elección de orientación sexual, es vivir el amor como sentimiento con pareja del mismo sexo y desarrollar ese plan de vida trazado.

#### **4. RECREANDO EL CASO: DERECHOS DIFERENCIADOS A LA ELECCIÓN SEXUAL**

En Colombia como en cualquier otro país, existen personas que escogen como plan de vida conformar una relación en pareja del mismo sexo; ese vivir la diversidad sexual como plan de vida implica que esa minoría tenga derechos además de los constitucionalmente consagrados para todos, otros derechos diferenciados, como vivir en pareja, casarse, derechos patrimoniales, entre otros, que garantiza el desarrollo de ese plan de vida.

No obstante, existen dificultades legales para las parejas del mismo sexo a la hora de ejercer los derechos diferenciados similares a los que gozan las parejas heterosexuales.

Partimos desde la formulación del interrogante sobre ¿qué tan eficaz son los derechos a la diversidad sexual en Colombia, como expresión del pluralismo cultural?, para dar respuesta a la pregunta, indicaremos que la eficacia se refiere a que a la seguridad jurídica que brinda el poder judicial en aras del control de constitucionalidad para proteger de manera oportuna e integral los derechos fundamentales de las personas, en una situación concreta, evitando con ello la

consumación de un perjuicio irremediable. (Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016, p. 67)

Es así, como el problema no es constitutivo de reconocimiento legal de los derechos humanos, sino de justicia material derivada del ejercicio real de ellos, como expresión de la dignidad humana. De allí que exista un nexo profundo entre el reconocimiento del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, pues toda vez que exista una protección a la autonomía personal se garantiza la coexistencia de diversas formas de plan de vida sobre los cuales el Estado debe permanecer neutral. Pues recordemos que “los principios fundantes del Estado Social de Derecho están dirigidos a garantizar el pluralismo y la igualdad de oportunidades” (Corte Constitucional, Sentencia T-562 de 2013, p. 34) de todas las personas que lo integran.

## CAPÍTULO II

### LA LIBERTAD DE OPCIÓN SEXUAL EN EL PLURALISMO COLOMBIANO

#### 1. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE OPCIÓN SEXUAL

La diversidad sexual normaliza y da reconocimiento a la libertad sexual al concebir la existencia de múltiples expresiones sexuales, esto es, el derecho a decidir con quién y de qué manera compartir el proyecto de vida, al igual que la practica sexual que los individuos directamente relacionados prefieran.

El concepto de diversidad sexual ha permitido que las orientaciones y comportamientos sexuales de las personas del mismo sexo sean vistas como un comportamiento sexual propio del ser humano, al reconocer que existe el sexo biológico, el género y la orientación sexual los cuales son elementos constitutivos de la identidad sexual de cada persona. En este entendido, la diversidad sexual está directamente relacionada con el derecho a la dignidad, la autonomía y la intimidad de las personas, lo que a su vez ha sido la causa de la tensión jurídica por la escogencia de una orientación sexual no heterosexual que es la reconocida por la mayoría de la sociedad y que ha sido generadora de una histórica discriminación a la comunidad LGBTIQ+.

##### **1.1 La Dignidad: de la Intimidad a lo Colectivo a través de Otro**

Desde el ius naturalismo fundamentar los derechos a la orientación sexual es un acto de dignidad humana, que debe ser respetada por el legislador y por toda la sociedad. Se entiende por dignidad humana el fortalecimiento de la identidad, la intimidad y la personalidad. La dignidad implica un ejercicio que involucra tres valores fundamentales en la vida humana: La libertad, la igualdad, y la solidaridad.

Desde la libertad, la dignidad humana es el autorreconocimiento, la autovaloración que cada uno de nosotros hacemos de sí mismos, por eso desde esta perspectiva la dignidad humana es una

mirada introspectiva de nosotros mismos. Desde la igualdad, la dignidad es la lucha por el reconocimiento del otro a mi intimidad y mi personalidad; es la mirada retrospectiva hacia mí. Y desde la solidaridad la dignidad significa la lucha que, por el reconocimiento colectivo, debo realizar frente a la población en general; es, entonces una mirada retrospectiva que, sobre mi identidad, mi personalidad y mis particularidades específicas realiza el grupo social; por esto es la mirada retrospectiva colectiva hacia mí. Este es un concepto que supera la perspectiva kantiana en el espacio contemporáneo en los tiempos que corren; esta triple mirada y apropiación conceptual es básica para entender al protagonista de la dignidad en el siglo XXI.

## **1.2 Reconocimiento y Desconocimiento o Rechazo**

Al decir Axel Honneth, el reconocimiento es el problema crucial de las sociedades de hoy. Por esto, en la gramática de lo social, la lucha por el reconocimiento se da de tres formas; por el amor, el derecho y la solidaridad; consecuentemente el desconocimiento o rechazo al reconocimiento se presenta a través de la violación, la desposesión y la deshonra. En este sentido, Honneth se concentra en encontrar las soluciones pacíficas a los conflictos sociales desde sus orígenes.

Honneth, entonces estudia las causas de desconocimiento; así, con relación al amor lo relaciona con la violación, en el entendido que el amor es la capacidad de autodeterminarse física y emocionalmente como un acto individual que implica para el otro respeto; por esta razón, el intento por apoderarse de la voluntad del otro, esto es una imposición que provoca un sentimiento de indefensión.

“lo específico en tales formas de lesión física, como ocurre en la tortura o en la violencia, lo constituye no el dolor corporal, sino su asociación con el sentimiento de estar indefenso frente a la voluntad de otro sujeto hasta el arrebató sensible de la realidad.” (Honneth, 1997, p. 161-162)

Esta es entonces, la primera forma de menosprecio que conlleva a la causa de los conflictos sociales, pues las vivencias del maltrato físico y mental destruyen la autoconfianza básica de la persona; sin embargo, el amor implica una relación entre un número reducido de personas, puesto que se trata de un vínculo íntimo que solo incumbe a los directamente relacionados.

Contrario al amor, desde el derecho, Axel plantea que su origen yace en la desposesión, en el entendido que el derecho toma al otro como parte de una comunidad mayor, en la que todos sus integrantes tienen los mismos derechos, y al arrebatarse esos atributos, deja de considerar a la persona como un elemento único e irrepetible. (1997, p. 163)

El derecho ve a los sujetos como iguales ante la ley, esto supone a su vez la obligatoriedad de cumplir con las leyes o normas que rigen la sociedad, so pena de ser merecedor de la sanción correspondiente; sin embargo, ¿cómo saber cuáles son las obligaciones con relación a los demás y cuáles son los derechos que le asiste? A esto Honneth llama “el otro generalizado” (1997, p. 98) que es la única forma en que se pueden reconocer los derechos de todas las personas y cuya obediencia nace de la misma ciudadanía, en el entendido que las leyes son el resultado de la autonomía de las personas que es ejercida por medio de los representantes que ha elegido.

Desde el concepto de “el otro generalizado”, se entiende que todas las personas son merecedoras del mismo respeto el cual no concibe ningún tipo de discriminación porque es absoluto. Las personas no solo deben expresar el respeto por el otro, sino el autorrespeto que en definitiva ha sido el punto de partida de las diferentes luchas por la aplicación del derecho que satisfaga la carencia de este, originado por las diferentes situaciones de exclusión. (Honneth, 1997, p. 148)

Por ello que la desposesión sea considerada por Honneth como la segunda forma de menosprecio, pues al negarle ciertos derechos a una persona, se le está diciendo que no es igualmente responsable al resto de la sociedad, pues no se le está permitiendo una participación igualitaria en el ordenamiento institucional.

Finalmente, Axel Honneth, propone a la solidaridad como tercera fuente del reconocimiento, la cual es una mezcla de las dos primeras, pues integra elementos del amor y del derecho en sí, dado que considera a la persona en su individualidad, pero en relación con la sociedad, entendiéndose, así como un todo. (1997, p. 157)

El reconocimiento desde la solidaridad consiste en ver a la persona como un individuo que es capaz de autodeterminarse y que a su vez le faculta aportar a la consecución de los objetivos trasados por la mayoría de la comunidad, esto es, el valor mutuo y recíproco de los integrantes de la sociedad al reconocer sus capacidades y cualidades.

Para Honneth, el concepto de reconocimiento fue cambiando conforme a la evolución de la sociedad, al punto que no se hable de respeto sino de honor (1997, p. 154) y a su vez al respeto por la dignidad humana, que al final es la que garantiza que todas las personas tengan el mismo respeto social (1997, p. 153); sin embargo, el concepto de dignidad humana supone una serie de desafíos, pues debe ser entendido al individuo no como un sujeto con cualidades comunes al resto de la sociedad, sino que su valoración se realiza desde las capacidades y cualidades que lo distinguen del resto, lo que finalmente conlleva a que sea entendido no desde el concepto de honor social sino al del prestigio social. (1997, p. 154)

La deshonra es entonces el menosprecio de las diversas formas de escogencia de vida de la persona o de un colectivo de personas que impiden la autorrealización (Honneth, 1997, p. 164), repercutiendo fuertemente en la autoestima del sujeto, pues supone la desvalorización de sus capacidades y cualidades características.

## **2. EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La eficacia de los derechos radica principalmente en el compromiso institucional de los Estados en la materialización de estos, indistintamente del avance del derecho en la consolidación o

reconocimiento de nuevos conceptos; implica que se cuenta con una institucionalidad sólida so pena de resultar imposible establecer la eficacia, tan siquiera a niveles mínimos.

Dicho en otras palabras, significa que existe, no solo un discurso político de reconocimiento, sino también una efectiva materialización del derecho; de lo contrario, la política seguirá estando un paso atrás de las necesidades de las personas (Grün, 1997, p. 25); solo con la existencia de tales instrumentos, se podrá pasar de un derecho rígido que solo concibe como válida la positivización de la norma, a una nueva realidad, el realismo jurídico, que comprende en sus reflexiones las diversas expresiones prácticas de cómo vivir el derecho.

## **2.1 De la Validez Normativa a la Eficacia Jurídica de los Derechos Humanos**

Inicialmente, indicaremos que la legalidad hace referencia al positivismo jurídico creador de derecho que catapultó a la ley sobre cualquier otra fuente del derecho, definiendo al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente que no da cabida a una posición en contrario (Guamán, 2020, p. 267); es el derecho promulgado por el Estado que es totalmente opuesto al derecho natural, pues solo reconoce como derecho la norma como resultado de la razón del hombre.

En ese entendido, derecho para el positivismo es todo aquello que es comprobable mediante el método científico, por ello, cualquier tipo de argumentación o interpretación fuera de este método es concebida como divagaciones, por ende, merecedoras de rechazo; es así como “el fin de la ciencia del derecho es considerar el derecho tal como es y no como debería ser” (Guzmán, 2020, p. 267). En esto consiste claramente la diferenciación entre la validez y el valor del derecho; en decir, la diferencia entre las normas que son válidas aun siendo injustas y las que pueden ser justas, pero sin validez, siendo las primeras las únicas merecedoras de conformar el derecho y acreedoras del atributo para hacer sobre ellas el estudio científico del derecho y, rechazando las segundas como simples actos sociales sin impacto en el ordenamiento normativo.



Por esto el positivismo desconoce la existencia de un derecho natural inmutable, universal, de carácter eterno y cognoscible que pregona y dispone la justicia de la creación y funcionamiento de la ley, porque lo considera fuera del método científico, no merecedor de estudio por parte de la ciencia jurídica.

Contrario al estudio del derecho que versa sobre la positivización dura de la norma, el realismo jurídico concibe al derecho, “como un fenómeno social, de carácter dinámico” (González, 2014, p. 18) que está en permanente transformación, convirtiéndose a su vez, en el instrumento idóneo para lograr los fines sociales y no un solo fin impuesto por la norma.

Es así, como la eficacia solo se puede conseguir desde la sociología jurídica y no desde el positivismo duro, pues como se ha indicado, la sociedad está en una constante evolución y su transformación es siempre un paso adelante del derecho.

## **2.2 El Realismo Jurídico y la Eficacia de los Derechos Humanos**

El realismo jurídico controvierte la creencia que las normas del derecho son las únicas disposiciones decisivas para la toma de las decisiones judiciales, pues entiende al derecho como un conjunto de conductas reales y no como un conjunto de normas. Dichas conductas permiten al juez cumplir con su función de interpretación y aplicación de la ley a la hora de proferir sus sentencias.

En este entendido el derecho no es la normatividad, sino las decisiones que toman los jueces en sus providencias, por ello, que el realismo jurídico, asevere que la toma de decisiones de los jueces parte de la realidad que comprende diversos factores extrajurídicos, como lo son las situaciones sociales, económica, culturales entre otros, acudiendo a la argumentación solo para justificar su decisión. (González, 2014, p. 19), sin embargo, no se puede desconocer la importancia que cumple la norma para la toma de decisiones judiciales, pues ellas permiten

sustanciar las providencias, no obstante, no recobra importancia el recorrido normativo que tuvo el juez para tomar la decisión, siempre y cuando pueda jurídicamente justificarla.

Es así, que la manera en que el derecho permanece vivo en la sociedad es por medio de la eficacia, mientras el positivismo hace referencia al nacimiento del derecho, es decir a su validez; la eficacia aborda la efectividad de este, la cual puede variar en el trascurso de tiempo sin perder vigencia la norma. (Robles, 1997, p. 86)

La eficacia se aparta del positivismo, en el entendido que, para este, las cuestiones de la norma se basan en si estas son válidas o no, entretanto, la eficacia acepta que una norma pueda ser medianamente eficaz, dependiendo de las circunstancias de modo, tiempo, lugar y sujetos directamente relacionados.

### **2.3 Papel del Juez como Defensor de los Derechos Humanos**

Es la sociología jurídica la que permite determinar la eficacia de las normas al examinar todo un contexto donde sea necesario tomar una decisión judicial, por ello que sea necesario contextualizar cómo la sociología jurídica desde su objeto y método entiende la norma.

Con relación a su objeto, se debe precisar que tanto la sociología como el derecho tienen por objeto a la norma; sin embargo, mientras el derecho se concibe como una disciplina normativa, la sociología en contraposición es una disciplina explicativa, por ello, está enfocada a estudiar los hechos por los cuales las normas son creadas y por sus causa y repercusiones en las personas; por esto difieren en el método, pues las técnicas de investigación siempre serán de análisis sociológico, en el entendido que examina todo el contexto para poder encontrar la raíz del origen de la situación y así poder tomar una decisión; para ello tiene en cuenta “el desarrollo social de las instituciones, las formas de control social, la eficacia jurídica y los factores que influyen en ella, así como las relaciones entre el Derecho y el cambio social.” (González, 2014, p. 24)

Por ello, en las decisiones judiciales la independencia del juez garantiza la aplicación del derecho, pues su análisis parte del contexto que rodea la situación originaria de estudio judicial; en este sentido, es el juez el que se encarga de hacer vivo el derecho, no solo desde la norma, sino desde sus reflexiones, análisis e investigación desarrollada durante el proceso, permitiendo que sus decisiones finales versen sobre situaciones reales y no solo sobre la validez o no de una norma.

El juez debe estar permanentemente en estudio de la norma, a fin de realizar una aplicación más profunda y no quedarse solamente en la positividad normativa. El juez debe olvidar su pasividad y ser proactivo en su labor judicial, garantizando “la participación de los derechos humanos en el proceso, y por esta actuación cumplir con las garantías procesales” (Grisales, 2009, p.4). La materialización de los derechos humanos durante el proceso se da únicamente a la hora que el juez hace una interpretación, no solo desde la normatividad, sino también, desde las situaciones reales que conllevara al estudio judicial del caso.

Debo concluir: para el realismo jurídico el legislador prescribe las conductas humanas y es el juez en su labor judicial quien particulariza la generalidad de la gramática legislativa; este giro es el que va a distinguir “el derecho que debe ser” (mandato legislativo) y “el derecho que es” (mandato judicial). Lo anterior significa que la naturaleza del juez es creadora de “derecho particular”, es decir para las partes en contención; por esta razón, la actividad del juez es hacer que la voluntad legisladora adquiera vida en el conflicto que con su propia actividad desata el juez.

En materia de derechos humanos, para el caso específico colombiano, el juez de tutela, a partir del núcleo constitucional de lo justo, debe velar porque esa justicia sea real, aun cuando el legislador no haya reconocido el derecho en cuestión, pues el mandato irresistible para el juez son los postulados constitucionales y subsidiariamente los preceptos legales.

## **CAPÍTULO III**

### **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DIFERENCIADOS**

#### **1. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una institución judicial, autónoma, instalada en San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, cuyo Estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en octubre de 1979 en La Paz, por medio de la Resolución No. 448, teniendo como principal actuación la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, para lo cual cumple con tres funciones principales; la primera de carácter contencioso en la cual se encuentra la resolución de casos y supervisión de cumplimiento a las sentencias, esta función le permite a la Corte determinar si existe responsabilidad internacional de un Estado por algún tipo de violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana o en los tratados internacionales. La segunda función es consultiva y la tercera es la dictar de medidas provisionales.

Para ello, la Corte debe tener competencia para actuar como ente sancionador internacional, el cual nace siempre y cuando que Estados Parte involucrados en el caso hayan reconocido su competencia contenciosa, y esto lo hacen al momento de ratificar la Convención Americana y hacerla parte de su ordenamiento interno, como el caso de Colombia, donde la Convención entra a ser parte del Bloque de Constitucionalidad, por ello que su actuación no sea violatoria de la soberanía jurídica de los Estados. (JEP, 2018, p. 5)

#### **2. JUSTICIA INTERAMERICANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) generan un gran impacto a nivel interno en el Estado que resulta condenado por la violación a

los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el sentido sancionatorio y coercitivo de las decisiones judiciales de la Corte, debe ser ejemplarizante y disuasorio, con medidas materiales y no meramente morales, como es el señalamiento internacional por la puesta en peligro de los derechos humanos, lo que evidencia de una parte la precariedad del Estado denunciado, sino también la falta de coercibilidad de parte de la CIDH a la hora de sancionar la violación (Corso, 2015, p. 3), en razón a que el cumplimiento del fallo trae consigo una serie de actos a realizar para poder implementar la sentencia, pues su materialización no puede quedar en iniciativas, sino en hechos cumplidos.

No basta con que exista una iniciativa legislativa o la intención pública de referirse al caso concreto que fue estudiado por la CIDH, se requiere de la promulgación de la norma y la disculpa pública por la violación al derecho del cual fue encontrado como responsable internacionalmente el Estado, ello, aunado a la reparación directa a la víctima garantizan una verdadera armonización de la sentencia internacional con el ordenamiento interno, pues la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene carácter de cosa juzgada formal y material y sus efectos son inmediatos para las partes e indirectos para el resto de los Estados Partes.

Aunado a ello, su facultad inherente de supervisar sus sentencias le permite verificar que las reparaciones ordenadas sean cumplidas, pues la implementación efectiva de las decisiones tomadas por la Corte es el pilar de la vigencia y eficacia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. (CIDH, 2015, párr.7)

Colombia ha sido uno de los países que más ha sido sancionado por el Alto Tribunal Internacional, pues de los 26 Estados Parte que han reconocido su competencia ocupa el tercer lugar con el mayor número de sentencias condenatorias, con 33 de las 515 proferidas por la CIDH en los 44 años que lleva de funcionamiento como juez interamericano de derechos humanos.

Las 33 sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia obedecen a 33 casos contenciosos en los cuales el Estado se ha visto involucrado por la violación o puesta en peligro de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana.

NO.	CASO	SENTENCIA
1	Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia	Sentencia de 18 de octubre de 2023
2	Guzmán Medina y otros Vs. Colombia	Sentencia de 23 de agosto de 2023
3	Tabares Toro y otros Vs. Colombia	Sentencia de 23 de mayo de 2023
4	Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia	Sentencia de 27 de julio de 2022
5	Movilla Galarcio y otros Vs. Colombia	Sentencia de 22 de junio de 2022
6	Bedoya Lima y otra Vs. Colombia	Sentencia de 26 de agosto de 2021
7	Martínez Esquivia Vs. Colombia	Sentencia de 6 de octubre de 2020
8	Petro Urrego Vs. Colombia	Sentencia de 8 de julio de 2020
9	Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia	Sentencia de 21 de noviembre de 2018
10	Villamizar Durán y otros Vs. Colombia	Sentencia de 20 de noviembre de 2018
11	Isaza Uribe y otros Vs. Colombia	Sentencia de 20 de noviembre de 2018
12	Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia	Sentencia de 13 de marzo de 2018
13	Vereda La Esperanza Vs. Colombia	Sentencia de 31 de agosto de 2017
14	Yarce y otras Vs. Colombia	Sentencia de 22 de noviembre de 2016
15	Duque Vs. Colombia	Sentencia de 26 de febrero de 2016
16	Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia	Sentencia de 14 de noviembre de 2014
17	Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia	Sentencia de 20 de noviembre de 2013
18	Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia	Sentencia de 30 de noviembre de 2012
19	Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia	Sentencia de 3 de septiembre de 2012
20	Cepeda Vargas Vs. Colombia	Sentencia de 26 de mayo de 2010
21	Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia	Sentencia de 27 de noviembre de 2008
22	de la Masacre de La Rochela Vs. Colombi	Sentencia de 28 de enero de 2008
23	Escué Zapata Vs. Colombia	Sentencia de 4 de julio de 2007
24	Masacre de La Rochela Vs. Colombia	Sentencia de 11 de mayo de 2007
25	Masacres de Ituango Vs. Colombia	. Sentencia de 1 de julio de 2006
26	Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia	Sentencia de 31 de enero de 2006
27	"Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia	Sentencia de 7 de marzo de 2005
28	Gutiérrez Soler Vs. Colombia	Sentencia de 12 de septiembre de 2005
29	Comerciantes Vs. Colombia	Sentencia de 5 de julio de 2004
30	Caso Las Palmeras Vs. Colombia	Sentencia de 26 noviembre de 2002
31	19 comerciantes Vs. Colombia	Sentencia de 12 de junio de 2002
32	Las Palmeras Vs. Colombia	Sentencia de 4 de febrero de 2000
33	Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia	Sentencia de 29 de enero de 1997

**Tabla 2**

Casos contenciosos en los que el estado colombiano se ha visto involucrado  
(Construcción propia, fuente [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr))

Sin embargo, la violación a los derechos humanos en Colombia, lógico es inferirlo, como consecuencia de la existencia del conflicto armado interno que por más de 60 años azotó el territorio colombiano; no obstante, solo con el proceso de desmovilización suscrito por el presidente Santos y la guerrilla, se aceptó con este actor cuantificar las violaciones a personas de orientación sexual diferente, lo que implica que la incivización de ellos como víctimas, agravó mucho más la situación. Esta situación, que no fue desconocida por la CIDH, permite observar su papel protector en algunos casos concretos.

En el cuadro siguiente se describe los casos más relevantes de la violencia contra la orientación sexual en continente americano.

NO.	ESTUDIO DE LA CIDH	CASOS
1	ORIENTACIÓN SEXUAL COMO "OTRA CONDICIÓN SOCIAL"	Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia De 24 De Febrero De 2012 Norín Catrimán y Otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) Vs. Chile. sentencia de 29 de mayo de 2014
2	IDENTIDAD DE GÉNERO COMO "OTRA CONDICIÓN SOCIAL"	Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos). opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 Duque Vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016
3	CATEGORÍA DE GÉNERO COMO "OTRA CONDICIÓN SOCIAL"	Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos). opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

4	AUTOPERCEPCIÓN Y RECONOCIMIENTO SOCIAL	Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012
5	PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO	Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos). opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017. I.V. Vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016 Duque Vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016 Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016 Ramírez Escobar y Otros Vs. Guatemala. Sentencia de 9 de marzo de 2018 Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Vicky Hernández y Otras Vs. Honduras. Sentencia de 26 de marzo de 2021
6	DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA	Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos). opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Sentencia de 1 de septiembre de 2015 I.V. Vs. Bolivia. sentencia de 30 de noviembre de 2016 Fernández ortega y Otros Vs. México. sentencia de 30 de agosto de 2010. Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006



6	VIDA	Vicky Hernández y Otras Vs. Honduras. Sentencia de 26 de marzo de 2021
7	INTEGRIDAD PERSONAL	Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020.
		Vicky Hernández y Otras Vs. Honduras. Sentencia de 26 de marzo de 2021
8	LIBERTAD PERSONAL	Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020.
9	ACCESO A LA JUSTICIA	Duque Vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016
		Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016
		Azul Rojas Marín y Otra Vs. Perú. Sentencia de 12 de marzo de 2020.
10	MATRIMONIO: LA PROTECCIÓN CONVENCIONAL DEL VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO	Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos). opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
11	IGUALDAD ANTE LA LEY	Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012
		Duque Vs. Colombia. Sentencia de 26 de febrero de 2016
12	PERSONAS TRANS: IDENTIDAD DE GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS	Vicky Hernández y Otras Vs. Honduras. Sentencia de 26 de marzo de 2021

**Tabla 3**

Casos en los que la CIDH se pronuncia sobre los derechos sexuales diversos  
(Construcción propia, fuente [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr))

Para el caso colombiano, la CIDH se pronunció expresamente en la sentencia del caso Duque Vs Colombia, en el cual se le imputa responsabilidad internacional por la violación a los derechos a la no discriminación y la igualdad ante la ley, por negar, el derecho a la pensión de sobreviviente en el caso del señor Duque, donde el Estado Colombiano argumentó que la ley establece el derecho a la supervivencia en los casos de uniones heterosexuales únicamente.

Este caso permitió que el ordenamiento interno se armonizara con el fallo condenatorio internacional y en cumplimiento de este se procediera a garantizar el efectivo reconocimiento a

la legalidad de las uniones entre parejas del mismo sexo, aunque, es de aclarar, que este se dio por vía jurisprudencial y no legislativo, demostrándose que es el juez el encargado de darle vida al derecho y hacerlo efectivo al reconocer la autodeterminación de las personas de conformar una familia.

Esta apertura al reconocimiento efectivo ha generado que las diferentes instituciones del Estado se comprometan a garantizar la efectividad del derecho, ejemplo de ello es la sanción impuesta por la Presidencia del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar a un juez en Cartagena, inhabilitándolo por 15 años para ejercer la función pública, por haberse negado a celebrar el matrimonio civil entre dos mujeres. (Ámbitojurídico.com, 2024)

### **3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

#### **3.1 Control de Convencionalidad: Mirada Interna**

Es importante resaltar que en la doctrina existente sobre el concepto Control de Convencionalidad difieren entre sí, para algunos el acatamiento de un pacto internacional es solo un cumplimiento que los Estados deben realizar por haberlo ratificado para otros, el cumplimiento de la convención va mucho más allá de un simple acatamiento, sino que impone a los gobiernos locales adecuar su normatividad interna en armonía con la convención.

Estas dos hipótesis parte de la siguiente premisa falaz, por plantearse en términos dicotómicos y por tanto excluyentes y no de integración. Dicho en otras palabras, el falso dilema consiste en hacer equivalentes la racionalidad positiva del derecho y la justicia que subyace en la defensa de los derechos humanos.

En efecto para buscar equivalencias es necesario, que lo comparable sea susceptible de cuantificarse materialmente o moralmente, pero las circunstancias deben tener una base común; lo que se observa en este caso, es que los extremos sobre los que se pretende realizar las

equivalencias, no son susceptibles de tal ejercicio, por existir en el mundo fenomenológico distinto: la razón racional que orienta la ley, en este caso la Constitución Política como norma superior y su supremacía constitucional, que no admite norma alguna por encima de ella y, de otra parte la justicia material como paradigma de la dignidad humana, realidad sustentada en el sentido moral más fuerte del carácter prescriptivo de la dignidad humana.

Dicho en otras palabras, el falso dilema consiste en pretender hacer compatibles dos realidades diferentes en el mundo de los sentidos humanos: racionalidad pura frente al humanismo del más alto contenido de la experiencia humana; esto significa plantear inadecuadamente la tensión entre el normativismo positivo fuerte y el carácter humanista del ser humano en su manifestación de lo justo.

El autor de este texto, en adelante defenderá la posición del humanismo de lo justo que significa defender los derechos humanos relacionados o integrados a un ser biológico que valora sus decisiones contenidas en el plan de vida con una orientación sexual diferente a la mayoritaria.

### **3.2 El Control de Convencionalidad: Mirada Externa**

El humanismo de lo justo implica la valoración contextual para integrar las diferencias como alternativa de vida. Por ello considera el autor que el control de convencionalidad es una institución de creación judicial no legislativa que engrandece lo humano del ser y por tanto, todas las autoridades públicas colombianas deben estar moralmente comprometidas con su implementación y defensa.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana es un ejemplo de la defensa de los derechos humanos y en diferentes pronunciamientos respecto al control de convencionalidad ha pretendido construir un corpus histórico y evolutivo. En efecto, inicialmente indicaremos que la

terminología “Convencionalidad” se escuchó por primera vez en el año 2004<sup>16</sup> cuando la corte analizó el caso Tibi Vs. Ecuador, igualmente en el caso Yatama Vs. Nicaragua en el año 2005<sup>17</sup>; sin embargo, hasta la fecha se hacía referencia a “convencionalidad” al proceso de análisis que debían hacer los jueces a la hora de emitir un fallo de un caso donde se estudiara la conducta del Estado frente a una vulneración de derechos humanos.

Sin embargo, el concepto “Control de Convencionalidad” fue utilizado por primera vez en el año 2006<sup>18</sup>, cuando el Juez Sergio Ramírez integrante de la Corte, dio su voto razonado en la sentencia del caso Almonacid Arellano Vs. Chile, en ese entonces la Corte lo define como:

(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican

---

<sup>16</sup> (...) La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. (...) párrafo 3

<sup>17</sup> (...) la idea de que la orientación jurisprudencial razonablemente formada, ponderada reiterada --hasta constituir una “jurisprudencia constante”--, puede proyectarse sobre situaciones en las que aparecen las mismas condiciones de hecho y de derecho que han determinado aquélla, es perfectamente consecuente con el quehacer de un tribunal internacional de “convencionalidad”, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada a aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos multilaterales que le confieren competencia material. (...) párrafo 3, página 1.

<sup>18</sup> (...) Sentencia de Excepciones Preliminares, de Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de septiembre de 2006. Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención --es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad” -- debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso. (...) párrafo 30.

en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (...) (párr. 123 a 125)

Durante la resolución del Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador en el año 2014, la Corte reiteró la obligación que tienen los Estados Parte y todas las autoridades que los integran de ejercer un debido control de convencionalidad, la Corte advirtió a todas las autoridades que, en la aplicación de una Ley de amnistía, esta no sería un impedimento para adelantar investigaciones y aplicar posibles sanciones a los responsables de los hechos violatorios de derechos humanos, durante el tiempo en que el Estado Parte tuvo acaecía el conflicto armado interno.

Enfatizó que esa labor investigativa y sancionatoria no era exclusiva de la función judicial, sino que vincula a todos los poderes y órganos estatales, los cuales están en la obligación de ejercer un debido control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana; cabe destacar que este mandato ya había sido puntualizado por el máximo Tribunal Internacional, en casos como Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala en sentencia del 20 noviembre de 2012.

La Corte ha indicado que cuando un Estado signatario de pactos internacionales tendiente a proteger los derechos humanos como lo hace la Convención, obligan a todos los órganos estatales, incluido el poder judicial, a garantizar que los efectos de las normas contenidas en los tratados no se vean reducidas por la aplicación de normas locales o por interpretaciones contrarias a su naturaleza; para lo cual deberán ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, entre las normas internas y los tratados de derechos humanos, teniendo además claras las interpretaciones que de este ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo indico el 04 de septiembre de 2012, en el caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala.

En el estudio del caso Radilla Pacheco Vs. México el 23 de noviembre de 2009, la Corte indicó que todas las interpretaciones judiciales y administrativas, al igual que las garantías judiciales se deben aplicar adecuándose a los principios que han sido establecidos en su jurisprudencia.

Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. (...) (2009, pág. 92, párr. 338)

Esta apreciación fue objeto de varios pronunciamientos de la Corte, reafirmando que para el cabal ejercicio del control de convencionalidad se debe tener en cuenta siempre su jurisprudencia; así lo recordó en los casos, Fernández Ortega y otros. Vs. México en sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235; en el Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México sentencia de 31 de agosto de 2010; y en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile en sentencia del 24 de febrero de 2012.

La CIDH ha sido enfática en que los Estados Parte deben hacer el control de manera *ex officio*; y esta obligación la dejó clara en las sentencias de los casos Aguado Alfaro y otros Vs. Perú el 24 de noviembre de 2006; Heliodoro Portugal Vs. Panamá el 12 de agosto de 2008; Radilla Pacheco Vs. México el 23 de noviembre de 2009; Fernández Ortega y otros Vs. México el 30 de agosto de 2010; Rosendo Cantú y otra Vs. México el 31 de agosto de 2010, párr.2199 y Liakat Ali Alibux Vs. Surinam el 30 de enero de 2014.

Cuando un Estado ratifica la Convención Americana, sus órganos judiciales también están sometidos a ella, quienes son los encargados de garantizar que “el efecto útil de la Convención

no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin” (2006, pág. 47, párr. 128), esto es lo que considera la Corte como control de convencionalidad *ex officio*.

Como bien lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana, al ratificar la convención, los Estados Parte se comprometen a hacer adecuaciones legislativas, tendientes a que la norma interna esté armonizada con la internacional e incluso con la jurisprudencia emanada de la misma corte a fin de que se garantice siempre el cumplimiento de lo pactado. (Mendoza y otros Vs. Argentina, 2013, pág. 76-77, párr. 221)

### **3.3 Normativismo fuerte y excluyente -vs- humanismo justo incluyente de defensa de los Derechos Humanos**

El concepto control de convencionalidad ha implicado que surjan diferentes posturas entre los doctrinantes, por cuanto algunos consideran que el control es de carácter obligatorio, como lo indica la corte, otros consideran que el control es meramente facultativo y no impone una obligación internacional por parte de los Estados, supeditando su cumplimiento cuando esté acorde a la normatividad de cada Estado.

Para el tratadista Alexei Julio Estrada (2015), el control de convencionalidad debe ser realizado por todas las autoridades estatales, al igual que Corte Interamericana, considera que la aplicación del Control de Convencionalidad es de carácter obligatorio para todos los Estados signatarios de la convención, enfatizando que esta obligatoriedad no es única del poder judicial, sino de todas las autoridades estatales. (2015, pág. 53-54)

Entre tanto, la Corte Constitucional de Colombia, sostiene que el control de convencionalidad debe ser ejercido por el juez constitucional, por cuanto que las normas internacionales reconocidas por el Estado e incluidas en su bloque de constitucionalidad, deben ser entendidas

como equivalentes, lo que significa que la norma nacional y la internacional estaría en igual jerarquía, por mandato del artículo 93 de la Constitución Política.

(...) en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. (...) (Sentencia C-442, 2011, pág. 56)

Otro punto de vista es el presentado por el catedrático Karlos Castilla Juárez (2013) en su publicación “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de Tratados”; para él, la crítica principal es para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aún no ha realizado una definición clara y concreta sobre el concepto “control de convencionalidad” y mucho menos especificado cómo se debe implementar, por lo cual su aplicación supone un imposible para las autoridades encargadas de hacerlo (pág.30).

Indica que el estudio debe estar basado en cada caso concretamente y sobre este, se realizará el análisis sobre cuál será el posicionamiento que tendrá la convención y la norma nativa para indicar cuáles serán los pasos que se deben realizar para aplicar el control de convencionalidad. “(...) En concreto, es cada Estado quien decide qué deben hacer sus tribunales cuando se enfrentan en un caso concreto a una ley nacional que parece contravenir el Convenio (...)” (2013, pág. 31)

Castilla considera indispensable que la Corte defina claramente qué es el control de convencionalidad, a fin de que, así como exige el cumplimiento de la convención, también se exija a sí misma en dar parámetros claros sobre el concepto y forma de aplicarlo, y no le transfiera ese desafío a los jueces y autoridades nacionales. (2013, pág. 44)



Todo lo anterior indica que el control de convencionalidad es su aplicación, genera unas tensiones internas en las autoridades encargadas de aplicarlo, por cuanto no existe una definición clara sobre cómo debe ser su implementación, conllevando a que el ejercicio del control sea relativamente superficial y no de fondo como lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS EN COLOMBIA**

La adaptación del marco jurídico internacional de protección a los derechos humanos al cuerpo normativo nacional de los Estados signatarios de la Convención, dan garantías a la protección efectiva a los derechos humanos, lo cual se realiza, en primer lugar, mediante un control concentrado, que se ejerce directamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al aplicar la Convención; y en segundo lugar, por medio de un control difuso, que se realiza con la aplicación del precedente jurisprudencial de la CIDH. (Suárez, 2015, p. 35).

Lo anterior, asegura el goce efectivo de los derechos de las personas, lo cual es uno de los principales fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho. Para ello, los Estados deben de cumplir con tres tipos de obligaciones: (i) Respeto de los derechos humanos, (ii) La obligación de protección y (iii) La obligación de garantía.

Respecto a la primera obligación, la Corte Constitucional ha dicho que está obedece a un principio negativo que implica el compromiso de la abstención por parte del Estado de adoptar cualquier tipo de medidas que puedan desencadenar en acciones discriminatorias que conlleve a impedir o limitar el goce efectivo de los derechos humanos. La segunda obligación, está relacionada las medidas adoptadas por el Estado tendientes a impedir la interferencia al ejercicio de los derechos de las personas; la última obligación, contraria a la primera, obedece un principio

positivo que implica la organización de toda la estructura estatal, con el fin de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos. (Sentencia C-579, 2013, p. 10)

La obligación de garantía, resulta ser la principal obligación que tiene el Estado para hacer efectivos los derechos humanos de las personas, pues de ella se desprenden obligaciones tales como la prevención de vulneración de derechos humanos; la creación de mecanismos de protección eficaces cuando se vean amenazados los derechos humanos; la reparación y la verdad de los hechos que conllevaron a la vulneración; el juzgamiento y sanción por las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario (Corte Constitucional, Sentencia C-579, 2013, p. 236), todas estas obligaciones permiten a los Estados realizar un verdadero control de convencionalidad que finalmente se constituye como la última garantía que tienen las personas para la eficacia de la protección de sus derechos humanos.

Como se ha demostrado, el Control de Convencionalidad es el mecanismo de protección que permite hacer efectivos los derechos humanos, por medio del control concentrado que hace la CIDH a la hora de interpretar la Convención en un caso vulnerador de derechos humanos y del control difuso que hace el Estado Parte, en el caso de Colombia, se hace mediante las acciones de tutela en el momento en que el Juez hace el estudio entre la violación cometida y su derechos directamente afectado y los tratados internacionales ratificados por el Estado, esto, le permitirá determinar la existencia de algún incumplimiento al ordenamiento internacional. (Ruiz, 2018, p. 18)

## **5. CONCLUSIÓN PRELIMINAR: RECREANDO EL CASO**

En un caso hipotético, como el del señor Ángel Alberto Duque, descrito en el primer capítulo de este trabajo, en el que se presente una vulneración directa a los derechos humanos por desconocimiento de los derechos diferenciados, como lo es la diversidad sexual de una persona por parte de Estado, donde el individuo no pueda encontrar una eficaz protección a sus derechos

en vista del positivismo normativo que nubla el actuar de las autoridades públicas, es al juez de tutela, indistintamente de ser singular o colegiado, a quien le asiste el deber de hacer vivo el derecho a ojos de la normatividad internacional y nativa, pues solo él puede hacer un verdadero estudio sociológico del caso, que le permita partir de la realidad y apartarse del derecho lineal, pues entiende que en dicha realidad intervienen diversos factores extrajurídicos que se relacionan de manera directa con la situación analizada.

Por ello, que sea el Control de Convencionalidad el mecanismo idóneo para que el juez de vida a ese Estado pluricultural que reconoce la diversidad de sus habitantes, pero que aspectos políticos y culturales, limitan su eficacia. Solo al armonizar la normatividad internacional con la nacional, podrá sustentar su decisión y a su vez hacer eficaz el derecho.

## CONCLUSIONES

Este trabajo permito llegar a las siguientes conclusiones:

1.- El estado colombiano debe reconocer efectivamente su riqueza pluricultural no solo normativamente, sino en los escenarios donde se vean menoscabados los derechos de las personas por tener una preferencia sexual diferente como es el caso de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI. Solo así podrá dar garantías efectivas en la materialización su protección, esto hace que se humanice el derecho y se reivindiquen los derechos humanos de aquellos que no le fueren protegidos.

2.- Colombia ha logrado avances significativos en el reconocimiento y la protección de los derechos de la comunidad LGBT+, pero aún persisten desafíos importantes en la plena garantía de estos derechos. Si bien la Corte Constitucional ha emitido decisiones valientes y progresistas en favor de la igualdad y la no discriminación, es necesario un esfuerzo continuo para asegurar su implementación efectiva a nivel nacional.

3.- La libre escogencia de la pareja con la que se desee desarrollar el plan de vida no debe ser una limitación del derecho, pues no es una cuestión de legalidad sino de realidad, el desconocimiento de la libertad de autodeterminación de las personas conlleva a que se creen escenarios de discriminación y vulneración de la dignidad humana, pues no se trata de validar la intimidad de lo que socialmente se ha reconocido como legal, sino de la realidad social diferencial en la que todas las personas son diferentes entre sí, y su intimidad solo compete a quienes estén directamente relacionados.

4.- El papel del juez es fundamental en la aplicación y desarrollo del derecho, sin embargo, su enfoque debe estar orientado más a lo sociológico que en lo jurídico en la interpretación y aplicación de las leyes; pues solamente mediante un análisis profundo de los casos, que tenga en cuenta tanto los aspectos legales como los contextuales y sociales, se puede garantizar una

protección efectiva de los derechos humanos, incluidos los derechos de la diversidad sexual. De esta manera se podría hablar de una eficacia del derecho, pues no se estudia la validez o legalidad de la norma, sino su eficacia a la hora de proteger derechos diferenciados, como lo es la autodeterminación de escoger la opción sexual que mejor les parezca a las personas para desarrollar su proyecto de vida en pareja.

5.- Es menester reconocer la importancia del control de convencionalidad como una herramienta fundamental para evaluar la coherencia y efectividad de las medidas adoptadas en el ámbito nacional con los estándares internacionales de derechos humanos. Pero este reconocimiento no se puede quedar solo en los cuerpos normativos internos, sino que deben ser implementados por todas las autoridades públicas con lo cual la vulneración a los derechos humanos se vería diezmada pues existiría un efectivo control de convencionalidad por parte del Estado, lo que significaría menos condenas internacionales en contra por violaciones a los derechos humanos.

6.- Es necesario que el Estado colombiano tenga una verdadera compatibilidad de las decisiones judiciales internas con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales, esto constituiría un paso crucial hacia la consolidación de un sistema de justicia más inclusivo y respetuoso de la diversidad sexual, pues son muchos los desafíos y oportunidades que enfrenta Colombia para consolidar una sociedad más inclusiva y respetuosa de la diversidad sexual. Por ello, que el compromiso sea continuo con los principios de igualdad, no discriminación y justicia social.

## REFERENCIAS

Ámbito Jurídico, (2024). Inhabilitan a juez que se negó a aplicar precedente constitucional y no casó a dos mujeres.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/inhabilitan-juez-que-se-nego-aplicar-precedente-constitucional-y-no>

Arrubia, E. J. (2016). ¿Iguales o diferentes?: Los derechos de las personas LGBTI en discusión. Revista de la Facultad de Derecho, <https://doi.org/10.22187/rfd201622>

Bonilla, D. (2010). Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. Anuario De Derechos Humanos, (6),

200.<https://doi.org/10.5354/adh.v0i6.11492>

Burt, R. Regulando la sexualidad: Libertad frente a Igualdad. SELA, 2009, p.

2, disponible en <http://www.law.yale.edu/intellecualife/sela2009.htm>

Calle Correa María. V. (2013), salvo de voto; Sentencia SU-712 del 17 de octubre de 2013

Castilla Juárez, Karlos A. (2013). ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. Anuario mexicano de derecho internacional. Recuperado en 18 de abril de 2024, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542013000100002&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542013000100002&lng=es&tlng=es).

Colombia Diversa ORG; Jurisprudencia, 09 de mayo de 2016, <http://www.colombia-diversa.org/p/sentencias.html>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe No.5/14 Caso 12.841, Fondo, Ángel Alberto Duque, Colombia, 02 de abril de 2014.

Consejo Superior de la Judicatura; Sala Jurisdiccional Disciplinaria; Impugnación contra fallo de tutela; Accionante: Antonio José Patiño Ascencio y otros; Accionada: Procuraduría General de la Nación; Radicación N° 110011102000201308120 01; Aprobada según Acta de Sala N° 16 de la misma fecha; 06 de marzo de 2014.

Constitución Política de Colombia 1991.

Corzo Sosa, E. (2015) El Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Corte Constitucional de Colombia; Sentencia T-594 de 1993.

----- Sentencia C- 098 del 07 de marzo de 1996.

----- Sentencia C-507 de 1999.

----- Sentencia T-268 del 07 de marzo de 2000.

----- Sentencia T-499 de 2003.

----- Sentencia C-075 del 07 de febrero de 2007.

----- Sentencia C- 521 del 11 de julio de 2007.

----- Sentencia C-811 del 03 de octubre de 2007.

----- Sentencia T-1241 del 11 de diciembre de 2008.

----- Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008.

----- Sentencia C-029 de 2009.

----- Sentencia T-911 del 07 de diciembre de 2009.

----- Sentencia T- 051, del 02 de febrero de 2010.

----- Sentencia C-442 del 25 de mayo de 2011.

----- Sentencia C-577 del 26 de julio de 2011.

----- Sentencia T- 762 del 07 de octubre de 2011.

----- Sentencia T- 918 del 8 de noviembre de 2012.

----- Sentencia T-876 del 29 de octubre de 2012.

----- Sentencia T-562 del 23 de agosto de 2013.

----- Sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013.

----- Sentencia T-476 del 9 de julio de 2014.

----- Sentencia C-683 del 04 de noviembre de 2015.

----- Sentencia SU-214 del 28 de abril de 2016.

----- Sentencia C-520 del 21 de septiembre de 2016.

----- Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016.

----- Sentencia T-143 del 23 de abril de 2018.

----- Sentencia SU-440 del 09 de diciembre de 2021.

----- Sentencia T-033 del 4 de febrero de 2022.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel Vs Argentina del 02 de mayo de 2008

----- Caso Gomes Lund y otros (Gurerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 129.

----- Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

----- Caso Cabrera García y Montiel Flórez vs México, Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

----- Caso López Álvarez vs. Honduras. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006.

----- Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011.

----- Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

----- Caso trabajadores cesados del congreso Aguado Alfaro y otros vs Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

----- Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparación y costas. Sentencia del 23 de junio de 2005.

----- Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina, resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del 1 de septiembre de 2015.

----- (2021), Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: Derechos humanos de las personas LGBTI / Corte Interamericana de Derechos Humanos. -- San José, C.R.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE; Nota estadística para la

Visibilidad de la Diversidad Sexual y de Género en Colombia; 2023: [www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/2023-May-NotaEstadistica-RegistroVoluntarioLGBTI.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/2023-May-NotaEstadistica-RegistroVoluntarioLGBTI.pdf)

Estrada Alexei J. (2015) Comentario al artículo "Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional", de Karlos A. Castilla Juárez. Revista Derecho del Estado n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, DOI: 10.18601/01229893.n34.02





- ROBLES, G. (1997) Sociología del Derecho, Civitas, Madrid.
- Rossi L. (2010) Del monismo al pluralismo. El «modelo hobbesiano» y el Estado en la filosofía política de Norberto Bobbio. Deus Mortalis, nº 9.
- Ruiz Sánchez M. (2018) El Control de Convencionalidad: Aplicación en Colombia con la creación de la Jurisdicción Especial Para la Paz. Universidad Católica de Colombia. de <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>
- Steiner C. y Uribe P. (editores); Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Comentarios, Bogotá, diciembre 01 de 2014, editorial Temis obras jurídicas. Deberes de los Estados y Derechos Protegidos.
- Suárez, I. (2015). Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano. Editorial Ibáñez
- Zapata-Barrero, R. (2001) Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social. Anthropos, Barcelona.