RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD SEXUAL EN COLOMBIA. EL CASO DE LA COMUNIDAD LGTBI

Ricardo Zuluaga Gil

(Abogado, especialista en Derecho Administrativo (UPB-Medellín), en Derecho Constitucional y Ciencia Política (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid-España), Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca-España). Fue Decano de la Facultad de Derecho de la U. de San Buenaventura - Cali y Director del Departamento de Ciencia Jurídica de la U. Javeriana - Cali. Profesor de pregrado y posgrados en más de veinte universidades del país. Actualmente docente de la Universidad de Antioquia en la ciudad de Medellín - Colombia.)

1. INTRODUCCIÓN

La lucha por el pleno reconocimiento de los derechos de las personas lesbianas, gay, trans, bisexuales e intersexuales (LGTBI) se ha dado en Colombia con relativa celeridad, especialmente desde la expedición de la Constitución de 1991, entre otras razones, gracias a que ese texto consagró en su artículo 16 una disposición absolutamente revolucionaria en el ordenamiento jurídico colombiano y que fue aquella que reconoció por primera vez en nuestro país el llamado derecho al libre desarrollo de la personalidad. El siguiente es el texto de dicho enunciado normativo: *Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.*

El anterior texto, a pesar de ser breve y sucinto, ha adquirido una enorme fuerza jurídica y social en este país gracias a una vigorosa y abundante jurisprudencia emitida desde hace casi 30 años por la Corte Constitucional, lo cual ha permitido poner a Colombia a la delantera en materia de reconocimiento de derechos muy vanguardistas; mismos que en otras legislaciones siguen siendo altamente sensibles y problemáticos. Me refiero, entre otras cuestiones, el aborto, la eutanasia, el consumo de estupefacientes y la libre opción sexual.[382]

En lo que tiene que ver con el reconocimiento del derecho a la libre determinación sexual, desde hace dos décadas se ha venido produciendo un proceso creciente e irreversible de afirmación de derechos en favor de comunidad LGTBI, un colectivo que ha sido históricamente tan discriminada en el mundo y que fue una realidad de la que Colombia no estuvo al margen. Este desigual trato todavía sigue siendo tan patente, que todavía hay 78 países es ilegal ser gay o lesbiana y la elección de esa orientación puede ser incluso letal, en la medida que la homosexualidad sigue siendo condenada y el castigo que se puede imponer a la misma puede ir desde una

[382] Sobre los alcances que en su momento tuvo esta nueva concepción, Cf. GIL, Ricardo Zuluaga. De la autonomía personal como libertad en la Constitución de 1991. *Revista Colombiana de Derecho Constitucional*, Medellín, Nº 8, 2000.

sentencia de prisión o la tortura, hasta la aplicación de la pena de muerte.[383] Tenemos pues que en África son 34 los estados que criminalizan actos sexuales entre personas del mismo sexo y en Asia son 26 las legislaciones que consideran los actos homosexuales como ilegales; mientras que en América son solamente once los regímenes que todavía penalizan esta conducta.

En este contexto, no sobra advertir que la mayoría de reglamentaciones que se han formulado para prohibir y sancionar las prácticas sexuales diversas o propias de las personas LGTBI, generalmente se han emitido amparadas en la "supuesta" protección de la moralidad pública, sobre todo la concerniente a la familia y a los niños.

Pero este panorama está cambiando desde hace algunos años, gracias a que un buen número de países viene adoptando medidas legales para garantizar el derecho el ejercicio de la libre opción sexual. Así pues, en la actualidad 62 estados prohíben la discriminación laboral fundada en la orientación sexual de la persona y en 31 países está prohibida e incluso penalizada la incitación al odio en razón de la orientación sexual de una persona. Y en lo que tiene que ver con el matrimonio entre personas del mismo sexo, a la fecha son 24 las legislaciones en las que esta práctica está garantizada en el ordenamiento jurídico. Los que todavía son menos son los estados que permiten la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, pues se trata de una precaria lista que está conformada únicamente por diecisiete países, uno de los cuales es africano: Sudáfrica;[384] otro es asiático: Israel; once son europeos; cuatro son latinoamericanos (uno de los cuales es Colombia); y dos son de Oceanía: Australia y Nueva Zelanda.

Del anterior panorama queda claro que todavía existe un espacio amplio de trabajo en pro de la protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI. Y si bien los países que están más avanzados en esta lucha se encuentran en Europa, resulta destacable el caso de países históricamente "periféricos" como Sudáfrica, que ofrece varias garantías a personas con orientación sexual diversa. E igualmente hay que decir que Colombia es un país que va por buen camino, pese a lo cual, todavía es necesario seguir trabajando para tener un pleno reconocimiento de la plenitud de los derechos de este colectivo, especialmente porque más allá de las adecuaciones y actualizaciones normativas, queda el enorme desafío de erradicar los prejuicios sociales y culturales que todavía persisten entre buena parte de la población.[385]

2. LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

---

[383] De acuerdo con la ONG ILGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex), once Estados miembros de la ONU imponen la pena de muerte a actos sexuales consensuales del mismo sexo, con siete en Asia (Afganistán, Arabia Saudita, Emiratos Árabes Unidos, Irán, Pakistán, Qatar y Yemen) y cuatro en África (Mauritania, Nigeria, Sudán y Somalia). Cf. MENDOS, Lucas Ramón. *State-sponsored homophobia*. 13° ed. Geneva: ILGA, 2019.

[384] ILYAYAMBWA, Mwanawina. Homosexual Rights and the Law: A South African Constitutional Metamorphosis. *International Journal of Humanities and Social Science*, Vol. 2, No. 4, febrero de 2012.

[385] BARRERA, Esther Lucia Sánchez. El movimiento LGBT (I) en Colombia: la voz de la diversidad de género. Logros, retos y desafíos. *Reflexión Política* – UNAB, Bucaramanga, Nº38, 2017.

Una vez producida la independencia del imperio español, la mayoría de las nuevas repúblicas americanas redactaron sus códigos penales teniendo como referencia el Código penal napoleónico de 1810, el cual había suprimido el delito de sodomía, una conducta que fue duramente castigada en las antiguas leyes españolas coloniales, que de esta forma seguían una tradición que se había impuesto a partir de la labor legislativa llevada a cabo por Alfonso X el Sabio de Castilla, como queda patente en el Fuero Real y en las Partidas, ordenamientos a partir de las cuales no se toleró a quienes incurrieran en conductas sexuales desviadas y en consecuencia sufrirían una dura sanción: la pena de muerte.[386]

"[…] estos actos sexuales eran denominados con el término "sodomía" y la escolástica tomista los incluyó dentro de los pecados de lujuria cuyo objetivo era la obtención de placer, con independencia de los naturales –y deseables– fines procreadores. A partir de esta definición, se construyó un ranking de pecados según su nivel de transgresión: en la escala más baja se situaba la fornicación simple, seguida por el estupro, el adulterio, el incesto y el sacrilegio. Por último, en la cúspide de la lujuria, se encontraba el "pecado contra natura" o, más eufemísticamente, el llamado "pecado nefando". Dado su grado de transgresión, esta denominación permitía mantener bajo un halo de cripticismo una serie de actos sexuales considerados aberrantes por negar la procreación de manera decidida. La sodomía formaba parte de este tipo de pecado […]"[387].

Pero la naciente codificación penal colombiana se distanció de ese orden basado en el dominio de la moral cristiana para asumir uno fundado tanto en la filosofía liberal como en la ley social y buscando que velara por los bienes jurídicos individuales y colectivos. Esto explica que en el primer código penal colombiano, expedido en 1837 e inspirado en el napoleónico de 1810, no se considerara como delito la sodomía.[388] Sólo fue con el segundo Código Penal, el de 1890, promulgado en el marco de un proyecto político y social altamente conservador que se había instaurado en 1886 con una Constitución muy regresiva, que se penalizó por primera vez la realización de actos homosexuales en Colombia, cuando estos se cometieran a título de abuso.[389] La criminalización de esta conducta se mantuvo en el siguiente código penal, el de 1936, en el que se consideraba como abuso deshonesto toda actuación en la que mediara violencia: "*En la misma sanción incurren los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad*" disponía esa codificación, misma cuyo marco regulatorio fue ampliada con el Decreto 522 de 1971, dispositivo que no solo criminalizaba la realización del acto homosexual, sino que penalizando la conducta de toda persona que pudieran propiciar su consumación castigando a quien destinara cualquier lugar para que se cometieran actos homosexuales.

---

[386] BAZÁN, Iñaki. La construcción del discurso homofóbico en la Europa cristiana medieval. *España Medieval*, Madrid, Vol. 30, 2007.

[387] MOLINA, Fernanda. Los Sodomitas Virreinales: entre Sujetos Jurídicos y Especie. *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla (España), 67, 1, enero-junio 2010, p.23-52.

[388] ALVARADO, Javier Fernando Fonseca. *La institucionalización de la ilustración penal en Colombia*. De la Independencia al primer código de derecho penal 1810-1837. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2012.

[389] BUSTAMANTE, Walter Alonso Tejada. El delito de acceso carnal homosexual en Colombia. Entre la homofobia de la medicina psiquiátrica y el orden patriarcal legal. *Co-herencia*, Medellín, Vol. 5 No.9, 2008.

Establecer el delito de sodomía (no tipificado así en el Código) se consideraba, como se dijo atrás, una censura social legítima, motivada por la protección de la moral pública que era el bien jurídico que se pretendía tutelar. Se buscaba de esta manera el castigo de aquellas personas que se suponían esencialmente anormales o "invertidas", como era la denominación social recurrente en esos años. Eso explica que se contemplara como pena alternativa al centro carcelario, la de reclusión del homosexual en establecimientos de salud mental, especialmente porque se pensaba que ellos eran un riesgo para la sexualidad de los otros reclusos.[390]

Finalmente, con la expedición del código penal de 1980 la consumación de actos homoeróticos voluntarios se convirtió en una conducta despenalizada y de esa forma la homosexualidad dejó de ser un comportamiento proscrito por la legislación penal. Sin embargo, socialmente ella siguió siendo objeto de fuerte rechazo y todavía era considerada como una enfermedad por la psiquiatría, como un pecado por la Iglesia católica y, por consiguiente, era tenida como una conducta aberrante y censurable por la mayor parte de la sociedad. Adicionalmente, en el ordenamiento jurídico subsistieron algunas restricciones para los homosexuales. Así, por ejemplo, el Decreto Ley 2277 de 1979 sancionaba la orientación homosexual de los docentes y lo señalaba como una causal de mala conducta e ineficiencia personal que originaba el retiro del servicio. Y en el mismo sentido el Decreto 85 de 1989 sobre Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, disponía en el artículo 184 que se consideraba como una falta al honor militar ejecutar actos homosexuales.

3. LA CRUCIAL INTERVENCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como ya se anotó, la expedición de la Constitución de 1991 no sólo supuso un amplio reconocimiento de derechos fundamentales, sino que ella consagró numerosas garantías para su goce y protección efectivas, todo ello con fundamento en el respeto al principio de la dignidad humana consagrado en el art. 1°. En desarrollo de lo anterior y teniendo en perspectiva el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la igualdad y la no discriminación (art. 13) y el reconocimiento a la personalidad jurídica (art. 14) se dieron las condiciones para que se pudiera avanzar en el reconocimiento de los derechos de la población sexualmente diversa. En este proceso jugó un papel determinante la Corte Constitucional, un órgano creado justamente con esa Constitución de 1991 y que tiene dos funciones esenciales. De un lado decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que los ciudadanos interpongan contra las leyes vigentes, efecto al cual expide sentencias de constitucionalidad (SC). Igualmente es la responsable, a través del mecanismo de la selección aleatoria, de unificar la jurisprudencia en materia de amparo constitucional de los derechos fundamentales, lo cual hace a través de sentencias de tutela (ST), pronunciamientos que excepcionalmente se pueden convertir en sentencias de unificación (SU) cuando la

[390] GULFO, Yamid Enrique Cotrina. Diversidad sexual en la historia jurídica colombiana. *Pensamiento Jurídico*, Bogotá, No. 47, 2018.

Corte decide integrar y reforzar en una solo decisión distintas sentencias que ha emitido sobre una misma materia. Veamos cuales han sido las más importantes en lo referido a la libre opción sexual.[391]

Con la Sentencia N° T-594 de 1993 fue la primera ocasión en que la Corte se pronunció en asuntos atinentes a personas diversas, pero sin llegar a reconocer en ese momento expresamente el derecho a la libre opción sexual. Se trataba de lo referido al cambio de nombre para las personas transgénero. En esa ocasión la Corte Constitucional sostuvo que:

"La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.

[…]

Es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino., o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida."

Solo fue hasta la Sentencia N° C-098 de 1996 cuando nuestro del tribunal constitucional tuvo la ocasión de ocuparse del derecho fundamental a la libre opción sexual primera vez que. Ese fue el primer fallo en el que la Corte e refirió específicamente a los derechos de las parejas del mismo sexo. En esa ocasión, ella resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990. En esencia lo que la Corte dijo fue:

"La ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual. La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental. El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La sexualidad, por fuera de la pareja y de conjuntos reducidos de individuos, no trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniformes de contenido sexual.

El hecho de que la sociedad patrimonial objeto de la regulación, no se refiera a las parejas homosexuales, no significa que éstas queden sojuzgadas o dominadas por una mayoría que eventualmente las rechaza y margina. La ley no ha pretendido, de otro lado, sujetar a un

---

[391] Sobre este particular, una primera aproximación en: LEMAITRE, Julieta. Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. In: ITURRALDE, Manuel A. y BONILLA, Daniel. (Eds.). *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. Y MUÑOZ, Paola Margarita Carvajal. El reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI. *Jurídicas CUC*, Barranquilla, N° 9-1, 2013.

mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, reprobando las que se desvían del modelo tradicional. Son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por el Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja, máxime si se piensa que aquélla puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos".

Posteriormente, en la Sentencia N° C-481 de 1998, la Corte Constitucional avanzó en la conceptualización del derecho a la libre opción sexual. Según la línea argumentativa defendida en el fallo, cuando una norma hace distinciones con base en la orientación sexual de una persona, se presume que se trata de una distinción inconstitucional por lo que se hace necesario aplicar un test estricto de igualdad para precisar si dicha distinción se ajusta o no al ordenamiento constitucional. Esto dijo la Corte:

"La preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental "la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales", lo cual implica "la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social". Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto.

Conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto".

Ese mismo año, con la Sentencia T-101 de 1998 se determinó el derecho a la igualdad para los homosexuales en el campo de la educación. Con este pronunciamiento la Corte Constitucional excluyó la esta orientación sexual como causal de mala conducta e ineficiencia profesional para el ejercicio docente en el sector público y que era una causal que estaba prevista en el artículo 46 del Decreto-Ley 2277 de 1979. A ese respecto la Corte consideró lo siguiente:

"Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia

pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas".

Sin embargo, los pronunciamientos de este tribunal no siempre tuvieron la misma mirada progresista. Tenemos así que poco después, en 2001, la Corte Constitucional se enfrentó a una decisión que implicaba el reconocimiento de derechos a favor de parejas del mismo sexo. El asunto concreto es que a una persona cotizante del Seguro Social no se le permitió vincular a su pareja en calidad de beneficiario en salud por el hecho de que ambos eran del mismo sexo. Ellos alegaron violación de los derechos a la salud, la seguridad social y libre desarrollo de la personalidad y en la Sentencia de unificación 623 de 2001 la Corte concluyó que el régimen de seguridad social no incurría en un trato discriminatorio hacia las parejas del mismo sexo cuando determinaba que algunos individuos quedaban excluidos del acceso a un derecho que en principio estaba previsto a favor de la familia heterosexual. En consecuencia, la Corte declaró improcedente la acción de tutela argumentando que el beneficio de acceso a la seguridad social constituía una prerrogativa que no obligaba al legislador y no era un derecho de las parejas del mismo sexo.

En esta misma línea, ese mismo año, la Corte tuvo una vez más la posibilidad de estudiar un caso que involucraba los derechos de una pareja del mismo sexo. En la Sentencia N° C-814 de 2001, ese tribunal decidió una acción de inconstitucionalidad contra el artículo del Código del Menor que establecía como requisito para que una pareja pudiera adoptar en Colombia, que ella estuviera conformada por un hombre y una mujer. Una vez más, la Corte fundó su decisión en el argumento según el cual la adopción es una institución jurídica concebida a favor de la protección constitucional de la familia y como los derechos que son propios de la familia sólo aplican para los heterosexuales, entonces, y en el entendido que una pareja del mismo sexo no constituye familia, la adopción también se considera una prerrogativa exclusiva de los heterosexuales.

Un nuevo pronunciamiento constitucional de gran valor y efecto social se produjo en 2017, más de diez años después de que la Corte Constitucional emitiera su primera sentencia sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. En esa ocasión, ese tribunal tuvo la oportunidad de estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, respecto de los cuales se pedía declarar la inconstitucionalidad de las expresiones 'hombre' y 'mujer' contenidas en la definición de la unión marital de hecho y de la categoría de compañeros permanentes porque se trataba de expresiones que excluían a las parejas del mismo sexo del régimen de protección patrimonial que la ley preveía para las parejas heterosexuales, vulnerando así la dignidad de las parejas conformada por dos hombres o dos mujeres. Con la Sentencia C-075 de 2007 la Corte optó por reconocer jurídicamente la existencia de dichas uniones y de esta forma emitió el primer pronunciamiento judicial mediante el cual se reconocían las uniones

conformadas por dos hombres o dos mujeres, como un proyecto de vida válido y protegido constitucionalmente. Así lo señaló la Corte:

"La ley, al regular la denominada "unión marital de hecho", establece un régimen de protección patrimonial para los integrantes de las parejas heterosexuales, pero no hace lo propio con las parejas homosexuales. En principio cabe señalar que la manera como se pueda brindar protección patrimonial a quienes han decidido conformar una pareja como proyecto de vida permanente y singular, entra en el ámbito de configuración legislativa, porque no hay una fórmula única que resulte obligada conforme a la Constitución para ese efecto y la protección requerida puede obtenerse por distintos caminos. Sin embargo, resalta la Corte que ese ámbito de configuración legislativa se encuentra limitado por la Constitución y por el respeto a los derechos fundamentales de las personas. En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.

En la actualidad, dieciséis años después de expedida la Ley 54 de 1990, más de diez años después de producida la sentencia C-098 de 1996, teniendo en cuenta los cambios introducidos por la Ley 979 de 2005 y el nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede decirse que, sin dejar de lado los criterios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron la expedición de la ley, cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo".

Al año siguiente, con Sentencia C-336 de 2008, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la sustitución pensional del compañero/a permanente del mismo sexo. En esa ocasión, ese tribunal estudió la constitucionalidad de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 que reconocían el derecho a la sustitución de la pensión de sobreviviente para el cónyuge o el compañero/a permanente. La demanda planteaba que esas disposiciones eran discriminatorias y violaban los derechos a la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad social y la salud, reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos. Al respecto, así se pronunció la Corte:

"A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Con el fin de remover el trato discriminatorio hacia las parejas homosexuales en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

El reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente en las parejas homosexuales no desemboca en un desequilibrio financiero que

impida la sostenibilidad económica del sistema, por cuanto al ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la ley para el caso de la sustitución pensional; es decir, cuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero o compañera permanente tendrán el orden de prelación que la ley prevé para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia".

Ese mismo año, con la Sentencia C-798 de 2008, el alto tribunal resolvió lo referido a los derechos y obligaciones alimentarias de los compañeros permanentes del mismo sexo, generando así otro importante pronunciamiento en la línea jurisprudencial de protección de este tipo de parejas. En la demanda se impugnó la constitucionalidad de la norma que ampliaba a los compañeros permanentes el tipo penal de inasistencia alimentaria por cuanto la ley, al negar la posibilidad de que compañeros del mismo sexo pudieran denunciar penalmente a su pareja cuando se sustrajeran de la obligación de dar alimentos, otorgaba esta protección solo a las parejas heterosexuales. A juicio de la Corte:

"La interpretación sistemática de las disposiciones antes mencionadas y las decisiones judiciales citadas, no arroja ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. En efecto, la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. Como lo ha señalado la Corte, el dato sobre la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja y por consiguiente no puede ser utilizado, al menos en principio y salvo alguna poderosa razón fundada en objetivos constitucionales imperativos, para diferenciarla".

La Sentencia T-716 de 2011 resolvió lo referido a las pensiones y reconoció que las parejas del mismo sexo constituyen familia.

"La tesis central de esta conclusión consiste en considerar que en el Estado Constitucional se privilegia, en tanto aspectos definitorios del mismo, la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Esto significa que cada persona, en tanto sujeto libre y autónomo, está investida de la potestad de definir su proyecto de vida, bajo la sola condición que ello no imponga afectaciones esenciales a los derechos de los demás. Dentro de esa competencia se encuentra, sin duda alguna, tanto la definición de la identidad y orientación sexual, como la decisión acerca de conformar una unidad marital estable, constitutiva de familia, con otra persona del mismo o de diferente sexo. Este, a su vez, es un ámbito estrechamente vinculado con el núcleo esencial del derecho a la intimidad, de manera tal que configura un límite infranqueable para la influencia tanto del Estado, como de la sociedad. Para la Sala es válido afirmar, en términos conclusivos, que las personas en el Estado Constitucional están investidas de soberanía sobre la definición de su orientación e identidad sexual, así como para la decisión sobre con quién y en qué condiciones desean conformar proyectos de vida con otras. Por lo tanto, están proscritas formas de discriminación fundadas en la falta de aceptación de orientaciones o identidades sexuales, por el simple hecho de ser distintas y minoritarias. Esto debido no solo a que son distinciones basadas en criterios sospechosos y que están carentes de justificación, sino porque toman la forma de tratamientos indignos puesto que, como se ha indicado, tales decisiones individuales corresponden solo al

fuero interno de las personas y en modo alguno pueden ser cuestionadas o restringidas con base en actitudes que tienen como único fundamento el prejuicio, la ignorancia o el franco desconocimiento del régimen de libertades que prevé la Constitución".

Otro pronunciamiento icónico fue el proferido con la Sentencia T-276 de 2012 y que se conoce como el caso Chandler Burr. En abril de 2011, luego de haber pasado por un largo proceso de adopción y de que las autoridades colombianas lo consideraran un padre idóneo y le concedieran la adopción de dos niños colombianos, este señor fue separado de los hijos adoptivos porque le comentó a una funcionaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que él era homosexual. Pero con esta decisión, la Corte Constitucional decidió proteger el derecho al debido proceso y el derecho de los niños a ser escuchados y ser tenidos en cuenta. La sentencia de la Corte sostiene que la apertura del proceso administrativo que separó a la familia Burr no tenía justificación pues no había evidencia de que se estuviera vulnerando o amenazando los derechos de los niños. La Corte restableció los derechos de este ciudadanos y extranjero y permitió que pudiera salir con ellos del país.

Con la Sentencia T-552 de 2013, la Corte Constitucional amparó el derecho a cirugía de reasignación de sexo para personas trans a cargo del sistema de seguridad social en Salud. La Corte además señaló que:

"[…] las personas que solicitan atención médica especializada con el fin de adelantar un proceso quirúrgico para reasignar su sexo, se identifican con un género y un sexo distinto del que les fuera asignado al nacer, con fundamento en ciertas características biológicas. En este contexto, en lugar de emplear la expresión coloquial de "cambio de sexo", es más acertado referirse a la reafirmación sexual quirúrgica como el procedimiento integral orientado a obtener una correspondencia entre el género o sexo en el cual las personas trans viven y construyen su identidad de género y sexual, de un lado, y su cuerpo, del otro. Dicho proceso podrá variar e incluir diferentes tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción médica en el caso concreto".

En agosto 28 de 2014 la Corte profirió otra importante Sentencia, la SU-617 con la cual resolvió favorablemente el caso de dos mujeres que solicitan la autorización para la declaración judicial del vínculo filial entre una menor hija biológica de una de ellas, por tener ésta la calidad de compañera permanente la madre biológica de la menor y determinó que cuando una persona adopta el hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo

Al año siguiente, en noviembre de 2015, con la Sentencia C-683 la Corte decidió que las parejas el mismo sexo pueden aplicar a proceso de adopción. Los siguientes fueron los argumentos del tribunal para sustentar esa trascendental decisión:

"[…] no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP). Sin embargo, la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones acusadas eliminaría a todos los

"compañeros permanentes" (del mismo o diferente sexo) de la posibilidad de participar en procesos de adopción, lo que obviamente conduciría a una situación aún más gravosa para los niños en situación de abandono. En consecuencia, la respuesta constitucional adecuada consiste en declarar la exequibilidad condicionada de las normas objeto de control, es decir, de los artículos 64, 66 y 68 (numerales 2º, 3º y 5º) de la Ley 1098 de 2006, "por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", así como del artículo 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990, "por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes", en el entendido que, en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Antes que desconocer dicha realidad, lo que se requiere es implementar programas de educación en la diversidad sexual y de género y adoptar políticas que equiparen las condiciones para el ejercicio de los derechos, no solo de esas familias sino de los menores en condición de adoptabilidad. Pero lo que definitivamente no puede aceptarse es que la orientación sexual de una persona se confunda con su falta de idoneidad para adoptar. Y en cuanto al interés superior del niño, lo que queda claro es que debe ser examinado caso a caso de acuerdo con las condiciones de cada individuo y de cada potencial familia adoptante, eso sí con independencia del sexo y de la orientación sexual de sus integrantes. Es preciso aclarar que con ello la Corte no pretende autorizar de manera directa la adopción para estas parejas, ni mucho menos fijar un estándar o un parámetro en los procesos de adopción. Lo que para esta Corporación resulta incompatible con la Carta es restringir genéricamente la adopción a las parejas del mismo sexo, en tanto dicha prohibición no cuenta con una justificación constitucionalmente válida. Por eso, como todo proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del niño y el restablecimiento de sus derechos, será deber del Estado verificar en cada caso si se cumplen los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y la idoneidad de la familia adoptante, de tal forma que esta brinde la estabilidad socioeconómica y un ambiente de respecto, amor y bienestar para el menor

[…] la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral. Así lo indican las experiencias recogidas del derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados, donde se ha tenido en cuenta la primacía de los derechos de los menores y la evidencia probatoria debidamente acopiada. A la misma conclusión se llega con fundamento en los conceptos remitidos a solicitud de la Corte Constitucional en el curso de este proceso. En forma significativamente mayoritaria la evidencia científica coincide en señalar que: (i) la adopción por parte de parejas del mismo sexo no afecta el desarrollo, el bienestar, ni la salud física o mental de los menores; (ii) en caso de existir alguna afectación, la misma proviene de otros factores como la situación económica, las relaciones dentro del grupo familiar, el inadecuado rol parental, la violencia intrafamiliar, los estereotipos discriminatorios, los prejuicios sociales, las restricciones normativas, entre otros, que nada tienen que ver con la orientación sexual de los padres; (iii) el ajuste en el desarrollo de los menores criados en familias homoparentales, su comportamiento y adaptación social son similares a los de aquellos que crecen en familias heterosexuales; incluso en algunas ocasiones aquellas tienden a promover mayores valores de tolerancia y una representación real de la diferencia sexual; y (iv) los procesos de adopción deben basarse en asegurar la adecuada estabilidad socioeconómica de los solicitantes y en el cumplimiento de requisitos que garanticen el cuidado del menor en cada caso concreto, sin que para ello deba ser evaluada la

orientación sexual de los padres. De esta manera, para numerosos investigadores, asociaciones, autoridades y organismos internacionales, la creencia en la afectación del interés superior del menor obedece al resultado de estereotipos discriminatorios o prejuicios sociales, antes que a verdaderos problemas médicos o sicológicos, así como a la negativa de algunas autoridades a reconocer a las familias integradas por personas del mismo sexo".

Finalmente, y para seguir manteniendo a Colombia a la vanguardia, el 28 de abril de 2016 se conoció otra sentencia histórica, la SU-214 que reconoció en nuestro ordenamiento el matrimonio igualitario. Los siguientes son algunos de los argumentos centrales con los que la Corte sustentó esa progresista decisión.

"Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste.

La democracia no puede entenderse, exclusivamente, como el conjunto de reglas que adoptan los representantes mayoritarios del pueblo en el Congreso de la República, por cuanto esta visión podría excluir el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de las minorías sin representación política. El sistema democrático constitucional impone límites en el ejercicio del poder público a las mayorías, con el fin de asegurar derechos inherentes a la dignidad humana, que actúan como "precondiciones" de aquél. La competencia de este Tribunal Constitucional se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, en este caso, las parejas del mismo sexo accionantes, quienes en una sociedad democrática no pueden supeditar indefinidamente el ejercicio de sus derechos individuales a las injusticias derivadas del principio mayoritario".

4. COLOFÓN

El Congreso de la Republica expidió la Ley 1482 de 2011, modificada por la Ley 1752 de 2015, que incluye disposiciones en el Código Penal con las cuales se sancionan las conductas discriminatorias de apología al odio por diferentes razones, entre ellas la orientación sexual de la persona objeto de ultrajes, cuando esta sea el motivante del improperio. De igual manera, se encuentra vigente la Ley 1448 de 2011, en la que se contempla el enfoque diferencial y el principio de igualdad, así como la obligación de tener en cuenta la orientación sexual de la víctima del conflicto armado interno para determinar medidas de reparación. Estas son las únicas normas que incluyen de manera explícita a la población sexualmente diversa, aunque solamente desde la orientación sexual.

Y no está de más advertir que una buena muestra del alcance social que han tenido todas estas modificaciones jurídicas, lo constituye el hecho de que en las elecciones locales de octubre de 2019 resultó electa alcaldesa de la ciudad de Bogotá, la capital de la República y la ciudad más populosa del país, una alcaldesa abiertamente homosexual, quien a los pocos días de tomar posesión de su cargo

contrajo matrimonio civil con su pareja, que es la vez senadora de la República. Igualmente se pueden ver personas de orientación sexual diversa en otras instancias de la vida institucional y social, llegando incluso a darse el caso de que pequeñas y aisladas comunidades rurales hayan elegido en esas mismas elecciones a candidatos abiertamente homosexuales para ocupar las alcaldías de sus municipios.