

**EL ESTATUS JURÍDICO DE LAS PERSONAS CON  
ORIENTACIÓN/OPCIÓN HOMOSEXUAL EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EN EL  
DERECHO COLOMBIANO**

**Silvia Juliana Serrano Guzmán**

Trabajo de Grado para optar al título de Abogada



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

BUCARAMANGA

2006

**EL ESTATUS JURÍDICO DE LAS PERSONAS CON  
ORIENTACIÓN/OPCIÓN HOMOSEXUAL EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS  
HUMANOS Y EN EL DERECHO COLOMBIANO**

**Silvia Juliana Serrano Guzmán**

Trabajo de grado para optar

al título de Abogada

Dirigido por:

Luis Francisco Casas Farfán

Docente de la Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

BUCARAMANGA

2006

## **Nota de Aceptación**

---

---

---

---

---

---

---

---

**Firma del Presidente del Jurado**

---

**Firma del Jurado**

---

**Firma del Jurado**

**Bucaramanga, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2006**

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a todas las personas que de alguna manera han acompañado, inspirado e impulsado mi proceso de formación académica. Especialmente, a mis padres y hermana quienes desde el hogar han apoyado incondicionalmente mi vocación. A ellos dedico este Trabajo de Grado.

## **CONTENIDO**

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>14</b>
1. Aspectos metodológicos.....	17
1.1 En cuanto a la sistematización de la información.....	17
1.2 En cuanto al análisis de las decisiones judiciales y cuasi – judiciales.....	18
2. Precisiones conceptuales.....	19
<b>CAPÍTULO UNO: ESTÁNDARES GENÉRICOS.....</b>	<b>22</b>
<b>1. LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>22</b>
1.1 El derecho a la privacidad.....	22
1.2 La cláusula de no discriminación.....	25
<b>2. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....</b>	<b>26</b>
2.1 El derecho a la libre opción sexual.....	26
2.2 El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación.....	29
2.3 La doble y especial protección constitucional.....	30
<b>CAPÍTULO DOS: SANCIONES Y ORIENTACIÓN/OPCIÓN HOMOSEXUAL.....</b>	<b>33</b>

<b>1. SANCIONES PENALES.....</b>	<b>33</b>
1.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	33
1.1.1 Sistema Universal.....	33
1.1.1.1 Sub – reglas y estándares.....	33
1.1.1.2 Otros pronunciamientos.....	38
1.1.2 Sistema Europeo.....	40
1.1.2.1 Sub – reglas y estándares.....	40
 <b>2. SANCIONES DISCIPLINARIAS A LA CONDICIÓN HOMOSEXUAL.....</b>	<b>45</b>
2.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	45
2.1.1 Sistema Europeo.....	45
2.1.1.1 Sub – reglas y estándares.....	45
2.2 Corte Constitucional colombiana.....	49
2.2.1 Sub – reglas y estándares.....	50
 <b>3. SANCIONES DISCIPLINARIAS Y DE OTRO TIPO A LA</b>	
<b>EXTERIORIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD.....</b>	<b>56</b>
3.1 Corte Constitucional colombiana.....	56
3.1.1 Sub - reglas y estándares.....	56
 <b>4. SANCIONES DISCIPLINARIAS Y DE OTRO TIPO A LAS PRÁCTICAS</b>	
<b>HOMOSEXUALES.....</b>	<b>58</b>
4.1 Corte Constitucional colombiana.....	58

4.1.1 Sub – reglas y estándares.....	58
--------------------------------------	----

**CAPÍTULO TRES: EL EJERCICIO DE OTROS DERECHOS Y LA ORIENTACIÓN/OPCIÓN HOMOSEXUAL.....67**

**1. DIMENSIÓN INDIVIDUAL.....67**

1.1 El derecho a la vida e integridad personal.....67

1.1.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....67

1.1.1.1 Sistema Universal.....67

1.1.1.1.1 Violaciones del derecho a la vida e integridad personal, impunidad y victimización.....67

1.1.1.1.2 Situación carcelaria.....69

1.1.1.1.3 Situación de riesgo de los defensores/as de las minorías sexuales.....70

1.1.2 Corte Constitucional colombiana.....70

1.1.2.1 Sub – reglas y estándares.....70

1.2 El derecho a la libertad de expresión.....73

1.2.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....73

1.2.1.1 Sistema Universal.....73

1.2.1.1.1 Sub – reglas y estándares.....73

1.2.2 Corte Constitucional colombiana.....76

1.2.2.1 Sub – reglas y estándares.....76

1.3 Los derechos de los niños y niñas.....79



1.7.1.1 Sistema Universal.....	87
1.7.1.2 Sistema Europeo.....	87
1.7.1.2.1 Sub – reglas y estándares.....	87
1.7.2 Corte Constitucional colombiana.....	89
1.7.2.1 Sub – reglas y estándares.....	89
<b>2. DIMENSIÓN DE PAREJA.....</b>	<b>91</b>
2.1 El derecho a la familia y su especial protección.....	91
2.1.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	91
2.1.1.1 Sistema Universal.....	91
2.1.1.1.1 La diversidad del concepto de familia y las obligaciones internacionales de protección.....	91
2.1.2 Corte Constitucional colombiana.....	92
2.1.2.1 La protección constitucional de la familia heterosexual y monogámica.....	92
2.2 El derecho a contraer matrimonio.....	95
2.2.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	95
2.2.1.1 Sistema Universal.....	95
2.2.1.1.1 Sub – reglas y estándares.....	95
2.3 La adopción conjunta.....	96
2.3.1 Corte Constitucional colombiana.....	96
2.3.1.1 Sub – reglas y estándares.....	97
2.4 El régimen patrimonial de las uniones de hecho.....	104

2.4.1 Corte Constitucional colombiana.....	104
2.4.1.1 Sub – reglas y estándares.....	104
2.5 La visita íntima en las cárceles.....	107
2.5.1 Corte Constitucional colombiana.....	107
2.5.1.1 Sub – reglas y estándares.....	107
2.6 La seguridad social.....	109
2.6.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	109
2.6.1.1 Sistema Universal.....	109
2.6.1.1.1 Sub – reglas y estándares.....	109
2.6.2 Corte Constitucional colombiana.....	111
2.6.2.1 Sub – reglas y estándares.....	111
2.7 Otros derechos.....	118
2.7.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	118
2.7.1.1 Sistema Europeo.....	118
2.7.1.1.1 Sub – reglas y estándares.....	118
2.7.2 Corte Constitucional colombiana.....	119
2.7.2.1 Sub – reglas y estándares.....	119
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>124</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>139</b>

## ABREVIATURAS

Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	DIDH
Sistema Universal de Derechos Humanos.....	Sistema Universal
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	PIDCP
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	PIDESC
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.....	CIFDR
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.....	CIEDM
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.....	CTPCID
Convención sobre los Derechos del Niño.....	CDDN
Comité de Derechos Humanos.....	CDH
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	CDESC
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.....	CEDAW
Comité de los Derechos del Niño.....	CDN
Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	Sistema Europeo
Convención Europea de Derechos Humanos.....	CEDH
Comisión Europea de Derechos Humanos.....	Comisión Europea
Corte Europea de Derechos Humanos.....	CrEDH
Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	Sistema Interamericano
Convención Americana de Derechos Humanos.....	CADH
Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	CrIDH
Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	CIDH

Constitución Política de Colombia.....Constitución  
Corte Constitucional colombiana.....Corte  
Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....DESC

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende responder a la pregunta sobre el estatus jurídico de las personas con orientación/opción<sup>1</sup> homosexual desde dos perspectivas: el DIDH en sí mismo; y el DIDH con relación al ordenamiento jurídico colombiano. La primera permite determinar el estado actual de cosas en esa rama del derecho internacional, mediante la identificación del nivel de reconocimiento convencional y extra - convencional. La segunda permite analizar comparativamente dicho nivel de reconocimiento frente al del Estado colombiano, entendiéndolo como parte integrante de su ordenamiento jurídico interno, y como fuente de posible responsabilidad internacional derivada de su eventual incompatibilidad o desconocimiento. Todo lo anterior a partir de las fuentes relevantes que existen a la fecha<sup>2</sup>.

El punto de partida fue la búsqueda de referencias específicas en las diversas fuentes del derecho, iniciando por los instrumentos internacionales de derechos humanos y normas del ordenamiento interno colombiano. Las respuestas obtenidas en ese primer nivel de búsqueda no fueron las más satisfactorias.

---

<sup>1</sup> La adopción de esta fórmula “orientación/opción” tiene la finalidad de excluir el debate sobre si la homosexualidad tiene causas biológicas, adquiridas, o si se trata de una fusión de ambos elementos. Así, se entienden incluidas en la investigación las personas que son homosexuales independientemente de si se trata de una orientación biológica invariable, o de si se trata de una decisión como opción de vida (incluidas las personas bisexuales en tanto lleven a cabo comportamientos homosexuales ocasionales o permanentes, en público o en privado, u opten por la homosexualidad como forma de vida, y como vía para el desarrollo de sus relaciones afectivas de pareja). En lo sucesivo, cuando se haga referencia a la frase “las personas homosexuales” o “la población homosexual”, deberá entenderse en el sentido de esta aclaración.

<sup>2</sup> Este trabajo no pretende examinar de manera exhaustiva todos los posibles escenarios fácticos en que podría verse afectada una persona con orientación/opción homosexual. Se plantea un análisis a partir del estado actual de cosas tanto en el DIDH como en el ordenamiento jurídico colombiano, en los precisos temas que han sido abordados en ambos niveles.

En el DIDH ningún instrumento internacional (incluidos los tratados internacionales y las declaraciones de principios) ni del ámbito universal, ni de los diversos ámbitos regionales, tienen como objeto concreto los derechos de las personas homosexuales, ni tampoco lo incluyen como parte de instrumentos relacionados con otros temas. Vale la pena mencionar en este punto la llamada “Resolución de Brasil”, que aunque no fue un proyecto de instrumento internacional propiamente tal, es una referencia importante dado que ha sido el único intento, aunque fallido, de incluir el tema como de especial relevancia en la agenda de Naciones Unidas<sup>3</sup>.

En el derecho colombiano la situación es casi idéntica, salvo por dos normas que hacen alguna referencia, no como objeto principal de regulación, sino en el contexto de otros temas<sup>4</sup>. Sin embargo, a efectos de lo que se pretende responder, no tienen

---

<sup>3</sup> El Gobierno de Brasil presentó el proyecto de Resolución llamada “Derechos Humanos y Orientación Sexual” en el 59 Período de Sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el año 2003. En dicha ocasión, por 24 votos contra 17, contando con 10 abstenciones, se decidió posponer su consideración para el siguiente período de sesiones (Ver. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2003/L.92. Decisión 2003/118) en el cual el mismo Gobierno de Brasil solicitó un nuevo aplazamiento para el 61 Período de Sesiones de la Comisión (Ver. Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/SR.49. Reunión No. 49). Posteriormente, dicho Gobierno retiró el proyecto de Resolución definitivamente.

<sup>4</sup> Por ejemplo: El Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) consagra en su Artículo 58.3 como causal de mayor punibilidad, “que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima”; Asimismo, el Código de Policía de Bogotá, Acuerdo 79 de 2003, que aunque no es una norma de aplicación en todo el territorio nacional, vale la pena mencionarla por su referencia explícita a la orientación sexual, consagra: Artículo 10. “Comportamientos que favorecen la tranquilidad. Para el logro de una convivencia ciudadana armónica en el Distrito Capital de Bogotá, es necesario el respeto por las actividades normales de las personas, tanto en el espacio público como en el privado. Se deben observar los siguientes comportamientos que favorecen la tranquilidad: (...) 7. Respetar las manifestaciones de las personas, independientemente de su etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal, de acuerdo con lo establecido en este Código”. Artículo 245. “Campañas de Formación. El Gobierno Distrital adelantará en forma

relevancia suficiente como para dedicar un análisis detallado de las mismas, pues en casi nada permiten llegar a conclusiones determinantes sobre el objeto de esta investigación. Es importante mencionar también que actualmente cursa en el Congreso de la República el Proyecto de Ley 130 de 2005 “por el cual se dictan medidas relativas a la protección social de personas del mismo sexo”<sup>5</sup>, cuya eventual aprobación generaría un cambio importante en el estatus jurídico de la población homosexual en Colombia. No obstante, la presente investigación se limitó al estado actual de cosas.

Teniendo en cuenta la casi inexistente referencia al tema en los tratados internacionales y en el ordenamiento colombiano, este trabajo presenta una descripción detallada de los diversos pronunciamientos de carácter judicial<sup>6</sup>, casi – judicial<sup>7</sup>, y de otra naturaleza<sup>8</sup>, que tanto a nivel internacional como a nivel interno

---

permanente campañas de cultura ciudadana, para las cuales podrá coordinar con las entidades estatales de todo orden, las entidades sin ánimo de lucro, organizaciones civiles, no gubernamentales y organizaciones sociales, en cada uno de los aspectos relacionados con la convivencia ciudadana de todas las personas en el Distrito Capital. De esta manera organizará: (...) 14. Campañas educativas para el conocimiento de las distintas culturas urbanas con miras a fortalecer la tolerancia y el respeto a las diversas formas de pensar según la etnia, raza, edad, género, orientación sexual, creencias religiosas, preferencias políticas y apariencia personal”.

<sup>5</sup> El Proyecto de Ley No. 130 del 2005 “por el cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo” fue aprobado con 11 votos a favor y 2 en contra el 6 de junio de 2006 en primer debate en la Comisión 7ª del Senado. Este proyecto de ley regula el acceso a la seguridad social y el derecho de conformar sociedades patrimoniales entre parejas del mismo sexo. El autor del proyecto fue el Senador Álvaro Araujo y las ponentes fueron las Senadoras Flor Gnecco y Ángela Cogollos. Aún faltan tres debates para la aprobación de la ley. Se espera la discusión en la plenaria del Senado después del 20 de julio de 2006.

<sup>6</sup> En esta categoría se encuentran los pronunciamientos de la CrEDH y de la Corte Constitucional colombiana. Ni la CrIDH ni la CIDH han emitido pronunciamientos relevantes sobre el tema.

<sup>7</sup> En esta categoría se encuentran los pronunciamientos de los organismos internacionales que, sin tener naturaleza judicial, conocen denuncias individuales de violaciones de derechos humanos, y toman decisiones en el marco de casos contenciosos, aplicando los instrumentos internacionales respectivos. Para el presente trabajo, tal es el caso de los pronunciamientos de los diversos Comités de Tratados de Naciones Unidas en el ejercicio de su función contenciosa.

han emitido los organismos del Sistema Universal, de los Sistemas Regionales de Derechos Humanos, y la Corte Constitucional colombiana tanto en sus decisiones de constitucionalidad como de tutela. Los anteriores, según su naturaleza, constituyen fuente de derecho en tanto jurisprudencia o doctrina.

A continuación se precisará brevemente la metodología utilizada en la sistematización de la información, y en el análisis de decisiones judiciales y cuasi – judiciales. Finalmente se presentarán algunas precisiones conceptuales necesarias para la adecuada lectura del texto.

## **1. ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1.1 En cuanto a la sistematización de la información**

No obstante la doble perspectiva (DIDH en sí mismo y en relación con el ordenamiento colombiano) a partir de la cual se realizó la investigación, se ha decidido sistematizar toda la información en tres capítulos que permiten incluir todas las fuentes sin caer en repeticiones inoficiosas ni en constantes referencias a párrafos anteriores o posteriores que dificulten la lectura del texto: I. Estándares genéricos; II.

---

<sup>8</sup> En esta categoría se encuentran los pronunciamientos de los organismos de Naciones Unidas en el marco de sus funciones como intérpretes autorizados de los instrumentos internacionales, en sus informes generales sobre países, y las diferentes Relatorías Especiales de la extinta (Ver infra nota 11) Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el desarrollo de sus respectivos mandatos.

Las sanciones y la orientación/opción homosexual; y III. El ejercicio de otros derechos y la orientación/opción homosexual.

Esta forma de desagregar el tema del estatus jurídico de las personas homosexuales obedece a las dificultades que implicaría un análisis exclusivamente por derechos reconocidos, dado que la adecuación jurídica de los patrones fácticos se ha hecho a partir de distintos derechos, tanto en el DIDH, como entre éste y la forma en que se ha abordado el tema en Colombia. Por otra parte, un análisis a partir de organismos, dificultaría la comprensión del trabajo por la variedad de temáticas que cada uno ha tratado, y también generaría repeticiones innecesarias. Esto no quiere decir que la estructura seleccionada se adapta perfectamente a la complejidad del tema, sin embargo, es la que menos dificultades genera.

Posteriormente se presentarán algunas conclusiones y comentarios desde una perspectiva comparativa con relación a la situación del Estado colombiano frente a los estándares internacionales, y las posibles consecuencias de esa situación.

## **1.2 En cuanto al análisis de las decisiones judiciales y cuasi - judiciales**

Ha quedado planteado anteriormente que las fuentes relevantes son, en cantidad considerable, decisiones de naturaleza judicial o cuasi – judicial, lo que requiere también precisar que la metodología de estudio utilizada para esos pronunciamientos fue la identificación de sub – reglas y estándares relevantes para cada tema. A efectos

de este trabajo, se entiende por estándar todo pronunciamiento abstracto tendiente a la interpretación o aplicación de la norma convencional o constitucional, y por sub-regla toda aplicación de dicho estándar con referencia a los hechos de casos concretos.

## **2. PRECISIONES CONCEPTUALES**

Antes de iniciar la lectura del trabajo, se debe tener claridad sobre las siguientes cuestiones relacionadas con el Sistema Universal y los Sistemas Regionales de Derechos Humanos<sup>9</sup>.

En cuanto al Sistema Universal, existen dos tipos de organismos que serán citados reiteradamente: los organismos de los tratados o Comités; y los organismos de expertos o Relatorías Especiales.

Los organismos de tratados o Comités, son aquellos creados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos del Sistema Universal, bien sea

---

<sup>9</sup> En el Sistema Universal el Estado colombiano es parte del PIDCP y su Protocolo Facultativo desde el 29 de octubre de 1969; del PIDESC desde el 29 de octubre de 1969; la CIFDR desde el 2 de septiembre de 1981; la CIEDM desde el 19 de enero de 1982; la CTPCID desde el 8 de diciembre de 1987; la CDN desde el 28 de enero de 1991 (Nota: este listado no es exhaustivo, tan sólo hace referencia a los instrumentos bajo los cuales se han establecido estándares de interpretación relacionados con el tema de la orientación/opción homosexual). En el Sistema Interamericano, el Estado colombiano es parte de la CADH desde el 31 de julio de 1973. No se hace referencia a los demás instrumentos interamericanos pues los estándares del Sistema Europeo que se consideran eventualmente aplicables al Sistema Interamericano han sido desarrollados a partir de la CEDH cuyas disposiciones son, en su mayoría, equivalentes a los de la CADH. En todo caso, si se tiene interés en conocer el estado actual de ratificaciones de Colombia frente a los demás instrumentos de este sistema, ver: <http://www.cidh.org/basic.esp.htm>.

en sus propias disposiciones o por medio de sus protocolos adicionales y/o facultativos<sup>10</sup>, mientras que los organismos de expertos o Relatorías Especiales, son establecidos con un mandato específico, por tiempos y funciones determinadas mediante resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social<sup>11</sup>.

En cuanto a las funciones, los organismos de tratados o Comités tienen tres funciones relevantes para el presente trabajo. La primera de ellas es la función contenciosa que consiste en el conocimiento de peticiones, quejas o comunicaciones individuales por parte de personas sujetas a la jurisdicción de los Estados Partes en el tratado respectivo y cuyos derechos consagrados en el mismo consideran violados. La segunda es la de intérpretes autorizados de las disposiciones de los tratados mediante recomendaciones, comentarios y observaciones generales. Y la tercera es la de monitoreo, vigilancia y supervisión del cumplimiento de los tratados por parte de los Estados, mediante la emisión de observaciones relativas a los informes anuales que presentan los gobiernos.

Por su parte, los organismos de expertos o Relatorías Especiales funcionan a través de mandatos sobre temas específicos que se materializan en su mayoría en la elaboración de informes, los cuales, aunque no tienen el mismo carácter de las decisiones y

---

<sup>10</sup> Salvo el CDESC el cual fue creado mediante resolución.

<sup>11</sup> Actualmente el Consejo de Derechos Humanos, creado mediante Resolución de 15 de marzo de 2006 de la Asamblea General. Se mantiene en el trabajo la referencia a la Comisión de Derechos Humanos pues los Expertos citados en el mismo fueron creados en su totalidad antes de la creación del nuevo organismo en el Sistema Universal.

recomendaciones de los órganos de tratados o Comités, tienen relevancia pues además de tener incidencia política, establecen y reflejan estándares doctrinarios importantes que pueden ser utilizados en el litigio de casos futuros.

Ahora bien, en cuanto a los Sistemas Regionales de Derechos Humanos, aunque como ya se dijo, evidentemente el Estado colombiano no es parte del Sistema Europeo, los estándares y sub – reglas que ha establecido la CrEDH son importantes en el presente trabajo, por dos razones: la primera, es que la CEDH, sobre la cual este Tribunal ha desarrollado su jurisprudencia, es en la gran mayoría de sus disposiciones, equivalente a la CADH de la cual Colombia sí es parte; y la segunda es que ni la CIDH ni la CrIDH han emitido decisiones ni pronunciamientos relevantes. Esto implica que tal como ha sido la práctica de los órganos de este sistema durante los últimos años, es de esperarse que cuando deban decidir sobre casos futuros relacionados con orientación/opción homosexual, tengan en cuenta las decisiones previas del Tribunal Europeo.

## **CAPÍTULO UNO: ESTÁNDARES GENÉRICOS**

La justificación de presentar por separado algunos de los estándares generales obedece a que ellos han sido repetidos indistintamente por los órganos respectivos en decisiones y pronunciamientos relacionados tanto con las sanciones (Capítulo Dos), como con el ejercicio de otros derechos (Capítulo Tres). Este tipo de estándares generales reiterativos son comunes en las decisiones de la CrEDH y de la Corte Constitucional colombiana. Los pronunciamientos de los organismos del Sistema Universal son mucho más concretos y dirigidos a temas específicos, por lo que no se plantearán estándares generales de ninguno de ellos en el presente capítulo.

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

Las disposiciones a la luz de las cuales este Tribunal ha emitido sus pronunciamientos sobre orientación/opción homosexual, son fundamentalmente dos. El Artículo 8 de la CEDH que consagra el derecho a la privacidad y el Artículo 14 que consagra la cláusula de no discriminación de ese tratado.

#### **1.1 El derecho a la privacidad<sup>12</sup>**

---

<sup>12</sup> CEDH. Artículo 8. “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

La CrEDH ha reiterado en términos generales que entiende la sexualidad como parte integrante del derecho a la privacidad en el sentido comprendido y protegido por el Artículo 8 del CEDH<sup>13</sup>, cuyas interferencias no pueden justificarse a menos de que se trate de restricciones impuestas por la ley, que pretendan un fin legítimo, y que sean necesarias en una sociedad democrática<sup>14</sup>.

Con relación a la necesidad de una medida restrictiva determinada, la CrEDH ha estimado que la palabra “necesario” en el contexto de la norma, no es un concepto flexible tal como “útil”, “razonable”, o “deseable”, pues implica la existencia de una necesidad social imperiosa<sup>15</sup>, cuya determinación corresponde, en principio, a los Estados en virtud de su margen de apreciación, no obstante la última decisión al respecto le compete a la CrEDH<sup>16</sup>.

Sobre el alcance del margen de apreciación de los Estados, la CrEDH ha considerado que aquél varía teniendo en cuenta tanto el fin que se persigue con la interferencia, como la naturaleza de las actividades afectadas por ella. Así, la CrEDH ha concluido

---

<sup>13</sup> CrEDH. Caso Dudgeon contra Irlanda del Norte. Decisión de 23 de septiembre de 1981. Párr. 41; CrEDH. Caso S. L. v. Austria. Decisión de 9 de enero de 2003. Párr. 29; CrEDH. Caso L. y V. v. Austria. Decisión de 9 de enero de 2003. Párr. 36.

<sup>14</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párr. 43; CrEDH. Caso Norris contra Irlanda. Decisión de 29 de septiembre de 1988. Párr. 39; CrEDH. Caso Lustig-Prean and Beckett contra Reino Unido. Decisión de 27 de septiembre de 1999. Párr. 65; CrEDH. Caso Smith and Grady contra Reino Unido. Decisión de 27 de septiembre de 1999. Párr. 72.

<sup>15</sup> CrEDH. Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14) Párr. 80; CrEDH. Caso Smith and Grady (supra nota 14) Párr. 87.

<sup>16</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párrs. 51 - 52; CrEDH. Caso Norris (supra nota 14) Párr. 45; CrEDH. Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14) Párr. 81; CrEDH. Caso Smith and Grady (supra nota 14) Párr. 88.

que, si bien es cierto que cuando se alega como fin legítimo la protección a la moral, es viable sugerir un margen de apreciación más extensivo de los Estados, también lo es que tratándose de una afectación a uno de los aspectos más íntimos de la vida privada de una persona (como lo es su sexualidad), el examen es más estricto, y en consecuencia, una interferencia semejante sólo puede ser justificada sobre la base de “razones serias”<sup>17</sup>. Incluso este Tribunal ha ido más allá, exigiendo que los Estados presenten ejemplos específicos sobre el modo en que la falta de restricción podría afectar el fin que pretende lograr<sup>18</sup>. Entre los elementos que ha tenido en cuenta la CrEDH para determinar el margen de apreciación, se encuentran los desarrollos que, sobre el tema, se han dado en otros Estados Partes de la CEDH<sup>19</sup>.

Con relación a la fórmula “en una sociedad democrática”, la CrEDH ha señalado que, teniendo en cuenta que los aspectos fundamentales de la democracia son la apertura de mente, la tolerancia, y el pluralismo<sup>20</sup>, una interferencia en el derecho a la intimidad debe ser proporcional al fin que se persigue<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párr. 52; Caso Norris (supra nota 14) Párr. 46; CrEDH Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14) Párr. 82; CrEDH. Caso Smith and Grady (supra nota 14) Párr. 89.

<sup>18</sup> CrEDH. Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14) Párr. 82; CrEDH. Caso Smith and Grady (supra nota 14) Párr. 89.

<sup>19</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párr. 41; CrEDH. Caso S. L. (supra nota 13) Párrs. 23 – 24; CrEDH. Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14) Párr. 97; CrEDH. Caso Smith and Grady (supra nota 14) Párr. 104.

<sup>20</sup> CrEDH. Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14) Párr. 80; CrEDH. Caso Smith and Grady (supra nota 14) Párr. 87. El concepto de pluralismo fue incluido en estos dos casos, pues en los dos primeros (Dudgeon y Norris), tan sólo se mencionaron la “tolerancia” y la “apertura de mente”.

<sup>21</sup> Caso Dudgeon (supra nota 13) Párr. 53; Caso Norris (supra nota 14) Párr.41; Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14) Párr. 80; Caso Smith and Grady (supra nota 14) Párr. 87.

## 1.2 La cláusula de no discriminación<sup>22</sup>

La CrEDH ha reiterado en su jurisprudencia que una diferencia de tratamiento a personas que se encuentran en situaciones similares, es discriminatoria si no tiene justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo, y si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida<sup>23</sup>. De manera similar al derecho a la privacidad, la CrEDH ha dicho que los Estados cuentan con un margen de apreciación en la determinación de si, y en qué medida, las diferencias de trato pueden ser justificadas<sup>24</sup>. Este margen de apreciación, varía de acuerdo a las circunstancias, al asunto en cuestión y su contexto. En ese sentido, uno de los factores relevantes puede ser la existencia o inexistencia de legislación común en los demás Estados Partes<sup>25</sup>. En su decisión más reciente, la CrEDH estableció que el margen de apreciación es angosto siempre que se trate del análisis de una distinción sobre la base de la orientación sexual, lo que implica que, para determinar la proporcionalidad, no es suficiente que los Estados aleguen que aquélla es adecuada para lograr un fin legítimo, sino además, que es estrictamente necesaria<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> CEDH. Artículo 14. “Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

<sup>23</sup> CrEDH. Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal. Decisión de 21 de diciembre de 1999. Párr. 29; CrEDH. Caso S. L. (supra nota 13) Párr. 36; CrEDH. Caso L. y V. (supra nota 13) Párr 44; CrEDH. Caso Karner contra Austria. Decisión de 24 de julio de 2003. Párr. 37.

<sup>24</sup> CrEDH. Caso S. L. (supra nota 13) Párr. 36; CrEDH. Caso L. y V. (supra nota 13) Párr 44.

<sup>25</sup> *Ibidem*. Párrs. 41 y 49 respectivamente.

<sup>26</sup> CrEDH. Caso Karner (supra nota 23) Párr. 41.

De manera más específica, en aquellos pronunciamientos sobre orientación/opción homosexual, en los cuales la CrEDH ha analizado la posible violación de la cláusula de no discriminación, ha reiterado que el listado de aspectos cubiertos por dicha disposición es ilustrativo y no exhaustivo, que en consecuencia la orientación sexual es un concepto comprendido por ella<sup>27</sup>, y que tal como las diferencias en razón del “sexo”, las diferencias en razón de la “orientación sexual” requieren fuertes y serias razones para ser justificadas<sup>28</sup>.

## **2. LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

La Corte Constitucional en la gran mayoría de sus decisiones sobre el tema, ha reiterado los siguientes estándares que permiten identificar la situación de las personas homosexuales a la luz de la Constitución, sin entrar en consideraciones específicas sobre casos concretos, los cuales serán detallados en los capítulos respectivos. En este punto tan sólo se quiere establecer aquellos estándares generales que han servido de fundamento a muchas de las decisiones sobre orientación/opción homosexual independientemente del tema o derecho en cuestión.

### **2.1 El derecho a la libre opción sexual**

---

<sup>27</sup> CrEDH. Caso Salgueiro Da Silva Mouta (supra nota 23) Párr. 28.

<sup>28</sup> CrEDH. Caso S. L. (supra nota 13) Párr. 37; CrEDH. Caso L. y V. (supra nota 13) Párr 45; CrEDH. Caso Karner (supra nota 23) Párr. 37. Es importante señalar que en este último caso, el más reciente de todos, la CrEDH varió el lenguaje sobre este aspecto y señaló que “muy fuertes razones deben ser opuestas para que pueda aceptarse que una diferencia en el tratamiento, basada exclusivamente en la orientación sexual es compatible con la CEDH”.

La Corte ha reiterado sobre estos dos derechos consagrados en los Artículos 15 y 16<sup>29</sup> de la Constitución respectivamente, que el Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social<sup>30</sup>. En consideración de la Corte, la homosexualidad no solamente entra en este ámbito de protección<sup>31</sup> sino que además hace parte de su núcleo esencial<sup>32</sup>, lo que implica que ni el Estado ni la sociedad se encuentran habilitados para obstruir el libre proceso de formación de una específica identidad sexual, pues ello conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente<sup>33</sup>.

Asimismo, la Corte ha señalado que la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida

---

<sup>29</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 15. “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”. Artículo 16. “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”.

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 097 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Párr. 30; Corte Constitucional. Sentencia C 507 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Párr. 5.2.

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 097 de 1994 (supra 30) Párr. 30.

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional. Sentencia C 507 de 1999 (supra nota 30) Párrs. 5.2 y 5.3.

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32); Corte Constitucional. Sentencia C 507 de 1999 (supra nota 30) Párrs. 5.2 y 5.3; Corte Constitucional. Sentencia T 618 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Numeral 6.

como cualquiera<sup>34</sup>, en la cual el sujeto que la adopta es titular de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción ni discriminación por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida<sup>35</sup>.

La Corte ha relacionado además los anteriores pronunciamientos con el principio de pluralismo consagrado en diversas disposiciones de la Constitución, señalando que la democracia se ocupa ciertamente de promover por la vía del consenso los intereses generales, y que al hacerlo en una sociedad que no es monolítica, debe dejar un adecuado margen al pluralismo. Específicamente sobre la sexualidad, ha dicho que entre otras manifestaciones de la diversidad, amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo e insuprimibles por la voluntad democrática, se encuentran la religiosa y la sexual, y que la opción soberana del individuo en estos dos órdenes no concierne al Estado, el cual debe permanecer neutral, salvo que la conducta de los sujetos produzca objetivamente un daño social<sup>36</sup>.

Sobre el derecho a la intimidad específicamente, la Corte ha establecido que 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

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32). Numeral 4.

<sup>35</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 101 de 1998. Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz. Consideración de la Corte Tercera y Segunda; Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Numeral 25.

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32) Numeral 4.1; Corte Constitucional. Sentencia C 507 de 1999 (supra nota 30) Numeral 5.3; Corte Constitucional. Sentencia T 618 de 2000 (supra nota 33) Numeral 6.

no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite, 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<sup>37</sup>.

## **2.2 El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación**

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte ha sostenido desde el inicio de su jurisprudencia sobre el tema, que la homosexualidad no puede significar un factor de discriminación social<sup>38</sup>, pues las personas homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. La Corte ha dicho categóricamente que ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo<sup>39</sup>. En posterior decisión, la misma Corporación concluyó que el principio de igualdad se opone de manera radical a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Además señaló que los prejuicios fóbicos y las falsas creencias que han

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional. Sentencia T 618 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>38</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 097 de 1994. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 30; Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Párr. 25.

<sup>39</sup> Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Párr. 25.

servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público<sup>40</sup>.

De manera más detallada, la Corte ha dicho las personas homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia<sup>41</sup>.

En una de sus sentencias más recientes sobre el tema, la Corte reiteró que la valoración individual de un sujeto respecto de la normalidad o no de ciertas expresiones de la autonomía sexual, está constitucionalmente proscrita como razón admisible para otorgar un trato discriminatorio, y que en suma, todo trato desigual que se funde en móviles de opción sexual, equivale a una discriminación en razón del sexo que, en principio, está prohibida<sup>42</sup>. Para que una distinción de este tipo pueda ser viable constitucionalmente, debe superar el “test” estricto de igualdad, tal como se detallará a continuación.

### **2.3 La doble y especial protección constitucional**

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32) Numeral 4.1; Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Párr. 25; Corte Constitucional. Sentencia T 1426 de 2000. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis. Numeral 4.

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 507 de 1999 (supra nota 30) Numeral 5.8.

<sup>42</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 301 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Párr. 1.

A partir de las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional ha sostenido que la población homosexual se encuentra doble y especialmente protegida en la Constitución.

En primer lugar, la Corte ha reconocido que los homosexuales han sido un grupo poblacional tradicionalmente marginado, objeto de múltiples mecanismos de exclusión social, política, jurídica y religiosa. Tal trato discriminatorio ha sido justificado con base en prejuicios que consideran tal preferencia como inmoral, antinatural, y producto de una enfermedad mental. En opinión de la Corte, esta suerte de preconcepciones contradice valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo cuya médula son los principios de dignidad humana, autodeterminación, pluralismo y respeto por los proyectos de vida individuales, y como consecuencia de ello, rechaza la segregación a la cual han sido sometidos<sup>43</sup>.

Asimismo, ha dicho que en el ordenamiento constitucional colombiano no es relevante la discusión sobre si la homosexualidad está determinada biológicamente, o si por el contrario es una opción libre del ser humano, ya que ambas tesis conducen a idénticos resultados en cuanto al grado de protección que la Constitución confiere a estas personas, por un lado en virtud de la prohibición de discriminación por razón de sexo, y por otro en virtud de la garantía de los derechos a la intimidad y al libre

---

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Numeral 24; Corte Constitucional. Sentencia T 301 de 2004 (supra nota 42) Párr. 2.

desarrollo de la personalidad<sup>44</sup>. En opinión de la Corte, esto implica que la homosexualidad goza de una protección constitucional especial, en virtud de la fuerza normativa de ambas disposiciones<sup>45</sup>.

Detallando lo anterior, ha dicho que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo; mientras que si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. El efecto de esta protección doble y especial es que todo trato diferente fundado en la homosexualidad se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35). Numeral 23.

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Numeral 27; Sentencia C 507 de 1999 (supra nota 30) Numeral 5.11.

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Numeral 27. Este control estricto consiste en el siguiente: “Para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación”. Este mismo test estricto de igualdad fue reiterado en la Sentencia T 301 de 2004 (supra nota 42). En contraste con estas decisiones, y tal como se detallará en el numeral respectivo, en la sentencia SU 623 de 2001 la Corte aplicó un “test” débil de igualdad frente al tema del acceso a la seguridad social de las parejas homosexuales como compañeros (as) permanentes.

## **CAPÍTULO DOS: SANCIONES Y ORIENTACIÓN/OPCIÓN HOMOSEXUAL**

El tema de las sanciones a la orientación/opción homosexual puede analizarse según las fuentes disponibles desde la perspectiva de: las sanciones penales; las sanciones disciplinarias a la condición homosexual; las sanciones disciplinarias y de otro tipo a las manifestaciones externas de la homosexualidad; y las sanciones disciplinarias y de otro tipo a las prácticas homosexuales.

### **1. SANCIONES PENALES**

#### **1.1 DIDH**

##### **1.1.1 Sistema Universal**

Sobre la penalización de la orientación/opción sexual, las conductas homosexuales y su exteriorización, se han pronunciado tanto los Comités de Tratados en ejercicio de diversas funciones, como las Relatorías Especiales.

##### **1.1.1.1 Sub – reglas y estándares**

En el conocimiento de casos, el CDH sentó una única jurisprudencia sobre este tema refiriéndose a la penalización de la conducta homosexual consentida entre adultos. Concretamente, el peticionario impugnó dos disposiciones del Código Penal del

Estado de Tasmania (Australia), mediante las cuales se penalizaban las “relaciones sexuales contra la naturaleza” y las “prácticas indecentes entre hombres”. Su alegato se fundamentó básicamente en que, si bien tales disposiciones no le habían sido aplicadas, su sola existencia constituía una constante amenaza a su derecho a la libertad e intimidad por el hecho de ser un activista y trabajador por los derechos de la población homosexual, y de tener una relación homosexual estable. Por su parte, el Estado argumentó que la justificación de las normas impugnadas se basaba en cuestiones de salud pública y moral, que pretendían prevenir la propagación del VIH/SIDA, y que además no habían sido aplicadas por más de una década.

En dicha jurisprudencia el CDH los siguientes estándares y sub – reglas relevantes.

- **La existencia de normas que penalizan la conducta homosexual consentida entre adultos es una interferencia en el derecho a la intimidad<sup>47</sup> de quienes llevan a cabo tales comportamientos**

El CDH consideró en términos generales que la actividad sexual consentida entre adultos se encuentra comprendida en el concepto de intimidad en el sentido del PIDCP<sup>48</sup>. A partir de esto concluyó que la sola existencia de las normas constituía

---

<sup>47</sup> PIDCP. Artículo 17. “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

<sup>48</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Toonen contra Australia. Comunicación 488 / 1992. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994). Párr. 8.2.

una interferencia en la vida privada de una persona que lleve los comportamientos penalizados.

En la determinación de si esta interferencia era arbitraria o no, el CDH utilizó el estándar de su Observación General 16 sobre el derecho a la intimidad, según el cual, para determinar la arbitrariedad de las interferencias en la privacidad de una persona, éstas deben analizarse a partir de su necesidad y razonabilidad en el sentido en que deben ser proporcionales con respecto al fin buscado<sup>49</sup>. A continuación se detallan en los literales b) y c), los dos posibles argumentos de los Estados que han sido analizados por el CDH a partir de este “test”.

- **La interferencia en el derecho a la intimidad por la existencia de normas que penalizan la conducta homosexual consentida entre adultos no puede justificarse en la propagación del VIH/SIDA**

El CDH no se limitó a señalar en abstracto la pertinencia y validez del argumento sobre la propagación del VIH/SIDA, sino que lo analizó en el caso concreto a partir del “test” de proporcionalidad y razonabilidad mencionado, llegando a la conclusión de que la criminalización de la conducta homosexual no puede ser considerada como

---

<sup>49</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 16. Artículo 17 - Derecho a la intimidad. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). Párr. 4.

un medio razonable ni como una medida proporcionada para el logro de tal fin, aún cuando se trate de un objetivo legítimo<sup>50</sup>.

El CDH indicó que dichas normas no sólo no eran adecuadas para lograr el fin perseguido, sino que además, iban en contra del mismo<sup>51</sup>.

- **La interferencia en el derecho a la intimidad por las normas que penales en cuestión, no puede justificarse en “la moral” cuando la norma ha sido inaplicada durante largo tiempo**

En cuanto al argumento sobre protección a “cuestiones morales”, el CDH consideró que, en casos en que un Estado federado sea el único del Estado Federal que mantiene la penalización de la conducta homosexual, y que haya pasado largo tiempo sin que esas normas sean aplicadas, éstas no pueden relacionarse con la protección de la moral pública, y en consecuencia no “pasan el test de razonabilidad”<sup>52</sup>.

- **La interferencia en la intimidad es arbitraria aunque las normas penales no sean aplicadas directamente, o no sean aplicadas en lo absoluto durante más de una década**

---

<sup>50</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Toonen (supra nota 48) Párr. 8.5.

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> Ibídem. Párr. 8.6.

El CDH consideró que la sola existencia de una norma penal semejante, constituye una afectación permanente y actual del derecho a la intimidad de las personas que mantienen relaciones o comportamientos homosexuales, con independencia de que efectivamente hayan sido investigadas o perseguidas penalmente por su conducta<sup>53</sup>.

Por otra parte, el CDH estableció que en los casos en donde exista una política del Ministerio Público de no perseguir ni investigar hechos bajo este tipo de normas penales durante largos períodos de tiempo, ello no constituye una garantía de no aplicación, y en consecuencia ese elemento en nada cambia la interferencia continuada y directa en la intimidad<sup>54</sup>.

- **Las normas que penalizan la conducta homosexual además de interferir en la vida privada de las personas que las llevan a cabo, son discriminatorias**

Los Artículos 2.1 y 26<sup>55</sup> del Pacto consagran dos cláusulas de no discriminación por ciertos motivos, incluyendo el “sexo”, y “otros estatus”<sup>56</sup>. El CDH entendió la

---

<sup>53</sup> *Ibidem*. Párr. 8.2.

<sup>54</sup> *Ídem*.

<sup>55</sup> PIDCP. Artículo 2.1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Artículo 26. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>56</sup> No corresponde en esta investigación abordar el debate genérico sobre el derecho a la igualdad y principio de no discriminación, sin embargo, para efectos de la utilización de estas dos normas en el establecimiento de los estándares que sí son relevantes en la investigación, basta con citar la

orientación sexual como uno de los criterios prohibidos de discriminación, incluyéndolo dentro de la categoría “razones de sexo” y no dentro de la categoría más genérica de “otros estatus”<sup>57</sup>.

Aplicando este estándar a la existencia de normas que penalizan la conducta homosexual, consideró que ellas además de interferir arbitrariamente en el derecho a la intimidad, son discriminatorias en el sentido del PIDCP<sup>58</sup>.

#### **1.1.1.2 Otros pronunciamientos**

Sobre este punto que el CDH, el CDESC, el CEDAW, y el CAT, se han pronunciado en diferentes contextos.

Por un lado han condenado la penalización de las conductas homosexuales<sup>59</sup>, y han manifestado satisfacción por su despenalización<sup>60</sup>. Asimismo, han expresado

---

interpretación autorizada del mismo Comité en su Observación General 18, Párr. 1: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>57</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Toonen (supra nota 48) Párr. 8.7.

<sup>58</sup> Ibídem. Párr. 9.

preocupación frente a la aplicación de la pena de muerte por la comisión de un “tercer acto homosexual”<sup>61</sup>, y se han referido al principio de legalidad en cuanto a la falta de claridad en el establecimiento de ciertos tipos penales que aunque no criminalizan directamente los comportamientos homosexuales, sí pueden ser interpretados en ese sentido dada la vaguedad e imprecisión en su redacción<sup>62</sup>.

Asimismo algunas de la Relatorías Especiales en el ejercicio de sus mandatos han hecho los siguientes pronunciamientos.

La Relatoría sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias ha calificado como “inaceptable” que las relaciones homosexuales sean castigadas con pena de muerte. Ha indicado además que la criminalización de sus conductas aumenta la estigmatización social contra esas personas. Esto las hace más vulnerables a la violencia y a los abusos a sus derechos humanos, incluyendo amenazas de muerte y violaciones al derecho a la vida<sup>63</sup>, seguidas de la impunidad casi generalizada como

---

<sup>59</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Estados Unidos de América. CCPR/C/79/Add.50. 3 de octubre de 1995. Párr. 287; Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Chile. CCPR/C/79/Add.104. 30 de marzo de 1999. Párr. 20; Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de Tanzania. CCPR/C/79/Add.97. 18 de agosto de 1998. Párr. 23; Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de Rumania. CCPR/C/79/Add.111. 28 de julio de 1999. Párr. 16; Comité para Eliminar la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/1999/I/L.1/Add.3. 27 de enero de 1999. Párrs 34 y 35.

<sup>60</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones Finales sobre Chipre. E/C.12/1/Add.28. 4 de diciembre de 1998. Párr. 7.

<sup>61</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Sudan. CCPR/C/79/Add.85. 19 de noviembre de 1997. Párr. 8

<sup>62</sup> Comité Contra la Tortura. Conclusiones y Recomendaciones al Estado de Egipto. CAT/C/CR/29/4. 23 de diciembre de 2002. Párr. 5.e.

<sup>63</sup> Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2001/9. 11 de enero de 2001. Informe de la Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias. Párr. 50.

consecuencia de procesos de victimización, silenciamiento e indiferencia frente tales actos<sup>64</sup>.

En similar sentido, la Relatoría sobre el Derecho a la Salud ha dicho que la prohibición legal de establecer relaciones entre personas del mismo sexo en muchos países contribuye a la estigmatización y la discriminación, e impide el acceso a información adecuada que permita el disfrute de la salud sexual y reproductiva de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas<sup>65</sup>.

### **1.1.2 Sistema Europeo**

#### **1.1.2.1 Sub – reglas y estándares**

- **Las normas que penalizan los actos homosexuales consentidos y privados entre adultos son violatorias del derecho a la privacidad, aunque pretendan proteger la moral y los derechos de los demás**

La CrEDH ha tenido la oportunidad de desarrollar esta sub – regla, a partir de tres casos<sup>66</sup> en los cuales los aplicantes alegaron la vigencia de normas penales que

---

<sup>64</sup> Comisión de Derechos Humanos. 20 de abril de 2000. Informe de la Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias. Párr. 6.

<sup>65</sup> Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud. Paul Hunt. E/CN.4/2004/49. 16 de febrero de 2004. El derecho de toda persona al disfrute del más alto posible estándar de salud física y mental. Relator. Párrs. 33, 34 y 35.

<sup>66</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13); CrEDH. Caso Norris (supra nota 14); CrEDH. Caso Modinos contra Chipre. Decisión de 31 de octubre de 1992.

criminalizaban en general la conducta homosexual consentida entre adultos y en privado<sup>67</sup>.

La CrEDH desechó argumentos en virtud de los cuales los Estados respectivos pretendieron alegar que no existía una interferencia porque las normas no habían sido aplicadas a los peticionarios en cuestión, o porque había pasado un lapso considerable sin que el Ministerio Público persiguiera dichos actos. En consideración de la CrEDH, la sola existencia de la norma constituye una amenaza continua y directa para las personas con orientación homosexual<sup>68</sup> incluso si “cumplen la ley” y se abstienen de cometer actos homosexuales<sup>69</sup>, y por otra parte la no aplicación durante determinado periodo de tiempo no constituye una garantía de que en el futuro no será aplicada, o de que no pueda iniciarse persecución por querrela<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> A manera de referencia, las normas penales que se impugnaban en estos casos son: Código Penal de Chipre. Sección 171. “Cualquier persona que tenga conocimiento carnal con otra persona contra el orden de la naturaleza; o permita a un hombre tener conocimiento carnal de si contra el orden de la naturaleza, es culpable de felonía y esta sujeto a prisión de cinco años”. Sección 172. “Cualquier persona que, con violencia, cometa cualquiera de las ofensas especificadas en la anterior sección, es culpable de felonía y está sujeto a prisión de catorce años”. Sección 173. “Cualquier persona que intente cometer alguna de las ofensas especificadas en la sección 171, es culpable de felonía y está sujeto a prisión de tres años, y si el intento está acompañado de violencia, está sujeto a prisión de siete años”. Código Penal de Irlanda. Sección 61 y 62 del Acto 1861. “Los encuentros sexuales entre hombres vía anal, o entre una mujer y un hombre vía anal, o contactos vía anal o vaginal con animales por un hombre o una mujer, son punibles. Su comisión es punible con cadena perpetua, y su tentativa con 10 años de prisión”. Sección 11 del Acto 1885. “Es delito, punible con un máximo de 2 años de prisión, cometer actos de indecencia grave entre dos hombres, en público y en privado”. Se entendía por actos de indecencia grave, la masturbación mutua, el contacto interfemoral y el contacto oral con los genitales del otro. La jurisprudencia interna posterior interpretó que la tentativa de cometer estos actos también era delito bajo esta sección y que el consentimiento no constituía defensa válida frente a estos delitos.

<sup>68</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párr. 41; CrEDH. Caso Norris (supra nota 14) Párr. 38; CrEDH. Caso Modinos (supra nota 66) Párr. 24.

<sup>69</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párr. 41.

<sup>70</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párr. 41; Caso Norris (supra nota 14) Párr. 38; CrEDH. Caso Modinos (supra nota 66) Párr. 23.

Con relación a las posibles justificaciones alegadas por los Estados en cuanto a la interferencia en la intimidad, la CrEDH ha analizado dos posibles argumentos: la protección de la moral; y la protección de los derechos y libertades de los demás. Sobre ambos concluyó que constituyen fines legítimos. Por ello, el análisis se limitó a establecer si las interferencias eran necesarias en una sociedad democrática.

En ese sentido, aunque la CrEDH ha reconocido que el nivel de conservadurismo y religiosidad en una sociedad, y la opinión de la misma, constituyen factores relevantes a tener en cuenta, éstos no son suficientes por sí mismos para considerar que la interferencia es necesaria especialmente si el resto del hemisferio evidencia un incremento en el nivel de tolerancia del comportamiento homosexual, y si la ausencia de una política de persecución penal por dichos delitos no había generado un daño real a los estándares morales de la sociedad<sup>71</sup>.

Así, la CrEDH ha considerado que el hecho de que algunos miembros de la sociedad se sientan atacados, ofendidos o molestados por la comisión de actos homosexuales por parte de otras personas, esto no puede alegarse como un elemento para determinar la proporcionalidad de la penalización de dichas conductas<sup>72</sup>.

Finalmente, la CrEDH se ha abstenido de pronunciarse sobre la posible violación de la cláusula de no discriminación, pues ha considerado que, habiéndose declarado

---

<sup>71</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párr. 60; CrEDH. Caso Norris (supra nota 14) Párr.46.

<sup>72</sup> Ídem.

violación de una norma sustantiva como el derecho a la intimidad, no es útil estudiar los casos a la luz de dicha cláusula, a menos de que se trate de una clara situación de inequidad<sup>73</sup>.

- **Las normas penales sobre actos homosexuales consentidos entre hombres adultos con hombres adolescentes, son violatorias del derecho a la intimidad y son discriminatorias, aunque pretendan proteger el desarrollo sexual de los últimos**

La CrEDH se ha pronunciado sobre este supuesto a partir de dos casos mediante los cuales fueron impugnadas disposiciones penales que prohibían la conducta homosexual únicamente entre adultos hombres y adolescentes hombres mayores de catorce años con pleno consentimiento<sup>74</sup>.

Teniendo en cuenta la naturaleza de las violaciones alegadas en estos dos casos, la CrEDH desarrolló su argumentación principalmente con relación a la cláusula de no discriminación en relación con el derecho a la privacidad, pues además de ser una diferencia de trato, dicha penalización restringía el ejercicio de aquél<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> CrEDH. Caso Dudgeon (supra nota 13) Párrs 67 – 69.

<sup>74</sup> El texto del Artículo 209 del Código Penal de Austria es el siguiente: “Todo hombre mayor de 19 años que fornicare con una persona de su mismo sexo entre los 14 y los 18 años de edad, debe ser sentenciado a pena de prisión entre 6 meses y cinco días”.

<sup>75</sup> CrEDH. Caso S. L. (supra nota 13) Párrs. 28 y 29; Caso L. y V. (supra nota 13) Párrs 35 y 36.

En ese sentido, y teniendo en cuenta los estándares genéricos sobre estas disposiciones, la CrEDH ha estimado que no obstante la protección de los derechos de los demás, especialmente de los adolescentes, constituye un fin legítimo, la diferencia de tratamiento sólo puede justificarse sobre la base de criterios razonables y objetivos<sup>76</sup>.

Así, la CrEDH ha entendido que no existen criterios razonables y objetivos para considerar que los jóvenes hombres entre los catorce y los dieciocho años requieren protección contra cualquier relación sexual con hombres adultos, en mayor medida que las mujeres en el mismo rango de edad frente a sus relaciones con hombres o mujeres adultas<sup>77</sup>.

Por otra parte, la CrEDH ha considerado que a este tipo de normas subyace la predisposición de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual, y que estas actitudes negativas no pueden, por sí solas, ser consideradas como justificación suficiente para el trato diferencial, en el mismo grado en que tampoco son de recibo tales justificaciones frente a las distinciones relacionadas con raza, origen o color de piel<sup>78</sup>.

Finalmente, es importante mencionar que en estos casos concretos sobre la diferencia en la edad legal para consentir las relaciones sexuales, la CrEDH varió la

---

<sup>76</sup> *Ibidem*. Párrs. 38 y 46 respectivamente.

<sup>77</sup> *Ibidem*. Párr. 41 y 49 respectivamente.

<sup>78</sup> CrEDH. Caso S. L. (supra nota 13) Párr. 44; CrEDH. Caso L. y V. (supra nota 13) Párr 52.

jurisprudencia sentada años anteriores por la Comisión Europea<sup>79</sup> en un caso semejante, reiterando que la CEDH constituye un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes<sup>80</sup>.

## **2. SANCIONES DISCIPLINARIAS A LA CONDICIÓN HOMOSEXUAL**

### **2.1 DIDH**

#### **2.1.1 Sistema Europeo**

##### **2.1.1.1 Sub – reglas y estándares**

- **La investigación sobre la orientación sexual de un militar y la consecuente expulsión por su homosexualidad, son violatorias del derecho a la privacidad sin que puedan justificarse en el respeto de la moral ni en la operatividad de la institución**

La CrEDH ha llegado a esta conclusión a partir de dos decisiones relacionadas con la investigación y expulsión de personas homosexuales, unos de la fuerza naval, y otros de la fuerza aérea<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Este organismo dejó de existir en el Sistema Europeo.

<sup>80</sup> CrEDH. Caso S. L. (supra nota 13) Párr. 39; CrEDH. Caso L. y V. (supra nota 13) Párr 47.

Este Tribunal ha estimado en primer lugar que tanto la investigación sobre la orientación sexual de una persona como la consecuente expulsión, implican interferencia en su vida privada<sup>82</sup>.

La CrEDH ha considerado que la interferencia es agravada en casos en los que i) la orientación sexual de estas personas ha sido investigada minuciosamente; ii) la expulsión de miembros de cuerpos armados genera un profundo efecto en sus carreras y perspectivas de vida; y iii) la expulsión del cuerpo armado es inmediata, una vez la homosexualidad del individuo ha quedado establecida, incluso sin tener en cuenta su conducta ni el récord de su servicio<sup>83</sup>.

Teniendo en cuenta la justificación alegada sobre mantenimiento de la moral y la operatividad institucional, y aplicando el “test” de necesidad y proporcionalidad, la CrEDH interpretó dichos argumentos y los recogió en los conceptos de “interés de la seguridad nacional” y “prevención del desorden” como fines legítimos que pueden ser perseguidos por medidas que interfieran con ciertos derechos<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14); Caso Smith and Grady (supra nota 14). Es importante mencionar que estas decisiones se fundamentaron en el análisis del derecho a la intimidad, y la CrEDH no consideró necesario pronunciarse en ellas sobre la cláusula de no discriminación.

<sup>82</sup> Caso Lustig-Prean and Beckett (supra nota 14) Párr. 83; Caso Smith and Grady (supra nota 14) Párr. 90.

<sup>83</sup> *Ibidem*. Párrs. 84-86 y 91-93 respectivamente.

<sup>84</sup> *Ibidem*. Párrs. 67 y 74 respectivamente.

En ese sentido, la CrEDH ha considerado que para lograr la efectividad de las fuerzas armadas, cada Estado es competente para organizar su propio sistema de disciplina militar y en ejercicio de su margen de apreciación puede imponer restricciones al derecho a la vida privada cuando realmente existe una amenaza a dicha capacidad operacional, en el sentido de que el funcionamiento apropiado del cuerpo armado no es imaginable sin las reglas establecidas para prevenir su afectación. En ese sentido, la alusión a un posible riesgo a la efectividad operacional debe estar sustentada en ejemplos específicos<sup>85</sup> y evidencia concreta sobre el daño eventual<sup>86</sup>.

Así, la CrEDH ha encontrado que la supuesta amenaza contra la operatividad institucional, derivada de las actitudes negativas del personal heterosexual contra el personal homosexual, se sustenta únicamente en estereotipos de hostilidad semejantes a las expresiones contra el color, sexo, raza, u origen de las personas, y en consecuencia no puede, por sí misma, ser considerada de entidad suficiente como para justificar las interferencias en la vida privada<sup>87</sup>.

La CrEDH ha reconocido que, teniendo en cuenta estas actitudes de la mayoría heterosexual, algunas dificultades en las relaciones de convivencia podrían vislumbrarse como resultado del cambio en una política de larga data, tal como sucede en los procesos de inclusión de la mujer y de afrodescendientes en espacios de

---

<sup>85</sup> *Ibidem*. Párrs. 82 y 89 respectivamente.

<sup>86</sup> *Ibidem*. Párrs. 92 y 99 respectivamente.

<sup>87</sup> *Ibidem*. Párrs. 90 y 97 respectivamente.

los cuales habían estado históricamente excluidos<sup>88</sup>. Sin embargo, esas dificultades no son insuperables y no implican que la exclusión deba ser perpetuada, razón por la cual le corresponde al Estado disminuirlas a través de medidas apropiadas tales como normas disciplinarias concretas, manuales de convivencia, o programas de entrenamiento y capacitación<sup>89</sup>. Así, la CrEDH ha estimado que dificultades como los arreglos de acomodación entre homosexuales y heterosexuales en las instalaciones castrenses, tampoco pueden considerarse suficientes para justificar la interferencia<sup>90</sup>.

- **La investigación sobre la orientación sexual de un militar y la consecuente expulsión por su homosexualidad no constituyen trato degradante<sup>91</sup>**

La CrEDH ha estimado que aunque la expulsión de un cuerpo armado y las investigaciones previas sobre la orientación sexual de una persona pueden constituir supuestos de hecho estresantes y humillantes, no alcanzan a tener el mínimo de severidad<sup>92</sup> requerido para que puedan ser consideradas como “tratos degradantes” en el sentido del derecho a la integridad personal<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> *Ibidem*. Párrs. 93 y 95; y 100 y 102 respectivamente.

<sup>89</sup> *Ídem*.

<sup>90</sup> *Ibidem*. Párrs. 96 y 103 respectivamente.

<sup>91</sup> PIDCP. Artículo 3. Prohibición de la tortura. “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

<sup>92</sup> A manera de referencia, el estándar genérico que ha desarrollado la CrEDH para determinar lo que puede llegar a constituir un trato cruel, inhumano o degradante es el siguiente: “El maltrato debe tener un mínimo de severidad para que pueda caer dentro del alcance del Artículo 3 de la Convención. Este mínimo es relativo y depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración del trato, y los efectos físicos y mentales”. Al respecto ver: Caso de Irlanda contra Reino Unido. Decisión de 18 enero de 1978. Párr. 65

<sup>93</sup> Caso Smith and Grady (supra nota 14). Párrs. 120-123.

- **La investigación sobre la orientación sexual de un militar y la consecuente expulsión por su homosexualidad puede ser violatoria del derecho a la libertad de expresión**

La CrEDH ha reconocido que la existencia de sanciones por la orientación sexual en sí misma, y el riesgo de las personas homosexuales de ser investigados, les impone tácitamente el silencio, la necesidad de vigilancia, la discreción y el secreto frente a sus colegas, amigos y conocidos<sup>94</sup>. En consideración de la CrEDH, esta imposición podría constituir violación del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, teniendo en cuenta que en las decisiones respectivas la CrEDH ya había reconocido violación del derecho a la privacidad, consideró la posible violación a la libertad de expresión como subsidiaria, absteniéndose de examinarla y declararla<sup>95</sup>.

## **2.2 Corte Constitucional colombiana**

### **2.2.1 Sub – reglas y estándares**

- **La expulsión de una persona de la Policía Nacional por su homosexualidad es violatoria de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad**

---

<sup>94</sup> *Ibidem*. Párrs. 127 y 128.

<sup>95</sup> Caso Smith and Grady contra Reino Unido. Decisión de 27 de septiembre de 1999. Párrs. 127 y 128.

La Corte tuvo conocimiento del caso de una expulsión de un estudiante de una escuela de policía, cuyas circunstancias permitían inferir que se trató de una sanción derivada únicamente de su homosexualidad. En su decisión, este Tribunal estableció que ni de la “conducta amanerada”<sup>96</sup> ni de la condición de homosexual de una persona debe derivarse un juicio de indignidad personal o institucional, y que el carácter peyorativo de la representación popular del homosexualismo no debería ser un motivo para que la institución armada considere afectada su dignidad, pues se trata de un elemento constitutivo del núcleo esencial del derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, no sancionable en sí mismo<sup>97</sup>.

Según la Corte, esto implica que la sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en un juicio de tipo moral, ni siquiera en la mera probabilidad hipotética de que la institución resulte perjudicada, sino en una afectación clara y objetiva del desarrollo normal y de los objetivos del cuerpo armado<sup>98</sup>.

- **Una norma que sanciona como falta contra el “honor militar” la relación o asociación con homosexuales por considerarlos antisociales, es violatoria de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad**

---

<sup>96</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 097 de 1994 (supra nota 30) Párr. 31.4.3.

<sup>97</sup> Ibídem. Párr 31.3

<sup>98</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 097 de 1994. (supra nota 30) Párr. 31.4.3; Corte Constitucional. Sentencia T 037 de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Consideraciones de la Corte Constitucional. El caso concreto.

La Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma que consagraba como falta contra el honor militar, la relación o asociación con “antisociales” como, entre otros, los homosexuales<sup>99</sup>.

Con ocasión a esta norma, la Corte reiteró que la homosexualidad en sí misma no es jurídicamente reprochable pues deriva de una opción de vida resultante de diversos factores de orden personalísimo que impiden calificarla como conducta antisocial<sup>100</sup>.

- **La existencia de sanciones disciplinarias a la homosexualidad de los docentes es violatoria del derecho a la igualdad aunque tenga como propósito evitar el abuso sexual de menores<sup>101</sup>**

La Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma que consagraba la homosexualidad como causal de mala conducta en el régimen disciplinario de los docentes<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Decreto 85 de 1989. Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Artículo 184. “Cometen falta contra el honor militar, los oficiales y suboficiales en servicio activo que incurran en hechos o situaciones que afecten el honor del cuerpo de oficiales o suboficiales o la dignidad de la institución castrense, tanto en actividades del servicio como fuera de ellas. Son faltas contra el Honor Militar las siguientes: c) Asociarse o mantener notoria relación con personal que registre antecedentes penales o sean considerados como delincuentes de cualquier género o antisociales como drogadictos, homosexuales, prostitutas y proxenetas.

<sup>100</sup> Constitucional. Sentencia C 507 de 1999 (supra nota 30) Párrs. 5.8 y 5.9.

<sup>101</sup> Es importante mencionar que la Corte Constitucional en su Sentencia C 481 de 1998, se abstuvo de pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expulsión de un docente homosexual de un establecimiento de educación privado, sin embargo arrojó luz sobre el sentido de una eventual decisión al respecto mencionando que la Carta reconoce el pluralismo educativo y el ordenamiento confiere una cierta autonomía a los establecimientos educativos privados para manejar sus asuntos, pero obviamente dentro del estricto marco de la Constitución.

Para desarrollar esta sub – regla, la Corte se basó en la ausencia de evidencia empírica<sup>103</sup> de que los homosexuales tengan una mayor tendencia al abuso sexual de menores, y en el reproche de los abusos sexuales contra menores independientemente de si son cometidos por homosexuales o heterosexuales<sup>104</sup>.

En aplicación del “test” estricto de igualdad, la Corte estimó que si bien la protección de la integridad sexual y personal de los menores representa no sólo un fin legítimo sino una necesidad social imperiosa, la medida sancionatoria de la homosexualidad en sí misma no es ni siquiera adecuada para tal fin, razón por la cual este Tribunal se abstuvo de continuar el examen<sup>105</sup>.

En virtud de ello, la Corte concluyó que la medida estaba fundada en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denotaba la injusta estigmatización que ha afectado a la población homosexual y que se ha invocado para imponerle cargas o para privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica como son el mercado laboral del país<sup>106</sup>.

- **La existencia de sanciones disciplinarias a la homosexualidad de los docentes**

---

<sup>102</sup> Decreto 2277 de 1979. Artículo 46. Causales de mala conducta. “Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta: (...) b- El homosexualismo, o la práctica de aberraciones sexuales”.

<sup>103</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Párr. 29.

<sup>104</sup> Ibídem. Párr 30.

<sup>105</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Párr. 29.

<sup>106</sup> Ibídem. Párr. 29.

**es violatoria del derecho a la igualdad aunque tenga como propósito evitar la inducción de “comportamientos indebidos o anormales” entre los educandos**

En el mismo análisis de constitucionalidad mencionado en el punto anterior, la Corte llegó a esta conclusión a partir dos elementos.

El primero, la complejidad del proceso de formación de la identidad sexual y la falta de evidencia empírica de que efectivamente la presencia cercana de una persona homosexual (padres, docentes, entre otros) tiene influencia alguna en la orientación/opción sexual de los adolescentes<sup>107</sup>.

Y el segundo, la imposibilidad de considerar admisible como finalidad constitucionalmente imperiosa, el hecho como tal de evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual, toda vez que este objetivo reproduce los estigmas contra estas personas<sup>108</sup>.

- **La sanción del homosexualismo, y la consecuente inhabilitación para concursar para el cargo de notario a quien ha sido sancionado disciplinariamente por esa causa, es incompatible con la Constitución Política**

---

<sup>107</sup> *Ibidem*. Párr. 31.

<sup>108</sup> *Ídem*.

La Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma que imposibilitaba acceder a concurso público al notario que anteriormente había sido sancionado disciplinariamente por, entre otras causales, el homosexualismo<sup>109</sup>.

En términos generales, la Corte señaló que aquellas particulares conducciones de vida de los servidores públicos que se explican como alternativas existenciales y que no involucran infracción de deber funcional alguno, son incuestionables para la potestad disciplinaria e irrelevantes para la configuración de inhabilidades pues ni los ilícitos ni los impedimentos para acceder a la función pública pueden orientarse a la formación de hombres buenos y mucho menos a hacerlo de acuerdo con los parámetros de bondad que pueda irrogarse el Estado. A éste le basta con orientar su potestad disciplinaria al cumplimiento de los deberes funcionales de sus servidores y a asegurar la primacía del interés general en la función pública, pero no tiene ninguna legitimidad para interferir en la esfera interna de cada ser humano<sup>110</sup>.

Sobre la homosexualidad en sí misma, la Corte ha dicho que el moderno constitucionalismo suministra argumentos para que aquélla deje de considerarse como una enfermedad o como una anormalidad patológica y para que, en lugar de ello, se asuma como una preferencia sexual que hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En ese contexto, ninguna razón es

---

<sup>109</sup> Ley 588 de 2000 sobre la actividad notarial. Artículo 4°. Parágrafo 2°. “Quien haya sido condenado penal, disciplinaria o administrativamente por conductas lesivas del patrimonio del Estado o por faltas como Notario consagradas en el artículo 198 del Decreto-ley 960 de 1970 no podrá concursar para el cargo de notario. Entre dichas falta se encontraba el homosexualismo”.

<sup>110</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 373 de 02. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Numeral 13.

válida para que la asunción de una particular identidad sexual constituya falta disciplinaria<sup>111</sup>.

A partir de estos planteamientos, la Corte consideró que la falta disciplinaria de “homosexualismo” y la inhabilidad a partir de ella generada, son incompatibles con la Constitución, pues se amparan en la sola reprobación moral de la conducta del servidor público, con total abstracción de la infracción del deber jurídico como punto de partida para el ejercicio de la potestad disciplinaria<sup>112</sup>. Finalmente, la Corte precisó que la homosexualidad en nada afecta la adecuada prestación del servicio de la fe pública<sup>113</sup>.

### **3. SANCIONES DISCIPLINARIAS Y DE OTRO TIPO A LA EXTERIORIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD**

#### **3.1 Corte Constitucional colombiana**

##### **3.1.1 Sub – reglas y estándares**

- **La prohibición de manifestar y/o exteriorizar la condición de homosexual en las instalaciones de los cuerpos armados no es violatoria de la Constitución**

---

<sup>111</sup> Ibidem. Numeral 16.

<sup>112</sup> Ibidem. Numeral 15.

<sup>113</sup> Ídem.

La Corte se ha referido al tema de las manifestaciones externas de la homosexualidad en los planteles educativos de las fuerzas armadas, con relación al derecho a la igualdad ante la ley, concluyendo que este derecho no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal – como la homosexualidad – esté autorizado para actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones e incurrir, sin poder ser castigado, en conductas ajenas a la respetabilidad de un centro educativo, menos si se trata de una institución cuya alta misión exige de quienes la componen las más excelsas virtudes<sup>114</sup>.

Esto ha llevado al Tribunal a concluir que los actos de homosexualidad que impliquen objetivamente el acoso o asedio a los compañeros dentro del establecimiento, quebrantan de manera ostensible la disciplina, y además ofenden a los demás integrantes de la comunidad educativa, por todo lo cual aquellos deben ser oportuna y ciertamente castigados<sup>115</sup>.

- **La existencia de sanciones disciplinarias a la homosexualidad de los docentes es violatoria del derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, aún sí se trata de eventos en los que la homosexualidad trasciende a la vida**

---

<sup>114</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 037 de 1995 (supra nota 98). Consideraciones de la Corte Constitucional. El caso concreto.

<sup>115</sup> *Ibidem*. Consideraciones de la Corte Constitucional. La disciplina, elemento esencial de la educación. Alcance del libre desarrollo de la personalidad; Un estándar más estricto fue planteado por el Magistrado Carlos Gaviria Díaz en su Salvamento de Voto a esta sentencia, en la cual consideró que los hechos de indisciplina cometidos por el accionante fueron ambiguos e intrascendentes, y no justificaban la sanción impuesta. Para el Magistrado, tales hechos fueron la excusa para sancionar los actos homosexuales cometidos en privado, con un adulto y fuera del establecimiento educativo, y de hecho, terminó siendo una sanción sobre la base de la homosexualidad y no de la indisciplina.

## **pública**

En posterior decisión la Corte señaló que no es admisible condicionar una sanción consistente en la homosexualidad de los docentes a aquellas conductas que trasciendan a la vida pública<sup>116</sup>, pues ello implicaría que las personas homosexuales deben ocultar su orientación/opción sexual, exigencia que no es impuesta a las personas heterosexuales<sup>117</sup>.

## **4. SANCIONES DISCIPLINARIAS Y DE OTRO TIPO A LAS PRÁCTICAS HOMOSEXUALES**

### **4.1 Corte Constitucional colombiana**

#### **4.1.1 Sub – reglas y estándares**

- **La sanción disciplinaria de militares y/o policías por prácticas sexuales cometidas públicamente, en actividades del servicio, o dentro de la institución,**

---

<sup>116</sup> A manera de referencia es importante mencionar que la Corte Constitucional hizo este análisis con fundamento en la incompatibilidad con la Constitución actual, de los estándares desarrollados en un caso similar en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de agosto de 1982, en la cual esta Corporación concluyó: “Naturalmente que cualquiera de los comportamientos arriba referidos que desplieguen del funcionario debe ser sancionado por el juez disciplinario, cuando, como lo afirma la viceprocuradora, “pierda su naturaleza privada y trascienda a la vida pública”, y en sentir de la Corte, además cuando, genere indefectiblemente actitud ostensible de reprobación social, o corresponda a prácticas conexas o colindantes con actos delictivos, o de alguna manera signifique un evidente desdoro y ocasione una consiguiente desconfianza pública en relación con la administración de la justicia. Al Estado solo le debe interesar que la función pública no se vea comprometida con el comportamiento indebido de sus funcionarios, pero no escudriñar su derecho de intimidad y su recato”.

<sup>117</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 481 de 1998 (supra nota 35) Párr. 32.

**no es violatoria de la Constitución si respeta el debido proceso y el principio de legalidad**

La Corte ha llegado a esta conclusión tanto en casos sobre expulsiones de miembros de estos cuerpos armados, como en decisiones de constitucionalidad de sanciones a las prácticas sexuales en sus instalaciones.

Este Tribunal ha estimado que no puede alegarse un malentendido derecho al libre desarrollo de la personalidad como argumento válido para neutralizar la actividad de formación que el Estado tiene a su cargo, siempre que ésta no sea irrazonable. En virtud de ese derecho, las instituciones educativas no deben renunciar a exigir de sus alumnos comportamientos acordes con un régimen disciplinario al que están obligados y conocen desde su ingreso<sup>118</sup>.

En consideración de la Corte, esto adquiere mayor relevancia cuando se trata de establecimientos en los cuales se imparte formación a quienes pertenecen o habrán de pertenecer a las fuerzas armadas de la República, pues por su naturaleza, la disciplina debe ser mucho más exigente<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 037 de 1995. (supra nota 98) Consideraciones de la Corte Constitucional. La disciplina, elemento esencial de la educación. Alcance del libre desarrollo de la personalidad.

<sup>119</sup> Ídem.

En ese sentido la Corte ha considerado que las prácticas sexuales dentro de los cuarteles y escuelas de Policía, al igual que las manifestaciones externas de este tipo de conducta pueden ser objeto de sanción siempre que interfieran con los objetivos, funciones y disciplina legítimamente instituidos<sup>120</sup>.

Posteriormente la Corte delimitó de manera más precisa las conductas que podrían ser objeto de sanción sin desconocer la Constitución, indicando que los actos sexuales (tanto homosexuales como heterosexuales)<sup>121</sup> llevados a cabo en el ámbito de la comunidad o actividad castrenses, desbordan la esfera del amparo constitucional a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, afectando derechos de terceros y resultando incompatibles con los principios que gobiernan la vida militar, los cuales deben desenvolverse en el marco de un comportamiento caracterizado por el valor, la rectitud, y el decoro institucionales, como condiciones esenciales para la existencia de toda fuerza pública<sup>122</sup>.

No obstante lo anterior, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las sanciones a las prácticas sexuales en las instalaciones castrenses, y refiriéndose al principio de

---

<sup>120</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 097 de 1994 (supra nota 30) Párr. 31.4.3.

<sup>121</sup> Es importante mencionar que, en todo caso, la Corte mantuvo en el ordenamiento jurídico la norma que sancionaba precisamente los actos de homosexualismo, bajo el entendido que incluye también actos heterosexuales. Sentencia C 507 / 99 (supra nota 30). Punto resolutivo tercero. Textualmente resolvió: “Declarar exequible la expresión ‘o practicar o propiciar la prostitución’ contenida en el literal d) del artículo 184 del Decreto ley 85 de 1989, así como la expresión ‘Ejecutar actos de homosexualismo’, incluida en el mismo literal, pero bajo el entendido de que se trate de actos sexuales, sean ellos de carácter homosexual o heterosexual, que se realicen de manera pública, o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses propiamente dichas”.

<sup>122</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 507 de 1999 (supra nota 30) Párr. 5.12.

legalidad, la Corte manifestó que si la regulación de las sanciones reviste de cierta ambigüedad es violatoria de la Constitución.

La Corte llegó a esta conclusión partiendo del estándar genérico en virtud del cual la inclusión de referentes morales debe ser absolutamente precisa. En ese sentido estableció que cuando se trata de la actividad punitiva o sancionatoria del Estado, la utilización de estas referencias debe hacerse de manera concreta, indicando cuáles son los comportamientos que el legislador estima jurídicamente sancionables por ser considerados socialmente inmorales, pues de lo contrario se desconocerían las garantías del debido proceso, especialmente de la de legalidad de las faltas y las sanciones<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 431 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Párr. 17. La Corte desarrolló este estándar reiterando la importancia del principio de legalidad en el marco de las sanciones disciplinarias en los siguientes términos: “Sobre el principio de legalidad en la potestad sancionadora, tanto en materia penal como disciplinaria, la garantía constitucional del principio de legalidad, impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación. El mandato contenido en el artículo 29 de la Carta Política exige al legislador definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas disciplinariamente, el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones, y el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales para la investigación y la definición de las autoridades competentes que dirijan y resuelvan sobre la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios investigados”. Es importante mencionar a manera de referencia, que en la sentencia C 373 de 02 (supra nota 110) Párr. 13, la Corte sugirió un estándar más bajo en ese sentido al señalar que: “Es cierto que dada la particular naturaleza de las conductas interferidas por el derecho disciplinario, al legislador le está permitido describir los tipos con cierto grado de generalidad e indeterminación, y acudir a una técnica de tipos abiertos que configura un margen valorativo para el aplicador de la norma”. La presente investigación asume como estándar actual el de la sentencia C 431 de 2004, y no corresponde profundizar en el posible cambio jurisprudencial.

Específicamente, sobre la norma de disciplina militar que sancionaba “mantener relaciones sexuales en acuartelamiento, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares, cuando por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo o por su trascendencia atenten contra la dignidad militar”, la Corte estimó que la redacción presentaba una indeterminación acerca de lo que puedan ser la “forma y circunstancias” en las cuales las relaciones sexuales atentan contra la dignidad militar, y que la indeterminación era de tal entidad que no se podían precisar los comportamientos sancionados, concluyendo que dicha disposición era inconstitucional<sup>124</sup>. Consideró igualmente que resultaba impreciso el concepto de relaciones sexuales “que por su trascendencia” atenten contra la dignidad militar, y que la norma no resultaba clara en cuanto a si las relaciones sexuales sancionables eran únicamente las públicas, o si también resultaban sancionables aquellas estrictamente privadas pero que “por su trascendencia” llegan a ser conocidas<sup>125</sup>.

- **La expulsión de un estudiante de la Policía por prácticas homosexuales en desconocimiento del debido proceso, es violatoria del derecho al buen nombre y a la educación**

---

<sup>124</sup> Específicamente, en la Sentencia C 431 de 2004 (supra nota 123) se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 836 de 2003 que consagraba como falta gravísima lo siguiente: 38. “Mantener relaciones sexuales en acuartelamiento, bases, buques, aeronaves y demás establecimientos militares, cuando por la forma y circunstancias en que se lleven a cabo o por su trascendencia atenten contra la dignidad militar”.

<sup>125</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 431 de 2004 (supra nota 123) Párr. 19.

Teniendo en cuenta que la expulsión prevista como sanción de las prácticas homosexuales no sólo constituye una respuesta del ordenamiento jurídico frente a una conducta, sino que además da lugar a una condena social impuesta por la cultura prevaleciente en la sociedad, la Corte ha desarrollado un estándar según el cual la aplicación de este tipo de sanciones a estudiantes de los cuerpos armados en desconocimiento del debido proceso, implica una violación múltiple y compleja de derechos que incluyen además el derecho a la educación y al buen nombre<sup>126</sup>.

En efecto, aunque la Corte ha considerado en otros fallos que toda decisión jurídica condenatoria lesiona la imagen que la persona tiene en la sociedad y con ella afecta sus aspiraciones y posibilidades, por lo general – y sobretodo en el ámbito disciplinario – la falta está ligada a las circunstancias y puede ser redimida por un comportamiento adecuado. No obstante lo anterior, la Corte concluyó que en el caso de las prácticas homosexuales, la decisión jurídica condenatoria es percibida como un mensaje que proviene no de la conducta circunstancial del inculcado sino de su naturaleza humana. Así, las prácticas homosexuales sólo adquieren sentido en la medida en que confirman la condición de homosexual, y la sanción imputada a su conducta está ligada a la persona misma de tal manera que lo esencial resulta siendo su condición de homosexual, y lo secundario la falta cometida<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 097 de 2004 (supra nota 30) Párr. 32.1.

<sup>127</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 097 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Párr. 32.1..2

Esto implica que, tal como señaló la Corte en decisión posterior, debe estar acreditado que los hechos sancionables se cometieron, sobre la base de hechos patentes, por lo cual se excluyen las consideraciones meramente subjetivas provenientes de rumores o maledicencias, cuya precipitada aceptación por las autoridades educativas implica vulneración a la honra y al buen nombre del inculpado<sup>128</sup>.

**• La restricción a la circulación o la detención administrativa de una persona por la exteriorización de su homosexualidad, es violatoria de los derechos a la igualdad, integridad, libre desarrollo de la personalidad, honra, buen nombre y libre circulación, sin que pueda justificarse la salvaguarda de la moral pública**

La Corte se pronunció en este caso sobre la prohibición de tránsito impuesta a un grupo de homosexuales por parte de una autoridad policiva, y la aplicación de la detención administrativa por el posible comercio ilícito de drogas que “estas personas” podrían cometer<sup>129</sup>. En este caso, la Corte aplicó un “test” estricto de proporcionalidad en atención a que se trataba, por un lado de un alegato de “moral pública”<sup>130</sup>, y por otro de una distinción sobre la base de un criterio sospechoso como la orientación sexual<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 037 de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Consideraciones de la Corte Constitucional. La disciplina, elemento esencial de la educación. Alcance del libre desarrollo de la personalidad.

<sup>129</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 301 de 2004 (supra nota 42).

<sup>130</sup> En este sentido, desarrolló el concepto de moral pública, determinando que ella i) es un elemento adicional en la constitucionalización de los derechos de los ciudadanos, ii) es fuente de limitaciones de derechos constitucionales pues permite al Estado imponer restricciones con el objetivo de armonizar

Aplicando este “test” estricto de proporcionalidad, la Corte señaló que ni la restricción a la libertad de circulación de un grupo de ciudadanos, ni la detención administrativa de los mismos pueden lograr el fin constitucionalmente protegido de la guarda de la moral pública. Además, la Corte estimó que esas medidas no son ni necesarias ni adecuadas para garantizar un valor constitucional únicamente porque a un agente de policía le “pareció” que dichos ciudadanos estaban involucrados en la comisión de un delito como el tráfico de drogas. En opinión de la Corte las medidas no sólo no fueron adecuadas ni necesarias, sino además inútiles y desproporcionadas, pues sacrificaron valores constitucionales sin que mediara razón suficiente para ello<sup>132</sup>.

La Corte concluyó finalmente que es inconstitucionalmente discriminatorio que las personas homosexuales sean arrestadas con ocasión de comportamientos que son respetados y garantizados a los heterosexuales<sup>133</sup>.

**• La detención administrativa de personas homosexuales con la finalidad de determinar si una de ellas está infectada con VIH/SIDA es violatoria de la Constitución aunque se pretenda mantener la salubridad pública**

---

proyectos de vida disímiles en el contexto de una democracia, y iii) está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derechos, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia. Corte Constitucional. Sentencia T 301 de 2004 (supra nota 42) Numeral 6.

<sup>131</sup> *Ibidem*. Numeral 7.

<sup>132</sup> *Ibidem*. Párr. 8.1.

<sup>133</sup> *Ídem*.

Reiterando los mismos criterios señalados en el punto anterior, la Corte ha encontrado injustificado que los organismos de policía amparen la realización de detenciones preventivas a un sector determinado de la población, sustentando para ello que tienen conocimiento de la presencia de una persona con VIH/SIDA en un determinado sector<sup>134</sup>.

La Corte planteó dos cuestiones al respecto. En primer lugar señaló que un ente administrativo como el policial, bajo ninguna circunstancia puede crear bancos de datos que contengan información relacionada con las personas que son VIH positivo. En segundo lugar indicó que aún en gracia de discusión, si ello fuera posible, la autoridad administrativa tendría que conducir no a un número limitado de ciudadanos homosexuales sino al grueso de la población de una determinada ciudad, pues es de amplio conocimiento que el virus no ataca exclusivamente a una categoría cerrada de sujetos. Concluyó la Corte que el problema de la propagación de enfermedades infecto/contagiosas y el deber de velar por la salubridad pública no se satisfacen restringiendo la libertad de circulación de algunos individuos que, con fundamento en un prejuicio social refutado, son discriminados con ocasión de su opción sexual<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Ídem.

<sup>135</sup> Ídem.

### **CAPÍTULO TRES: EL EJERCICIO DE OTROS DERECHOS Y LA ORIENTACIÓN/OPCIÓN HOMOSEXUAL**

Este capítulo se divide en dos grandes partes que obedecen a la doble perspectiva desde la cual se han abordado los derechos que de una u otra manera se han relacionado con la orientación/opción homosexual. La primera consiste en el ejercicio de derechos por parte de la población homosexual en tanto personas individualmente

consideradas; y la segunda se refiere a las parejas homosexuales y su intento de reivindicación de derechos en pie de igualdad frente a las parejas heterosexuales.

## **1. DIMENSIÓN INDIVIDUAL**

### **1.1 El derecho a la vida e integridad personal**

#### **1.1.1 DIDH**

##### **1.1.1.1 Sistema Universal**

###### **1.1.1.1.1 Violaciones del derecho a la vida, impunidad y victimización**

En sus observaciones generales sobre países, el CDH repudió el fenómeno llamado “limpieza social” que implica ejecuciones de grupos de personas vulnerables tales como niños en las calles, prostitutas, y homosexuales<sup>136</sup>. En varias oportunidades esta autoridad ha manifestado preocupación por la ausencia de medidas efectivas para prevenir actos similares y para evitar que queden en la impunidad<sup>137</sup>. Así por ejemplo, ha expresado preocupación por la discriminación en el acceso a la justicia

---

<sup>136</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de Colombia. CCPR/C/79/Add.76. 3 de mayo de 1997. Párr. 16.

<sup>137</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre El Salvador. CCPR/CO/78/SLV. 27 de julio de 2003. Párr. 16; Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de Colombia. CCPR/C/79/Add.76. 3 de mayo de 1997. Párr. 16.

por parte de personas homosexuales, como consecuencia de la victimización que opera frecuentemente en su perjuicio<sup>138</sup>.

Algo similar manifestó la Relatoría Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias frente a la existencia de graves violaciones del derecho a la vida seguidas de impunidad casi generalizada por la victimización, el silenciamiento y la indiferencia frente tales actos<sup>139</sup>.

La Relatoría sobre la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes ha considerado que la discriminación sobre la base de la orientación sexual en las cárceles contribuye al proceso de deshumanización de la víctima, incrementando el riesgo de ser objeto de tortura.

Desarrollando un poco más el tema de la victimización, esta última Relatoría señaló que las minorías sexuales son frecuentemente percibidas como “menos creíbles” por parte de agentes del Estado, o de alguna manera “menos titulares” del derecho a igual protección contra la violencia cometida por agentes no estatales. Las consecuencias de esos procesos de victimización, incluyendo agresiones sexuales tanto verbales

---

<sup>138</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de China. CCPR/C/79/Add.117. 12 de noviembre de 1999. Párr. 15

<sup>139</sup> Comisión de Derechos Humanos. 20 de abril de 2000. Informe de la Relatora Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias. Párr. 6.

como físicas, son el silenciamiento por parte de las víctimas de tales actos por vergüenza o amenaza de funcionarios estatales de publicar su condición sexual<sup>140</sup>.

Asimismo, se ha pronunciado sobre la vulnerabilidad a actos de tortura en que se encuentran las personas homosexuales detenidas que tienen VIH/SIDA como un medio de castigo por su “inaceptable conducta”, además de la discriminación por su orientación sexual o identidad de género en cuanto al acceso a los tratamientos correspondientes y atención médica<sup>141</sup>.

#### **1.1.1.1.2 Situación carcelaria**

El CAT en sus observaciones sobre países, ha expresado repudio por el maltrato discriminatorio en las cárceles, también con ocasión a la victimización de personas homosexuales<sup>142</sup>.

#### **1.1.1.1.3 Situación de riesgo de los defensores/as de las minorías sexuales**

El CAT en sus observaciones sobre países, ha manifestado preocupación por el mayor peligro que enfrentan los defensores y defensoras de derechos humanos relacionados con temas de orientación sexual<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2002/76. 27 de diciembre de 2001. Informe del Relator Especial sobre la Tortura. Nigel Rodley.

<sup>141</sup> Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/56. 23 de diciembre de 2003. Informe del Relator Especial sobre Tortura. Theo van Boven. Párr. 64.

<sup>142</sup> Comité contra la Tortura. Conclusiones y Recomendaciones al Estado de Brasil. CAT A/56/44 (2001). Párr. 119 b.

Por su parte la Representante Especial sobre Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, ha enfatizado mediante sus informes que los defensores, defensoras y activistas en general sobre temas de sexualidad, orientación sexual y derechos reproductivos, se encuentran en un nivel mayor de riesgo. Ha especificado que ello se debe a que el trabajo de estas personas implica en la mayoría de los casos un desafío a las estructuras sociales, prácticas tradicionales e interpretaciones de preceptos religiosos. Así, ha podido documentar que estos grupos son vulnerables al prejuicio, la marginalización y el repudio, no solamente por parte de agentes estatales sino de particulares<sup>144</sup>.

### **1.1.2 Corte Constitucional colombiana**

#### **1.1.2.1 Sub – reglas y estándares**

- **La omisión de la autoridad competente de evitar que otros reclusos abusen de una persona homosexual detenida, es violatoria de los derechos a la vida, integridad física, libertad sexual y salud**

---

<sup>143</sup> Comité contra la Tortura. Conclusiones y Recomendaciones al Estado de Venezuela. CAT/C/CR/29/2. 23 de diciembre de 2002. Párr. 10. d.

<sup>144</sup> Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2001/94. 26 de enero de 2001. Informe de la Representante Especial de la Secretaría General de Defensores de Derechos Humanos. Hina Jilani. Párr. 89. g.

La Corte examinó la persistente violación ocurrida en una cárcel en perjuicio de una persona homosexual, y la negativa de la autoridad penitenciaria de trasladarla a otro centro de detención.

En términos generales la Corte reiteró la especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas privadas de la libertad<sup>145</sup> y el concepto de dignidad humana desde su triple dimensión, como autonomía, como condiciones materiales de existencia, y como intangibilidad de los bienes no patrimoniales como la integridad física e integridad moral<sup>146</sup>. Asimismo confirmó su jurisprudencia sobre las restricciones a los derechos de los reclusos en el sentido de que aunque algunos de sus derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones significativas como consecuencia de su situación, existe un conjunto de derechos que no puede ser objeto de restricción como por ejemplo la vida, la integridad personal, la libertad de conciencia o la salud<sup>147</sup>.

En este último contexto la Corte ha señalado que las dimensiones afectivas y sexuales de todo ser humano como las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad

---

<sup>145</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 1096 de 2004. Magistrado Ponente. Manuel José Cepeda. Párr. 2.1.

<sup>146</sup> *Ibidem*. Párr. 2.3.

<sup>147</sup> *Ibidem* Párr. 2.5. En cuanto al derecho a la salud en esta sentencia, vale la pena mencionar que el accionante tenía miedo fundado de haber sido contagiado con VIH por un recluso con quien se vio obligado a tener relaciones sexuales. Sobre este punto, la Corte se limitó a mencionar que aquél fue sometido a circunstancias de inseguridad y riesgo que podrían incluso haber comprometido su salud y su vida de manera irreparable, en caso de que efectivamente hubiera sido contagiado de la enfermedad.

pueden ser objeto de restricciones razonables, pero no anulados de manera absoluta<sup>148</sup>.

Para conceder la tutela en el caso que se menciona, la Corte se valió de la situación general de todos los detenidos en Colombia, denominada por este mismo Tribunal como “estado de cosas inconstitucional”<sup>149</sup>. A esta situación de tipo general, la Corte añadió los prejuicios que reinan en las cárceles acerca de la orientación sexual, como factores autónomos de violencia y discriminación hacia personas homosexuales, aumentando los riesgos que enfrentan. En opinión de la Corte, la ausencia de medidas concretas de protección<sup>150</sup> en una situación de abuso sexual en un centro penitenciario, constituye una forma de avalar la discriminación mediante

---

<sup>148</sup> Este es el mismo criterio tenido en cuenta por la Corte en la sentencia T 499 de 03 sobre el derecho a la visita íntima, que será precisado con mayor detalle más adelante.

<sup>149</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 1096 de 2004 (supra nota 145) Párr. 1.

<sup>150</sup> Aunque no corresponde en esta investigación desarrollar detalladamente todas las posibles medidas de protección que puede adoptar el Estado frente a las personas homosexuales, cabe mencionar aquí a manera de referencia, que en la Sentencia que se menciona en este punto, la T 1096 de 2004, la Corte Constitucional ordenó a distintos organismos del Estado la adopción de las siguientes medidas concretas: “1) Asegurar que a partir del momento mismo de la notificación de la sentencia se tomen las medidas necesarias para impedir que la libertad sexual y la integridad física del accionante sean afectadas o amenazadas nuevamente. El Director General del INPEC y el Director del centro penitenciario en el cual se encuentre actualmente recluido el accionante, serán conjuntamente los responsables del cumplimiento de la orden, así como de su incumplimiento; 2) Asegurar una condición de estabilidad, seguridad y respeto a los derechos fundamentales de Mauricio Gutiérrez Jaramillo. Por tanto, se ordenará al Dirección General del INPEC que a más tardar en el término de 3 meses se le ubique en un centro penitenciario que no suponga riesgos para su dignidad y, en especial, para su libertad sexual y para su integridad física; 3) Que el INPEC adelante las investigaciones que sean del caso y presente las denuncias penales a que haya lugar; 4) Que la Fiscalía General de la Nación de oficio adelante las investigaciones que estime procedentes; 5) Impedir limitaciones adicionales, así como evitar que se tomen medidas que signifiquen discriminación o retaliación alguna en contra del accionante; 6) Poner en conocimiento de la Defensoría del Pueblo la presente decisión con dos propósitos. El primero de ellos, verificar el cumplimiento de la presente sentencia, y el segundo, prestarle el apoyo necesario a Mauricio Gutiérrez Jaramillo para que se le informe acerca de cuáles son sus derechos y acerca de cómo puede ejercerlos. En especial, deberá brindársele la información acerca de la posible responsabilidad que le asista al Estado en su caso”.

presunciones de responsabilidad parcial de la víctima por las vejaciones cometidas en su contra<sup>151</sup>.

Finalmente y refiriéndose al tema concreto de la resocialización, la Corte planteó que esta labor en cabeza del Estado, no consiste en imponer determinados valores a los reclusos sino en brindarles los medios para que en uso de su autodeterminación establezcan el camino de su reinserción al conglomerado social. Esto implica que no es aceptable las autoridades pretendan modificar la orientación sexual de los reclusos<sup>152</sup>.

## **1.2 El derecho a la libertad de expresión**

### **1.2.1 DIDH**

#### **1.2.1.1 Sistema Universal**

##### **1.2.1.1.1 Sub – reglas y estándares**

- **La censura al tema de la homosexualidad en un programa de televisión, no es violatoria del derecho a la libertad de expresión cuando se pretende proteger la moral pública.**

---

<sup>151</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 1096 de 2004 (supra nota 145) Párr. 3.2.

<sup>152</sup> Ibidem. Párr. 5.4.

El CDH en ejercicio de su función contenciosa, se pronunció sobre las posibles restricciones a este derecho a partir de un caso en el cual el Estado finlandés censuró una pluralidad de programas de televisión en los que, por medio de entrevistas, series y documentales, se mencionaban temas como la homosexualidad, la discriminación sobre la base de la orientación sexual, y las minorías sexuales como grupos marginados<sup>153</sup>.

Este fue el primer tema relacionado con la orientación sexual, que el CDH tuvo la posibilidad de conocer en el marco de las peticiones individuales.

El CDH partió del contenido del derecho a la libertad de expresión cuyo ejercicio entraña especiales deberes y responsabilidades, y puede estar sujeto a restricciones siempre que estén consagradas en la ley y sean necesarias para asegurar los derechos o la reputación de los demás, la protección del orden público, la seguridad nacional, y la salud o moral públicas<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Hertzberg contra Finlandia. Comunicación No. 61/1979. CCPR/C/OP/1 (1985). Párrs. 2.2, 2.3, 2.4 y 2.5.

<sup>154</sup> PIDCP. Artículo 19. “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Tras la referencia normativa, el CDH estableció que la amplitud del concepto de “moral pública” y la inexistencia de una pauta universal aplicable a dicho concepto, implica que debe permitirse un cierto margen de discrecionalidad a las autoridades nacionales<sup>155</sup>.

Con fundamento en lo anterior y sin establecer los límites de este margen, el CDH concluyó<sup>156</sup> que no podía cuestionar la decisión de la autoridad interna según la cual la radio y la televisión no son foros apropiados para discutir asuntos relacionados con la homosexualidad, pues ello podría ser juzgado como “promoción del comportamiento homosexual”, conducta sancionada penalmente en la legislación interna del Estado respectivo. Finalmente el CDH señaló que, tratándose de programas de radio y televisión, no era posible controlar la audiencia, y en consecuencia, los efectos dañinos a los menores de edad no podrían ser excluidos de su decisión<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Hertzberg (supra nota 153) Párr. 10.3.

<sup>156</sup> Uno de los miembros del Comité planteó una opinión individual sobre el caso, en la cual consideró que el pronunciamiento no prejuzgaba ni sobre el derecho a “ser diferente y vivir de acuerdo a ello” ni sobre el derecho a la libertad de expresión de esas diferencias. En su opinión, el concepto de moral pública es relativo y cambiante, y no puede ser utilizado por los estados para perpetuar el prejuicio o promover la intolerancia, pues ello impediría la protección efectiva de la libertad de expresión de los puntos de vista minoritarios, incluyendo aquellos que ofenden o escandalizan a la mayoría. Por ello, estimó que el hecho de que la disposición del Código Penal finlandés refleje las concepciones morales prevalecientes en la sociedad, no es suficiente para justificar la restricción del derecho a la libertad de expresión en el sentido del Artículo 19.3 del PICDP, puesto que debe demostrarse también la necesidad de la restricción. Ver. Comité de Derechos Humanos. Caso Hertzberg (supra nota 153) Opinión Individual del miembro del Comité Mr. Torkel Opsahl. Párrs. 1 y 2.

<sup>157</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Hertzberg (supra nota 153) Párr. 10.4.

Los planteamientos de esta decisión deben entenderse superados conforme a la jurisprudencia sobreviviente de este organismo.

## **1.2.2 Corte Constitucional colombiana**

### **1.2.2.1 Sub – reglas y estándares**

- **El rechazo a la solicitud de emisión de un comercial de televisión en el cual aparecen manifestaciones afectivas entre personas homosexuales, no es violatorio de la Constitución, siempre y cuando se fundamente en criterios técnicos y objetivos.**

La Corte se pronunció sobre la negativa por parte de una autoridad administrativa de emitir un comercial que tenía como propósito evitar la propagación del SIDA, y en el cual aparecía una pareja de hombres homosexuales besándose.

El análisis de la Corte partió de la distinción entre “hacer público un mensaje publicitario” y “el ejercicio libre de la personalidad” estableciendo que el primero no es un medio idóneo para desarrollar el segundo<sup>158</sup>. Así, concluyó que la negativa de una autoridad administrativa de emitir un comercial con fundamentos netamente técnicos y dentro del uso legítimo de sus facultades, no puede considerarse violatoria

---

<sup>158</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 539 de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Consideraciones de la Corte. Numeral 3.2. Literal a).

de la Constitución a menos que pueda evidenciarse una actitud de rechazo, burla, compulsión, violencia o conducta similar contra la población homosexual por parte de la autoridad respectiva.

En ese sentido, la Corte consideró que la negativa de emitir el comercial fue legítima, dado que el problema del VIH/SIDA no es un problema exclusivo de la población homosexual y en consecuencia, el comercial no era un mensaje adecuado ni idóneo para el logro del fin que se proponía. Según la Corte, estos fueron criterios técnicos y objetivos para no autorizar la emisión del comercial y por lo tanto, tal decisión no puede considerarse discriminatoria ni violatoria del derecho a la igualdad<sup>159</sup>.

Sobre la base del mismo argumento la Corte concluyó que la situación mencionada tampoco era violatoria del derecho a la libertad de expresión, pues un “juicio técnico de conveniencia” producto de la “sana lógica discrecional”, no puede ser considerado propiamente como censura, pues no se está prohibiendo el homosexualismo ni tampoco se está vetando su modo de expresión al considerar un anuncio “inadecuado” o “distorsionador de la realidad”<sup>160</sup>. En el mismo sentido la Corte estimó que el supuesto de hecho no puede considerarse como un trato degradante<sup>161</sup> ni violatorio del derecho a la honra o a la dignidad<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> *Ibíd.* Numeral 3.2. Literal b).

<sup>160</sup> *Ibíd.* Numeral 3.2. Literal c).

<sup>161</sup> *Ibíd.* Numeral 3.2. Literal d).

<sup>162</sup> *Ibíd.* Numeral 3.2. Literal e).

- **La prohibición de emitir imágenes de manifestaciones afectivas entre personas homosexuales, cuya emisión es permitida entre personas heterosexuales, no es violatoria *per se* del derecho a la igualdad ni del principio de pluralismo<sup>163</sup>.**

La Corte ha estimado que mal podría la autoridad administrativa mostrar como idénticas las conductas sexuales comúnmente reconocidas como naturales a las que son practicadas por un grupo específico de la población y que de alguna manera son excepcionales con respecto al comportamiento sexual de la generalidad de las personas. En opinión de la Corporación, los medios masivos de comunicación tienen una responsabilidad social, sobretodo porque ellos - especialmente la televisión - condicionan en gran medida el comportamiento y valores de los niños y los adolescentes. De ahí la misión formativa de los medios de comunicación social, los cuales no pueden invertir el orden de valores de la sociedad, bajo el pretexto de una mal entendida igualdad”<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> La sentencia T 539 de 1994 (supra nota 158), aunque decidió sobre un solo tema, desarrolla dos líneas de argumentación que permiten identificar dos sub – reglas. La justificación de esta distinción es que aunque el caso concreto se refería a una prohibición sobre la base de criterios técnicos y objetivos, la Corte desarrolló argumentos relacionados con la homosexualidad como conducta anormal, excepcional y especial que no puede ser transmitida en igual forma que la heterosexualidad, so pena de afectar el normal desarrollo de los menores, sugiriendo la segunda sub - regla que se menciona. Dos magistrados de la Sala (Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell), presentaron su aclaración de voto, indicando precisamente que la Corte no debe hacer análisis que partan del supuesto de tratar a los homosexuales como seres distintos a la generalidad de los humanos, y que en consecuencia, tal argumentación de la Corte resultaba impertinente.

<sup>164</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 539 de 1994 (supra nota 158) Numeral 3.2. Literal b).

De manera similar la Corte ha concluido que el principio de pluralismo no implica el despropósito de mostrar lo particular como general, ni equivale a presentar como normal una situación *sui generis*, pues se corre el peligro de invertir el proceso de desarrollo sexual en los niños y adolescentes, sobre cuya formación moral tienen especial interés el Estado y la sociedad civil<sup>165</sup>.

### **1.3 Los derechos de los niños y las niñas**

#### **1.3.1 DIDH**

##### **1.3.1.1 Sistema Universal**

###### **1.3.1.1.1 La prohibición de discriminación**

El CDN - como intérprete autorizado de la CDDN - en su Comentario General 4, recordó que los Estados Partes tienen la obligación de asegurar a todos los menores de 18 años, el disfrute de los derechos convencionales sin discriminación por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen social, nacional o étnico, propiedad, discapacidad u otros estatus, estableciendo que dentro de estos criterios prohibidos de discriminación se encuentra comprendida la orientación sexual

---

<sup>165</sup> *Ibidem*. Numeral 3.2. Literal g).

de los adolescentes y su estado de salud, incluyendo el VIH/SIDA y la salud mental<sup>166</sup>.

Asimismo esta autoridad señaló que los adolescentes sujetos a discriminación son más vulnerables al abuso, la violencia, la explotación y su salud queda expuesta a un mayor riesgo. Particularmente, el CDN se ha pronunciado en las observaciones sobre países, sobre el peligro de violencia y el incremento del riesgo de victimización de los menores de edad en los colegios con motivo de, entre otros aspectos, su orientación sexual<sup>167</sup>.

#### **1.3.1.1.2 El acceso a la información de adolescentes homosexuales**

El CDN también ha manifestado preocupación por la falta de acceso de los jóvenes homosexuales a información apropiada, apoyo y protección necesaria que les permita vivir adecuadamente su orientación sexual<sup>168</sup>.

#### **1.3.1.1.3 La edad legal para consentir las relaciones homosexuales**

En sus observaciones sobre países, el CDH ha expresado preocupación por la disparidad en cuanto a la edad legal para consentir las relaciones heterosexuales y las

---

<sup>166</sup> Comité de los Derechos del Niño. Comentario General 4. (2003). Salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Párr. 1.

<sup>167</sup> Comité de los Derechos del Niño. Consideraciones sobre los informes presentados por los Estados Partes. CRC/C/15/Add.185. 7 de junio de 2002. Párr. 727.

<sup>168</sup> Comité de los Derechos del Niño. Consideraciones sobre los informes presentados por los Estados Partes. CRC/C/15/Add.188. 9 de octubre de 2002. Párrs. 43 y 44 literal d).

homosexuales, cuando se establece legalmente un tope mayor para las segundas. En dichos pronunciamientos recomendó a los Estados respectivos que adoptaran todas las medidas necesarias, incluyendo medidas legislativas para prevenir la discriminación sobre la base de la orientación sexual en ese sentido<sup>169</sup>.

## **1.4. Los derechos de las mujeres**

### **1.4.1 DIDH**

#### **1.4.1.1 Sistema Universal**

##### **1.4.1.1.1 La autonomía sexual y la discriminación**

La Relatoría sobre la Violencia contra la Mujer ha señalado en sus informes que las mujeres que escogen opciones de vida que son vistas por la comunidad como contrarias a la moral – como tener una relación con un hombre sin contraer matrimonio o vivir su sexualidad en modo diferente al heterosexual – son frecuentemente víctimas de violencia y tratos degradantes<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales de 16 de octubre de 2002. Overseas Territories, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Párrs 25 y 26; Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales de 16 de octubre de 2002. Isle of Man, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Párrs 22 y 23.

<sup>170</sup> Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1997/47. 12 de febrero de 1997. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias. Radhika Coomaraswamy. Párr. 8.

Posteriormente, la misma Relatoría indicó que el derecho a la salud reproductiva implica el derecho a la autonomía sexual. Igualmente resaltó que los derechos sexuales incluyen tanto el derecho al acceso a la documentación con fundamento en la cual una persona pueda tomar una decisión informada sobre su sexualidad, como los derechos a la dignidad, a la privacidad y a la integridad física, mental y moral en el ejercicio de dicha decisión<sup>171</sup>.

## **1.5 Los derechos de los migrantes**

### **1.5.1 DIDH**

#### **1.5.1.1 Sistema Universal**

##### **1.5.1.1.1 Sub – reglas y estándares**

- **La ausencia de amenazas concretas y de una política de persecución judicial por homosexualidad, dificulta presumir un riesgo cierto que permita aplicar la garantía de “no devolución”<sup>172</sup>**

---

<sup>171</sup> Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/68/Add.4. 21 de enero de 1999. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias. Radhika Coomaraswamy. Párr. 5.

<sup>172</sup> CTTPCI. Artículo 3. “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

El CAT se pronunció sobre este tema en el marco de un caso contencioso sobre una persona de nacionalidad Iraní, que fue rechazada por el Estado de Holanda como refugiada y que fue deportada a Irán, lugar en el cual, en su opinión, corría grave peligro de ser objeto de tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes. El riesgo se fundamentaba en su orientación sexual y en el asesinato que había cometido contra su pareja mientras vivía en Holanda, delito por el cual ya había cumplido la pena respectiva en este último país<sup>173</sup>.

En consideración del CAT, el reclamante debía proporcionar evidencia del peligro personal al que se encontraría sometido en su lugar de origen, no siendo suficiente la demostración general de graves y masivas violaciones de derechos humanos en un país. Teniendo en cuenta que el reclamante se limitó a justificar el peligro a partir de hechos ocurridos 17 años atrás, el CAT concluyó que no existía riesgo personal en su contra<sup>174</sup>.

En cuanto al aspecto de la orientación sexual como motivo de posible persecución en Irán, sin entrar a analizar la existencia o no de legislación que penalice la conducta homosexual, concluyó que no existía el riesgo requerido para aplicar la garantía de

---

<sup>173</sup> Comité contra la Tortura. Caso K. S. Y contra Holanda. Decisión de 15 de mayo de 2003.

<sup>174</sup> Ídem.

“no devolución”, por la ausencia de una política activa del Ministerio Público de persecución penal del comportamiento homosexual o de la homosexualidad<sup>175</sup>.

#### **1.5.1.1.2 La deportación y el refugio**

El CDH y el CEDAW, se han pronunciado sobre este tema en sus observaciones sobre países. El primero ha expresado preocupación por la discriminación de personas homosexuales cuando son catalogadas legalmente como “personas prohibidas” para fines migratorios, y en consecuencia están sujetas a deportación<sup>176</sup>. El segundo, ha manifestado satisfacción por la aprobación de normas que autorizan permisos de residencia a individuos que tengan temor fundado de persecución sobre la base de su orientación sexual<sup>177</sup>.

### **1.6 Los derechos económicos, sociales y culturales**

#### **1.6.1 DIDH**

##### **1.6.1.1 Sistema Universal**

---

<sup>175</sup> Ídem.

<sup>176</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre Zimbabwe. CCPR/C/79/Add.89. 6 de abril de 1998. Párr. 24.

<sup>177</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre Suecia. CEDAW/A/56/38. 2001. Párr. 334.

En términos generales, el CDESC ha manifestado en diversas observaciones sobre países, su satisfacción por la adopción de medidas tendientes a eliminar la discriminación en el acceso a estos derechos<sup>178</sup>.

#### **1.6.1.1.1 El derecho a la salud**

El CDESC, como intérprete autorizado del PIDESC, en uno de sus Comentarios Generales sobre el derecho a la salud, señaló que la cláusula de no discriminación consagrada en dicho instrumento incluye la orientación sexual como criterio prohibido de discriminación que tenga, bien sea la intención o el efecto de anular o impedir el disfrute y ejercicio del derecho a la salud en términos de igualdad. Estableció además que aún durante las crisis económicas, los grupos vulnerables deben ser protegidos mediante la adopción de programas especiales<sup>179</sup>.

Por su parte, la Relatoría sobre el Derecho a la Salud, ha dicho que la estigmatización y la discriminación de las minorías sexuales, son un obstáculo para que estas puedan acceder a un estándar aceptable de salud sexual y reproductiva. Asimismo ha establecido que la prohibición legal de conformar relaciones entre personas del mismo sexo en muchos países, y la ausencia de apoyo o protección para las minorías sexuales contra la violencia y la discriminación, impide el acceso a información

---

<sup>178</sup> Ver por ejemplo: Observaciones Conclusivas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Irlanda. 14/05/99. E/C.12/1/Add.35. Párr. 5.

<sup>179</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General de 11 de agosto de 2000. El Derecho al Estándar más Alto Posible de Salud. Párr. 18.

adecuada que permita el disfrute de la salud sexual y reproductiva de lesbianas, gays, bisexuales, entre otros.<sup>180</sup>

#### **1.6.1.1.2 El derecho al agua**

Asimismo el CDESC en su Comentario General sobre el derecho al agua, reiteró la prohibición de discriminación sobre la base de la orientación sexual en virtud de las disposiciones de ese instrumento<sup>181</sup>.

### **1.7 Otros derechos**

Finalmente, tanto a nivel internacional como a nivel interno, se han emitido un grupo de pronunciamientos sobre otros temas que no pueden ubicarse en ninguna de las categorías anteriores, pero que tienen que ver con la discriminación por la orientación/opción homosexual desde una dimensión individual.

#### **1.7.1 DIDH**

##### **1.7.1.1 Sistema Universal**

---

<sup>180</sup> Informe de la Relatoria Especial sobre el Derecho a la Salud. E/CN.4/2004/49. 16 de febrero de 2004. El Derecho de toda persona al disfrute del más alto estándar posible de salud física y mental. Relator. Paul Hunt. Párrs. 33, 34 y 35.

<sup>181</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General de 23 de enero de 2003. El Derecho al Agua. Párr. 13.

El CDH en sus informes generales sobre países ha considerado discriminatoria la distinción de edad para consentir actos homosexuales entre hombres frente a los actos homosexuales entre mujeres<sup>182</sup>. En términos más generales, esta misma autoridad ha instado a los Estados a que aprueben e incluyan normas antidiscriminatorias en sus legislaciones<sup>183</sup>.

### **1.7.1.2 Sistema Europeo**

#### **1.7.1.2.1 Sub – reglas y estándares**

- **La decisión que le niega a una persona homosexual la custodia sobre su hijo/a, cuya motivación, al menos parcial, es su orientación sexual, es discriminatoria y violatoria del derecho al respeto a la vida familiar<sup>184</sup>**

En este caso, la CrEDH se pronunció sobre una decisión judicial que no le concedió la custodia de su hija a un padre homosexual, y aunque no se estableció que su orientación sexual había sido la principal motivación del fallo, el texto del mismo sí mencionaba dicho aspecto.

---

<sup>182</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Austria. CCPR/C/79/Add.103. 19 de noviembre de 1998. Párr. 13.

<sup>183</sup> Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Trinidad y Tobago. CCPR/CO/70/TTO 3 de noviembre de 2003. Párr. 11.

<sup>184</sup> El derecho al respeto a la vida familiar se encuentra en el texto del Artículo 8 de la CEDH transcrito (supra nota 12)

La CrEDH consideró que la naturaleza de estos hechos justificaba el análisis del derecho al respeto a la vida familiar en conjunción con la cláusula de no discriminación<sup>185</sup>.

En ese sentido, la CrEDH estimó que el hecho de que en una decisión judicial sobre custodia de un niño/a, se introduzca el factor de la homosexualidad de uno de sus padres y de su convivencia con una persona del mismo sexo, constituye una diferencia de tratamiento frente al otro padre heterosexual<sup>186</sup>.

En cuanto a si esta diferencia puede estar justificada, la CrEDH consideró que la protección de los derechos de los menores, es indudablemente un fin legítimo<sup>187</sup>, y que para determinar la razonabilidad y proporcionalidad en este tipo de decisiones, es necesario establecer si las referencias a la orientación/opción homosexual, constituyeron meras afirmaciones abstractas que no interfirieron en la toma de la decisión, o si por el contrario fueron determinantes, o al menos influyeron en el fallo<sup>188</sup>. En este último caso, no puede considerarse que existe una relación de razonabilidad o proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado<sup>189</sup>.

### **1.7.2 Corte Constitucional colombiana**

---

<sup>185</sup> CrEDH. Caso Salgueiro Da Silva Mouta (supra nota 23) Párr. 23.

<sup>186</sup> *Ibidem*. Párr. 28.

<sup>187</sup> *Ibidem*. Párr. 30.

<sup>188</sup> *Ibidem*. Párr. 33.

<sup>189</sup> *Ibidem* Párrs. 34, 35 y 36.

### 1.7.2.1 Sub – reglas y estándares

- **La negativa de una entidad privada de afiliar a una persona homosexual con fundamento en la “reserva de admisión”, es violatoria del derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad**

La Corte se pronunció sobre la negativa de renovar la afiliación de una persona a la asociación “Scouts de Colombia” bajo el argumento de “reserva de admisión”, no obstante la persona en cuestión había pertenecido durante más de 24 años a la institución. Esto sucedió precisamente días después de que personas de la entidad tuvieron conocimiento de la orientación homosexual del solicitante y de que éste había participado en una manifestación sobre un proyecto de ley relativo a parejas del mismo sexo.

En casos en que la posible violación de derechos fundamentales es cometida por una entidad o persona privada, la Corte ha precisado que los derechos fundamentales se encuentran por encima de cualquier disposición de naturaleza legal o reglamentaria, así como cuando alguna decisión de entidades, asociaciones, clubes o cualquier otro tipo de institución, no encuentre más fundamento que la discriminación, el abuso de la posición dominante, o el desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En tales circunstancias debe inaplicarse la decisión<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 808 de 2003. Magistrado Ponente. Alfredo Beltrán Sierra. Párr. 4.1.

Específicamente, la Corte ha indicado que contemplar en los estatutos correspondientes causales como la “reserva de admisión” sin más fundamento que éste y sin razonar las decisiones, es arbitrario y discriminatorio, especialmente en los casos donde la institución busca la formación integral y permanente de niños y jóvenes<sup>191</sup>.

En opinión de la Corte, esto es especialmente grave cuando la decisión de la entidad privada afecta la posibilidad de una persona de pertenecer a una institución que hace parte de su vida<sup>192</sup>, y cuando existen indicios circunstanciales de que su orientación sexual pudo tener influencia en dicha determinación<sup>193</sup>.

## **2. DIMENSIÓN DE PAREJA**

### **2.1 El derecho a la familia y su especial protección**

#### **2.1.1 DIDH**

---

<sup>191</sup> *Ibídem.* Párrs. 4.3 y 4.4.

<sup>192</sup> *Ibídem.* Párr. 4.8.

<sup>193</sup> *Ibídem.* Párr. 4.9. Es importante mencionar que aunque la Corte en este caso concede la tutela, no es posible establecer si, en su consideración, ello se debió únicamente a la existencia de una causal de “reserva de admisión” en un reglamento interno, o si se debió a que se trataba de una entidad cuya finalidad era promover la educación integral de los menores de edad; o si definitivamente el fundamento fue la circunstancia de que la entidad había tenido reciente conocimiento de la homosexualidad del actor lo que permitía inferir que la decisión de negarle su renovación fue su homosexualidad.

### **2.1.1.1 Sistema Universal**

#### **2.1.1.1.1 La diversidad del concepto de familia y las obligaciones internacionales de protección**

En su Observación General 19 relativa al derecho a la familia consagrado en el PIDCP, el CDH dedicó un párrafo a analizar las obligaciones de los Estados en el marco de la diversidad del concepto de familia señalando textualmente:

“El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el Artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la

legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”<sup>194</sup>.

En el mismo sentido, mediante la Observación General 28 relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres consagrada en el PIDCP, el CDH reiteró que los Estados, al dar efecto al reconocimiento de la familia, deben aceptar el concepto de las diversas formas de familia, y citó a manera de ejemplo, a las parejas no casadas y sus hijos, y a las familias monoparentales<sup>195</sup>.

## **2.1.2 Corte Constitucional colombiana**

### **2.1.2.1 La protección constitucional de la familia<sup>196</sup> heterosexual y monogámica**

---

<sup>194</sup> Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). Párr. 2.

<sup>195</sup> Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000). Párr. 27.

<sup>196</sup> Constitución Política. Artículo 42. “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por

Éste ha sido el argumento que ha fundamentado las decisiones de la Corte Constitucional sobre los distintos derechos de las parejas homosexuales. Es preciso mencionar aquí las consideraciones generales sobre la protección constitucional a la familia y la exclusión de las parejas homosexuales de dicha protección, a fin de entender las sub – reglas que se presentarán en los siguientes numerales, sin repetir en cada una de ellos los fundamentos generales sobre los cuales el Tribunal asienta su posición.

La Corte ha dicho que teniendo en cuenta que los modos de conformar la familia son dos, el matrimonio y la unión libre, la Constitución protege de manera integral a la familia heterosexual y monogámica, razón por la cual no es de recibo la pretensión de que las previsiones relativas a esa protección integral se hagan extensivas a las parejas homosexuales, sin que ello implique violación del derecho a la igualdad<sup>197</sup>. En opinión de la Corte, la diferencia en los supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición

---

las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

Artículo 43. “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

<sup>197</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 725 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Numeral 5. Caso Concreto.

y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros<sup>198</sup>.

La Corte ha señalado que la protección integral que para la familia ordena la Constitución no incluye a las parejas homosexuales. En efecto, las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en tanto conforman familia, son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y en especial que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes, lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales<sup>199</sup>.

En sentencia posterior, la Corte se pronunció sobre los medios de interpretación utilizados en ese sentido, señalando que la anterior conclusión puede establecerse de la lectura literal de la norma (interpretación exegética) y corroborarse con un análisis histórico de la disposición en la Asamblea Nacional Constituyente<sup>200</sup>.

## **2.2 El derecho a contraer matrimonio**

### **2.2.1 DIDH**

---

<sup>198</sup> Ídem.

<sup>199</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32) Numeral 4.2; Corte Constitucional. Sentencia T 999 de 2000. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Numeral 5; Corte Constitucional. Sentencia T 1426 / 00 (supra nota 40) Numeral 4. El concepto de compañero y compañera permanente en materia de Seguridad Social.

<sup>200</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Párr. 13.

## **2.2.1.1 Sistema Universal**

### **2.2.1.1.1 Sub – reglas y estándares**

En ejercicio de su función contenciosa, el CDH se pronunció sobre el caso de una pareja de lesbianas que solicitó una licencia para contraer matrimonio en Nueva Zelanda, y su solicitud fue negada por las autoridades competentes con fundamento en que la legislación interna consagraba el matrimonio únicamente para las parejas conformadas por personas del sexo opuesto. Se trataba de una pareja que había mantenido una relación estable por más de 10 años, vivían bajo el mismo techo, mantenían relaciones sexuales, compartían sus finanzas y habían asumido conjuntamente la responsabilidad sobre sus hijos nacidos en sus anteriores matrimonios heterosexuales<sup>201</sup>.

El CDH hizo su análisis a partir del texto literal del Artículo 23 de PIDCP<sup>202</sup> que consagra el derecho al matrimonio, en el sentido de la obligación de los Estados de garantizar dicha institución para “los hombres y las mujeres”.

---

<sup>201</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Joslin contra Nueva Zelanda. Comunicación 902 / 1999. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002). Párr. 2.1.

<sup>202</sup> PIDCP. Artículo 23. “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello; 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

Así, el CDH observó que el Artículo 23.2 del PIDCP es el único que incluye en su texto literal la fórmula “hombre y mujer” y no “todo ser humano” o “toda persona”, lo cual implica que la obligación convencional de los Estados partes es reconocer como matrimonio únicamente a la unión entre un “hombre y una mujer” entre sí<sup>203</sup>, y en consecuencia concluyó que no se habían violado ninguna de las disposiciones del PIDCP<sup>204</sup>.

## **2.3 La adopción conjunta**

### **2.3.1 Corte Constitucional colombiana**

#### **2.3.1.1 Sub – reglas y estándares**

El único pronunciamiento de este Tribunal sobre el tema de la adopción se dio con ocasión a la demanda de inconstitucionalidad contra la norma del Código del Menor que, por un lado, establece el requisito de idoneidad moral a quienes pretendan

---

<sup>203</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Joslin. (supra nota 201) Párr. 8.2.

<sup>204</sup> *Ibidem*. Párr. 8.3. Dos miembros del Comité presentaron su opinión individual señalando que la decisión de no encontrar violación del Pacto se refería exclusivamente al reconocimiento de las parejas homosexuales bajo la forma específica del matrimonio. Sin embargo, en su opinión esta decisión no implica que las distinciones entre parejas casadas y parejas homosexuales en cuanto a la posibilidad de ejercer otros derechos, no puedan constituir en ciertos casos violación del derecho a la igualdad y del principio de no discriminación del PIDCP, cuando tales distinciones no se encuentren justificadas sobre criterios razonables y objetivos. Señalaron finalmente que no tienen ningún problema con la decisión del Comité, pues el Estado en sus escritos expresó que, aunque no se encuentren casadas, las reclamantes son reconocidas como familia, incluso en el caso en que no hubieran asumido la responsabilidad de sus hijos. Ver. Comité de Derechos Humanos. Caso Joslin (supra nota 201) Opinión Individual. Mr Rajsomer Lallah y Mr. Martin Scheinin.

adoptar, y por otro, regula la adopción conjunta de manera exclusiva frente a las parejas heterosexuales<sup>205</sup>.

- **La exigencia legal de idoneidad moral de quienes pretenden adoptar no es violatoria de la Constitución**

Frente al tema de la adopción, la Corte ha señalado en términos generales que, no obstante es una institución que tiene el efecto de permitir que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles el ejercicio de varios derechos como conformar una familia y el libre desarrollo de la personalidad<sup>206</sup>, es ante todo una medida de protección que se dispensa a un menor y que busca satisfacer su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, lo que implica que el proceso que termina entregando a un niño en adopción debe estar presidido por el principio del interés superior del niño<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Código del Menor. Artículo. 89. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social para suministrar hogar adecuado y estable al menor. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. El adoptante casado y no separado de cuerpos sólo podrá adoptar con el consentimiento de su cónyuge, a menos que este último sea absolutamente incapaz para otorgarlo. Esta norma no se aplicará en cuanto a la edad, en el caso de adopción por parte del cónyuge conforme a lo previsto en el artículo 91 del presente código". Artículo.90. "Pueden adoptar conjuntamente: 1. Los cónyuges 2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior."

<sup>206</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001 (supra nota 200) Párr 3.

<sup>207</sup> Ibidem. Párr. 9.

Asimismo ha considerado que dentro de un Estado pluralista y democrático, la ley puede acoger conceptos morales para definir situaciones jurídicas o para limitar derechos de las personas siempre y cuando tales conceptos hagan referencia a la moral social o moral pública entendida ésta como “la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia”<sup>208</sup>, es decir, “aquella que racionalmente resulta necesaria mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional”<sup>209</sup>. Siguiendo la misma línea, la Corte estableció también en esta decisión que toda norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe estar sometida a un juicio estricto de proporcionalidad<sup>210</sup>.

En consecuencia la Corte consideró que, en principio, la exigencia de idoneidad moral consagrada en el Código del Menor a quienes pretenden adoptar, no desconoce la Constitución siempre que se entienda en el sentido de la moral pública o social definida en el párrafo anterior, y no en el sentido de la imposición de sistemas

---

<sup>208</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Párr. 4, citando C 224 / 1994.

<sup>209</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Párr. Párr. 4, citando C 404 / 1998.

<sup>210</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Párr. Párr. 4, citando C 404 / 1998.

normativos de conducta en el terreno ético a los que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones<sup>211</sup>.

Aplicando el “test estricto de proporcionalidad” a la exigencia de idoneidad moral para adoptar, consideró que se trata de una medida útil pues asegura que la educación de los menores se lleve a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción mencionada de moral pública<sup>212</sup>. Además, estimó que la exigencia es necesaria para garantizar dicha educación que en el supuesto contrario se vería seriamente dificultada; y finalmente concluyó que si bien la exigencia significa una restricción fuerte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la única manera de garantizar la prevalencia de los derechos de los niños/as y por lo tanto, es proporcional<sup>213</sup>.

Específicamente, la Corte precisó que la entrega de un niño/a a quien desenvuelve su proyecto vital en “condiciones morales socialmente repudiadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución o la delincuencia, lo pone en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno sociocultural dentro del cual está inserto”<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> Ídem.

<sup>212</sup> *Ibidem*. Párr. 10.

<sup>213</sup> Ídem.

<sup>214</sup> *Ibidem*. Párr. 9.

Aplicando este criterio a la decisión de la autoridad administrativa competente de impedir la adopción legal de una persona homosexual sobre un menor que había estado bajo su cuidado durante toda su vida, la Corte encontró que la medida no desconocía la Constitución pues se fundamentó en criterios objetivos, no derivados de la homosexualidad en sí misma<sup>215</sup>. Especificando dichos criterios la Corte señaló que la verificación por parte de la autoridad administrativa, de una situación irregular y de un ambiente que puede hacer peligrar la seguridad y el adecuado desarrollo del menor, tales como las condiciones infrahumanas de salubridad de una vivienda, o la embriaguez habitual de las personas con quienes convive, obliga constitucionalmente al Estado a intervenir y brindar al niño la protección debida, sin que se pueda considerar que ello es violatorio del derecho a la igualdad<sup>216</sup>.

Finalmente, cabe mencionar que aunque la Corte no ha tenido la oportunidad de pronunciarse directamente sobre el tema de la custodia de los hijos de las personas con orientación/opción homosexual, en uno de sus fallos relacionados con adopción planteó en términos generales que en el ámbito de otros procesos distintos de los de adopción en los cuales también está presente el principio del interés superior del niño,

---

<sup>215</sup> A manera de referencia es importante mencionar que el Magistrado Carlos Gaviria Díaz, ponente de la Sentencia T 290 de 1995 que desarrolló este tema, presentó una aclaración de voto indicando que el proyecto de sentencia decía lo siguiente: “Negarle a una persona la posibilidad de adoptar o cuidar a un niño, por la sola razón de ser homosexual, constituiría ciertamente un acto discriminatorio contrario a los principios que inspiran nuestra Constitución”. Mencionó en su voto que los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara, fueron partidarios de eliminar este texto del fallo.

<sup>216</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 290 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Consideraciones. Derecho a la igualdad.

como en aquellos en los cuales se define su custodia, es admisible la restricción de los derechos del padre sobre el menor por razones de moralidad pública<sup>217</sup>.

- **La regulación de la adopción conjunta en cabeza de las parejas formadas por “el hombre y la mujer” que demuestren una convivencia ininterrumpida por lo menos de tres años, no es violatoria de la Constitución**

La Corte realizó su examen desde la perspectiva de la estructura jurídica de la familia y de las relaciones paterno y materno filiales que emanan de la Constitución, recordando que la familia que ella protege es la heterosexual y monogámica, y estableciendo las “realidades jurídicas”<sup>218</sup> que deben fundamentar el análisis del tema.

Así, precisó dichas “realidades jurídicas” en los siguientes términos: “la naturaleza heterosexual y monogámica de la familia en la Constitución tiene relevantes consecuencias en la estructura de las relaciones jurídicas y de parentesco que se dan dentro de la familia adoptiva. Aparte de las relaciones conyugales que se presentan entre los cónyuges, o de las que se establecen entre los compañeros permanentes (..) cuando existe prole adoptada se generan relaciones entre padres e hijos (..) Ahora

---

<sup>217</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Párr. Párr. 6.

<sup>218</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Párrs. 10 y 13. En esta sentencia la Corte, la fortalecer su posición al respecto, acude no solamente a la interpretación exegética y literal del Artículo 42 de la Constitución, sino además, hace un análisis histórico de la Asamblea Nacional Constituyente para corroborar dicha interpretación.

bien, estas relaciones jurídicas que se establecen por la ley se dan entre padres adoptivos unidos por matrimonio o pareja de hombre y mujer convivientes en unión marital de hecho y los hijos adoptivos”<sup>219</sup>.

En ese sentido, y de manera casi idéntica a la argumentación de la sentencia C 098 de 1996 sobre la constitucionalidad de la regulación del régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho entre personas heterosexuales, la Corte estimó que el propósito que persiguió el legislador con el Código del Menor fue acabar con la discriminación existente entre parejas unidas por matrimonio y por unión libre, concediendo a ambas la posibilidad de adoptar en forma conjunta<sup>220</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la posible omisión legislativa<sup>221</sup> que pudiera comportar la norma por no inclusión de las parejas homosexuales, la Corte estimó que dicho análisis debía hacerse a partir de la determinación de si la situación de hecho regulada por la norma, es decir, la adopción conjunta por parte de parejas heterosexuales que han vivido en unión libre por lo menos durante tres años, es idéntica a la de las parejas homosexuales que han vivido en la misma situación por el mismo tiempo<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001. (supra nota 200) Párr.18.

<sup>220</sup> *Ibidem*. Párr. 19.

<sup>221</sup> Vale la pena precisar en este punto que la jurisprudencia de la Corte al respecto, incluso citada en la sentencia C 814 de 2001 (supra nota 200) Párr. 21, indica: “La posibilidad de emitir una sentencia integradora por omisión legislativa discriminatoria de conformidad con los criterios que al respecto ha sentado la jurisprudencia de la Corporación, se da en aquellos casos en los cuales la inexequibilidad derivaría de la conducta omisiva del Legislador que propicia la desigualdad de trato que consiste en no extender un determinado régimen legal a una hipótesis material semejante a la que termina por ser única beneficiaria del mismo” “Son inconstitucionales por omisión aquellas normas legales que por no comprender todo el universo de las hipótesis de hecho idénticas a la regulada, resultan ser contrarias al principio de igualdad”.

<sup>222</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001 (supra nota 200) Párr. 21.

En respuesta a este cuestionamiento, la Corte señaló que no existe identidad de hipótesis pues la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, y que esa familia sea la protegida de manera integral por el Estado<sup>223</sup>, es decir, la heterosexual y monogámica. En ese sentido, en opinión de la Corte, la norma que excluye a las parejas homosexuales, lejos de ser discriminatoria, debe entenderse como “proteccionista de la noción superior de unión familiar”<sup>224</sup>.

Finalmente, vale la pena mencionar que la Corte al plantearse la posibilidad de decidir esta acción de inconstitucionalidad mediante un fallo interpretativo, consideró que ello no era posible dado que este tipo de fallos son procedentes cuando las disposiciones sometidas a la revisión de la Corte admiten varias interpretaciones, una o unas de las cuales se ajustan a la Constitución y otras no, lo cual no sucede en este caso, pues la norma que regula la adopción conjunta sólo admite un entendimiento<sup>225</sup>.

## **2.4 El régimen patrimonial de las uniones de hecho**

---

<sup>223</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Párr. 22.

<sup>224</sup> *Ibidem*. Párr. 21.

<sup>225</sup> No corresponde en el marco de esta investigación descriptiva, entrar a hacer críticas a la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, valdría la pena en posteriores análisis sobre el tema, comparar su posición en la sentencia C 507 de 1999 (supra nota 30) sobre la constitucionalidad de una norma que sancionaba literalmente el “homosexualismo”, en la cual, no obstante por su tenor literal no era viable otra interpretación, la Corte no tuvo problema en condicionarla para mantenerla vigente en el ordenamiento jurídico, bajo el entendido de que la sanción se refería a las prácticas y no a la condición sexual específica, y que además incluía a las prácticas heterosexuales. Ver. Capítulo Dos.

## 2.4.1 Corte Constitucional colombiana

### 2.4.1.1 Sub – reglas y estándares

- **La no inclusión de las uniones de hecho homosexuales en la ley del régimen patrimonial de las uniones de hecho heterosexuales, no es violatoria de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad**

En el análisis de constitucionalidad de la Ley 54 de 1990 que regula el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, la Corte consideró que no por el hecho de contraer su ámbito a las parejas heterosexuales se coarta el derecho constitucional a la libre opción sexual, pues la ley no impide, la constitución de parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual<sup>226</sup>. Asimismo, la Corte planteó que la sociedad patrimonial no es un presupuesto necesario para ejercerla<sup>227</sup>.

En cuanto al posible desconocimiento del derecho a la igualdad mediante la ley en cuestión, la Corte desarrolló como argumento principal que las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales constituyen supuestos distintos que no pueden ser

---

<sup>226</sup> Es importante mencionar que sobre este punto fue objetado por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara mediante aclaraciones de voto a la Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32) indicando en términos generales que “la homosexualidad es un concepto que la Constitución no trata ni regula”, y que de su “preceptiva no surge que se le otorgue categoría de derecho jurídicamente reclamable”.

<sup>227</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32). Párr. 4.

asimilados. En ese sentido, planteó tres diferencias principales: La primera, relacionada directamente con su composición, una por personas del mismo sexo y la otra por personas del sexo opuesto; la segunda con respecto al concepto de familia, reiterando que las uniones homosexuales no constituyen familia<sup>228</sup> en el sentido de la Constitución, a diferencia de las heterosexuales, lo que hace a éstas últimas objeto de la protección integral del Estado<sup>229</sup>; y la tercera, con relación a la posibilidad de procrear y “conformar familia por vínculos naturales”<sup>230</sup>.

Por otra parte, la Corte planteó que la mera consideración de la comunidad de vida entre los miembros de la pareja no es suficiente, 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<sup>231</sup>.

Utilizando los términos “en gracia de discusión”, la Corte señaló además que aún si llegara a admitirse que son supuestos de hecho iguales, “habría que concluir que se

---

<sup>228</sup> A manera de referencia, los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, presentaron una Aclaración de Voto a la Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32) indicando lo siguiente: “Consideramos justo y pertinente que la ley establezca un régimen patrimonial propio en relación con las uniones homosexuales, lo cual es independiente de que éstas se consideren o no constitutivas de familia”. Además de esto, consideran que existe una pluralidad de familias, y que el derecho debe ser respetuoso del derecho a la libre opción sexual. Ello sin perjuicio de que esa lucha debe “tramitarse en el foro público de la democracia”, y no el “expediente fácil de una interpretación analógica”.

<sup>229</sup> En este punto, la Corte indicó además que “los derechos patrimoniales que la ley reconoce a quienes conforman unión marital de hecho, responde a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que de ella se derivan. A cada miembro se reconoce lo que en justicia le pertenece. El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso, máxime si se toma en consideración la norma constitucional que le da sustento (Artículo 42). Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32) Numeral 4.2.

<sup>230</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 098 de 1996 (supra nota 32). Numeral 4.2

<sup>231</sup> Ídem.

trata de grupos minoritarios o discriminados por la sociedad”, supuesto en el cual, no es razonable que se supedite la solución de los problemas que enfrenta una clase o grupo de personas, a que simultáneamente se resuelvan los de otros grupos, o que se extienda de manera automática la misma medida a aquellas personas que si bien no están cobijadas por la norma legal, soportan una injusticia de un género más o menos afín<sup>232</sup>. En opinión de la Corte, proceder de esa manera implicaría que las soluciones serían más costosas y políticamente discutibles, y en últimas sufrirían más todos los desvalidos y grupos débiles que verían alejadas las posibilidades reales de progreso y reivindicación de sus derechos<sup>233</sup>.

Finalmente, la Corte indicó que este tipo de leyes podrían ser objeto de análisis más rigurosos si en ellas se advirtiera un propósito claro de lesionar a los homosexuales o si de la aplicación de la ley pudiera esperarse un impacto negativo en su contra<sup>234</sup>.

## **2.5 La visita íntima en las cárceles**

### **2.5.1 Corte Constitucional colombiana**

#### **2.5.1.1 Sub – reglas y estándares**

---

<sup>232</sup> Ídem.

<sup>233</sup> Ídem.

<sup>234</sup> Ídem.

- **La negativa de la autoridad penitenciaria de permitir la visita íntima homosexual, es violatoria de los derechos a la igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, aunque la pareja no pueda cumplir los requisitos reglamentarios**

Al decidir sobre la visita íntima entre dos reclusas lesbianas, teniendo una de ellas el permiso de salida de 72 horas adquirido por el nivel de socialización alcanzado, la Corte recordó que la privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad pero no lo anula, y en ese sentido, la relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos de ese derecho que continúa protegido aún en prisión<sup>235</sup>.

La Corte observó que, aún cuando existiera una ausencia de reglamentación específica sobre la visita entre dos reclusas en los términos planteados, las exigencias de ingreso a los establecimientos carcelarios no podían limitar en ninguna circunstancia los derechos constitucionales de los visitantes e internos hasta desconocerlos<sup>236</sup>. En opinión de la Corte, la insistente negativa a permitir la visita íntima de dos personas homosexuales en la situación en que una puede

---

<sup>235</sup> Corte Constitucional. Sentencia 499 de 2003. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis. Numeral 3. Los derechos fundamentales de las accionantes deben restablecerse y garantizarse.

<sup>236</sup> Ídem.

reglamentariamente salir del establecimiento penitenciario durante cortos períodos de tiempo, compromete la estabilidad afectiva y emocional de ambas<sup>237</sup>.

En todo caso, la Corte ha determinado que el ejercicio de la sexualidad de los reclusos en condiciones de libertad, intimidad e igualdad, es un derecho concomitante con su dignidad humana independientemente del grado de resocialización alcanzado<sup>238</sup>.

Finalmente, la Corte ha reconocido las dificultades que atraviesan los centros de reclusión dadas las falencias de la reglamentación sobre las visitas íntimas, no sólo cuando las solicitan parejas homosexuales, sino en los casos en que quien requiere ingresar al establecimiento i) no posee documentos de identidad; ii) no puede certificar sus antecedentes judiciales y de policía; o iii) hace uso de permiso o cuenta con un mayor grado de libertad en razón del estado de resocialización en que se encuentra. Teniendo en cuenta estas dificultades, la Corte instó a la Defensoría del Pueblo para que impulsara acciones judiciales o administrativas pertinentes a fin de que las autoridades penitenciarias sean conminadas a expedir la reglamentación respectiva, estableciendo criterios claros, generales y uniformes en la materia que

---

<sup>237</sup> *Ibidem*. Numerales 3 y 4. A manera de referencia, la medida concreta que le ordenó la Corte a las autoridades penitenciarias fue “permitir el ingreso de la señora (..) al reclusorio en mención, a fin de que ésta pueda entrevistarse en intimidad con la señora (..), y disponer el lugar donde se realizarán tales encuentros”.

<sup>238</sup> *Ibidem*. Numeral 3.

permitan garantizar a los internos el ejercicio de su sexualidad en condiciones de igualdad, y salvaguardando su dignidad e intimidad<sup>239</sup>.

## **2.6 La seguridad social**

### **2.6.1 DIDH**

#### **2.6.1.1 Sistema Universal**

##### **2.6.1.1.1 Sub – reglas y estándares**

- **La distinción entre parejas homosexuales y heterosexuales en las normas sobre beneficios pensionales son violatorias del derecho a la igualdad, siempre y cuando no existan criterios razonables y objetivos de justificación**

El CDH se pronunció sobre este tema en el marco de su función contenciosa a partir de un caso en el cual las autoridades competentes de Australia se negaron a otorgarle a una persona homosexual el beneficio de la pensión de sobreviviente tras la muerte de su pareja con la cual había convivido durante 38 años. La normativa aplicable legitimaba para tal solicitud a la “pareja” del fallecido, literalmente definida como

---

<sup>239</sup> *Ibidem*. Numeral 4. Conclusiones.

“quien está legalmente casado” o quien está viviendo con “una persona del sexo opuesto” en una relación equivalente a la matrimonial<sup>240</sup>.

En este caso, el CDH recordó que la orientación sexual es uno de los criterios prohibidos de distinción en razón de “sexo”<sup>241</sup> y el estándar genérico según el cual las distinciones de hecho que no tengan justificación objetiva y razonable, y que no persigan un fin legítimo, son violatorias del PIDCP<sup>242</sup>.

El CDH consideró que la regulación efectivamente establecía una diferenciación legal entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. Ante la omisión del Estado parte respectivo de alegar la “razonabilidad” y “objetividad” de la distinción, o de señalar factores específicos que la justificaran, el CDH concluyó que la diferenciación era violatoria del derecho a la igualdad<sup>243</sup>.

Es importante mencionar que aparentemente el CDH sugirió un estándar implícito según el cual el “test” de igualdad se aplicaría de manera más estricta en los casos de distinción en perjuicio de las parejas homosexuales, que en los casos de distinción en perjuicio de las parejas heterosexuales no casadas dado que éstas últimas tendrían, en

---

<sup>240</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Young contra Australia. Comunicación 941 de 2000. CCPR/C/78/D/941/2000. (2003). Párr. 2.1.

<sup>241</sup> *Ibidem*. Párr. 10.4.

<sup>242</sup> Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989). Párr. 13.

<sup>243</sup> Comité de Derechos Humanos. Caso Young. (*supra* nota 240) Párr. 10.4.

todo caso, la opción legal de contraer matrimonio, extremo que no cumplirían las primeras<sup>244</sup>.

## **2.6.2 Corte Constitucional colombiana**

### **2.6.2.1 Sub – reglas y estándares**

- **La negativa por parte de una entidad promotora de salud en el régimen contributivo, a afiliarse a la pareja homosexual como compañero (a) permanente, no es violatoria del derecho a la igualdad**

La Corte se ha pronunciado sobre este tema en las decisiones de diversos casos en los cuales las autoridades administrativas respectivas se negaron a afiliarse a las parejas homosexuales como beneficiarios en su calidad de compañeros/as permanentes, y estableció finalmente una sentencia de unificación.

Este Tribunal estimó inicialmente que no existe violación del derecho a la igualdad de las parejas de personas homosexuales cotizantes pues sus relaciones no se reconocen legalmente como uniones maritales de hecho<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> Ídem. En cuanto a la “razonabilidad y objetividad” de la distinción entre parejas heterosexuales que han contraído matrimonio y las que no, ver: Comité de Derechos Humanos. Caso Broeks contra Holanda. Comunicación 172 de 1984; Comité de Derechos Humanos. Caso Danning contra Holanda Comunicación 182 de 1984; Comité de Derechos Humanos. Caso Zwaan de Vries contra Holanda Comunicación 180 de 1984.

<sup>245</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 999 de 2000 (supra nota 235) Numeral 5.

En posterior decisión<sup>246</sup>, la Corte varió este criterio y consideró que, para determinar la “cobertura familiar” establecida en la Ley 100 de 1993 que incluye al compañero/a del afiliado sin detenerse en su sexo, no eran aplicables las disposiciones propias de una institución de derecho privado como la unión marital de hecho. No obstante lo anterior, señaló que era aplicable lo dispuesto por el Artículo 111 del Decreto 1889 de 1994 (reglamentario del sistema de pensiones) “en virtud del cual se debe entender que el vocablo distingue a la última persona, de sexo diferente al del causante, que hizo vida marital con él”. La Corte justificó esta interpretación en que el decreto desarrolla el Artículo 48 de la Constitución en lo relativo a la necesidad de que el Estado diseñe mecanismos que permitan el acceso gradual de la población al Sistema de Seguridad Social<sup>247</sup>.

En ese sentido, la Corte ha entendido que la inclusión de los términos “compañero/a permanente” en las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social, obedeció únicamente al imperativo constitucional de darle a la persona de distinto sexo que hace vida marital con el afiliado, el mismo tratamiento que se le venía dando al cónyuge. Ello implica, en opinión de la Corte, que “la persona del mismo sexo que hace vida marital con un afiliado, en cuanto no fue constitucionalmente asimilada al

---

<sup>246</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 1426 de 2000 (supra nota 40).

<sup>247</sup> Ibídem. Numeral 4. El concepto de compañero y compañera permanente en materia de Seguridad Social.

cónyuge, no puede acceder al sistema como beneficiario, porque las normas que rigen la seguridad social no lo tienen previsto”<sup>248</sup>.

Los anteriores argumentos han llevado a la Corte a concluir que las entidades promotoras de salud que nieguen la afiliación, se limitan a aplicar debidamente las disposiciones referentes a las condiciones de acceso al régimen contributivo de seguridad social en salud y en consecuencia, tal actuación no es violatoria del derecho a la igualdad<sup>249</sup>.

- **La omisión legislativa en el reconocimiento de las uniones homosexuales de hecho en cuanto al acceso a la seguridad social como beneficiarios, no es violatoria del derecho a la igualdad ni al libre desarrollo de la personalidad**

La Corte analizó este tema a partir de la relación entre el derecho a la igualdad y la ampliación de la cobertura del Sistema de Seguridad Social. De manera general señaló que el derecho a la seguridad social requiere un desarrollo legal que permita distribuir sus beneficios adecuadamente dentro de la población, y que la ampliación de su cobertura se encuentra sujeta a la prohibición de discriminación. Además, la Corte estimó que su desarrollo legal debía obedecer a los principios constitucionales

---

<sup>248</sup> *Ibidem*. Numeral 5. El caso concreto.

<sup>249</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 623 de 2001. Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil. Numeral 2. La ampliación de la cobertura de la seguridad social frente al derecho a la igualdad en la Constitución Política.

específicos en materia de seguridad social consagrados en el Artículo 48 de la Constitución<sup>250</sup>.

En ese sentido ha dicho que en virtud del principio de universalidad, la cobertura debe extenderse paulatinamente a una población cada vez mayor y que dentro de este proceso de extensión no pueden aceptarse discriminaciones hacia sectores determinados de la población. De esta manera, la Corte ha concluido que aunque la negativa de una entidad de afiliar a una persona en razón de su orientación sexual constituye una clara vulneración del derecho a la igualdad, ello no implica que dicha orientación deba constituirse necesariamente en un criterio de valoración para determinar hacia dónde debe ampliarse la cobertura del servicio<sup>251</sup>.

Sobre la actuación del Legislador, la Corte ha dicho que a aquél le corresponde determinar - sobre la base criterios demográficos y económicos – qué grupos sociales requieren con mayor urgencia la cobertura para que la distribución de beneficios se haga de acuerdo con necesidades sociales comprobadas<sup>252</sup>. Asimismo, y frente al análisis que debe hacer el juez constitucional de la decisión del Legislador, la Corte determinó en sentencia de unificación 623 de 2001, que la situación de marginación o de rechazo en la que se encuentre un sector de la población no lleva de suyo la obligación estatal de compensarla mediante la asignación de ciertos beneficios sociales sin tener en cuenta las razones o las condiciones de su marginación. En este

---

<sup>250</sup> Ídem.

<sup>251</sup> Ídem.

<sup>252</sup> Ídem.

punto, la Corte reiteró su posición en el sentido de que el carácter limitado de las medidas de protección que se establezcan mediante la actividad legislativa no vulneran el derecho a la igualdad por el solo hecho de no incorporar en un mismo momento la protección de diversos grupos discriminados, y precisó que, en materia de seguridad social, dada la multiplicidad de criterios de valoración que podría utilizar el Legislador, el examen del juez constitucional debe ser de menor rigor teniendo en cuenta las consideraciones particulares de orden presupuestal, demográfico y económico<sup>253</sup>.

En esa medida, y para responder al problema jurídico de si existe violación al derecho a la igualdad por la omisión legislativa de no incluir en la regulación de la cobertura familiar del régimen contributivo de salud a las parejas homosexuales, la Corte ha tenido en cuenta dos aspectos. En primer lugar, y aplicando un “test débil de igualdad”, ha estimado que siendo la “garantía en la continuidad del servicio” una finalidad constitucionalmente válida como justificación para la ampliación paulatina y progresiva en la cobertura, una eventual decisión del juez constitucional de ampliarla hacia determinado grupo social, sin que medien por conexidad otros derechos como la vida digna, comportaría un desconocimiento de la labor de ponderación legislativa. En segundo lugar ha establecido que “a pesar de que la orientación sexual es una opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad que debe ser respetada y protegida por el Estado, no es equiparable constitucionalmente al concepto de familia y en esa medida la diferencia en los

---

<sup>253</sup> Ídem.

supuestos de hecho en que se encuentran los compañeros permanentes y las parejas homosexuales permanentes, y la definición y calificación de la familia como objeto de protección constitucional específica, impiden efectuar una comparación judicial entre unos y otros”<sup>254</sup>.

Siguiendo esa misma línea la Corte ha concluido entonces que la no inclusión de “relaciones diferentes” como criterios para beneficiar a ciertas personas dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud no significa un desconocimiento ni una segregación de quienes deciden optar por cualquier tipo de relación afectiva o de convivencia, ni comportan impedimentos para el libre desarrollo de su personalidad<sup>255</sup>.

En su sentencia de unificación sobre el tema, la Corte sugirió que la determinación judicial del acceso de las parejas homosexuales en calidad de beneficiarios, constituiría una concesión de privilegios a un grupo minoritario de personas en atención a su orientación sexual, que no estarían permitidos para una amplia mayoría dada la existencia de un porcentaje importante de población imposibilitada para acceder a alguno de los regímenes de salud previstos por la ley, lo que no obedecería a una prioridad social reconocida a través de la estructura formal legislativa<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Ídem.

<sup>255</sup> Ídem.

<sup>256</sup> Ídem.

La Corte señaló que en todo caso el legislador puede regular situaciones como la planteada por los actores, pudiendo en ejercicio de la cláusula general de competencia de la que es titular, producir normas legales dirigidas específicamente a definir la situación de parejas homosexuales cuando se trata de afiliaciones al régimen de seguridad social<sup>257</sup>.

Finalmente, el otro gran criterio que ha tenido en cuenta la Corte para llegar a la anterior conclusión es que, en virtud del principio de universalidad del Sistema de Seguridad Social, ninguna persona puede estar sin protección (ya sea por el régimen contributivo, subsidiado o en calidad de vinculado), ni puede estar doblemente protegida, lo que implica que quienes hagan vida en común con personas del mismo sexo, pueden en todo caso vincularse y obtener la atención médica que requieran en el régimen subsidiado<sup>258</sup>. En ese sentido, ha concluido que la exclusión del acceso en calidad de beneficiarios como compañeros/as permanentes de las parejas homosexuales, no es una situación discriminatoria sino “sencillamente se trata de que el criterio normativo que determina el derecho de afiliación mediante el grupo familiar como beneficiario de su pareja homosexual cotizante no es el aplicable para acceder al sistema en este caso, sino cualquiera de los otros regulados en la ley que en su conjunto buscan realizar el principio de la universalidad paulatina y gradual”<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 999 de 2000 (supra nota 199) Numeral 5.

<sup>258</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 1426 de 2000. (supra nota 40) Numeral 5. El caso concreto.

<sup>259</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 623 de 2001 (supra nota 249) Numeral 3. El caso concreto: la aplicación del sistema normativo de seguridad social por parte de la EPS demandada.

## **2.7 Otros derechos**

Tanto la CrEDH como la Corte Constitucional colombiana, han conocido casos sobre derechos que tampoco no pueden ubicarse en ninguna de las categorías anteriores, pero que envuelven el tema del reconocimiento de las parejas homosexuales en pie de igualdad frente a las heterosexuales.

### **2.7.1 DIDH**

#### **2.7.1.1 Sistema Europeo**

##### **2.7.1.1.1 Sub – reglas y estándares**

- **La distinción legal en cuanto a la posibilidad de suceder la tenencia de la vivienda en la cual, una persona homosexual tuvo vida en común con su pareja antes de la muerte de ésta, es violatoria del derecho a la intimidad en relación con la cláusula de no discriminación.**

La CrEDH ha considerado que, en estos casos es aplicable la cláusula de no discriminación junto con la norma sustantiva, pues la orientación sexual fue el

elemento determinante para acceder a un beneficio reconocido legalmente a las personas heterosexuales<sup>260</sup>.

Así, la CrEDH ha estimado que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón fuerte y legítima que podría justificar una diferencia de tratamiento, sin embargo se trata de una finalidad abstracta que puede ser protegida por una variedad de medidas concretas, cuyo alegato genérico sin especificar la necesidad de la distinción, no puede conducir a justificarla<sup>261</sup>.

Según la CrEDH, y teniendo en cuenta que el margen de apreciación de los Estados es angosto en situaciones de trato diferenciado sobre la base de la orientación sexual, éstos deben demostrar que dicha diferencia no sólo es adecuada para lograr el fin propuesto, sino que es estrictamente necesaria<sup>262</sup>.

## **2.7.2 Corte Constitucional colombiana**

### **2.7.2.1 Sub – reglas y estándares**

- **La negativa por parte de una autoridad administrativa de otorgar la residencia a una persona homosexual como compañero/a permanente de un**

---

<sup>260</sup> CrEDH. Caso Karner (supra nota 23) Párr. 33.

<sup>261</sup> *Ibidem*. Párrs. 40 y 41.

<sup>262</sup> *Ídem*.

**residente, no es violatoria del derecho a la igualdad ni al libre desarrollo de la personalidad**

La Corte se ha pronunciado sobre este tema con ocasión a la residencia en San Andrés y Providencia regulada por el Decreto 2762 de 1991<sup>263</sup> cuyo contenido plantea distintas vías en cuanto al acceso a ese derecho. Una de ellas es la existencia de “unión permanente” con un residente por lo menos durante tres años continuos, siempre que al momento de la solicitud se acredite la convivencia de la pareja. Otra de las alternativas es la permanencia en el departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a tres años, sumada a la observancia de buena conducta, la solvencia económica y siempre que a juicio de la autoridad administrativa correspondiente, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el archipiélago<sup>264</sup>.

La protección derivada de la primera alternativa, según la Corte, es una protección especial a la familia que busca eliminar una limitación al derecho de circulación y

---

<sup>263</sup> Decreto 2762 de 1991. Artículo 3. “Podrá adquirir el derecho a residir en forma permanente en el Departamento Archipiélago quien: a) Con posterioridad a la fecha de expedición de este Decreto, contraiga matrimonio o establezca unión permanente con un residente, siempre que fije el domicilio común en el Departamento, a lo menos por 3 años continuos. Al momento de solicitar la residencia permanente se deberá acreditar la convivencia de la pareja; b) Haya permanecido en el Departamento en calidad de residente temporal por un término no inferior a 3 años, haya observado buena conducta, demuestre solvencia económica y, a juicio de la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia, resulte conveniente su establecimiento definitivo en el Archipiélago. La Junta decidirá sobre la conveniencia de que trata el literal anterior, tomando en cuenta la oferta de mano de obra en el Departamento Archipiélago, la densidad poblacional en el mismo y las condiciones personales del solicitante”.

<sup>264</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 725 de 2004 (supra nota 197) Numeral 4. El régimen de control de densidad poblacional en San Andrés.

residencia que, en la práctica podría impedir que se conforme la familia o que se mantenga unida la ya formada<sup>265</sup>.

La Corte ha considerado que la persona homosexual no puede pretender ampararse, en razón de condición como tal, en las previsiones legales que brindan especial protección a la familia, sino que debe acudir a las disposiciones de la ley que, de manera general abren para cualquier persona, cumplidos los requisitos allí previstos, la posibilidad de residenciarse en la isla, en igualdad de condiciones, es decir, que para las personas homosexuales, este derecho pasa por vías distintas de las que se han previsto para la protección de la familia<sup>266</sup>.

- **La omisión de la autoridad administrativa de “adecuar el trámite” para que una persona homosexual pueda acceder al derecho de residencia por una vía alternativa siempre que sea legalmente viable, es violatoria del derecho al debido proceso y al libre desarrollo de la personalidad**

La Corte ha estimado que, si para la aplicación de la vía alternativa de acceso a la residencia, existe un margen de discrecionalidad de la autoridad administrativa, pero

---

<sup>265</sup> *Ibidem*. Numeral 5. El caso concreto.

<sup>266</sup> *Ídem*. A manera de referencia, el Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes presentó su voto disidente a la sentencia, estableciendo entre sus argumentos que el texto de la Constitución Política en su Artículo 42 sí reconocía a las parejas homosexuales como familia bajo la fórmula “la voluntad responsable de conformarla”, y en ese sentido de manifestó en clara disidencia con la línea jurisprudencial de la Corte sobre la protección únicamente a la familia monogámica y heterosexual. Indicó entre sus argumentos además que aún a pesar de esa desafortunada interpretación restrictiva de la Constitución, la Corte en el presente caso había ido mucho más allá, encontrando en una norma una supuesta protección a la familia no obstante la norma misma no distinguía entre el sexo de las personas que debían conformar “la unión permanente” a que se refería el decreto.

están dados los demás presupuestos objetivos para su procedencia, y no hay razones para que se decida de otra manera, aquélla debe conceder la solicitud pues la discrecionalidad no puede traducirse en arbitrariedad<sup>267</sup>.

En ese sentido, la Corte ha señalado que si la autoridad administrativa tenía conocimiento de que la solicitud sobre por la vía de la protección a la familia era improcedente, era su deber adecuar el trámite y encauzarlo por el régimen jurídico que correspondía, dado que se trataba de un problema formal en cuanto a la vía elegida para solicitar la residencia, y que era evidente que en el caso concreto, el solicitante cumplía con los requisitos exigidos por la segunda vía. La Corte concluyó lo anterior señalando que cuando puedan afectarse derechos fundamentales, como la libertad de circulación y residencia o el libre desarrollo de la personalidad de una persona, la autoridad está obligada a la readecuación del trámite, porque la protección de tales derechos por la Administración Pública es informal y no tiene carácter rogado sino oficioso<sup>268</sup>. En opinión de la Corte, no adecuar el trámite en un caso en que sería procedente por otra vía el derecho a la residencia, es violatorio del derecho al debido proceso, y afecta también el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la pareja homosexual, quienes, de hecho, verían obstaculizada su decisión de mantener en el archipiélago una relación estable<sup>269</sup>.

---

<sup>267</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 725 de 2004. (supra nota 197) Numeral 5. El caso concreto.

<sup>268</sup> Ídem.

<sup>269</sup> Ídem.

## **CONCLUSIONES**

### **EN CUANTO A LA PENALIZACIÓN**

Aunque ninguna norma del DIDH así lo consagre, las reiteradas interpretaciones del CDH y de la CrEDH, permiten concluir que, en virtud de los tratados internacionales se encuentra proscrita la penalización de la homosexualidad, de las conductas homosexuales y de su exteriorización, en virtud del derecho a la intimidad, y de las cláusulas de no discriminación, además de constituir una fuente adicional de riesgo de victimización de la población homosexual y de la comisión de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Esta conclusión es relevante a manera de referencia, sin embargo no existe punto de comparación con el ordenamiento jurídico colombiano, dado que desde 1980 se encuentran derogadas las disposiciones del Código Penal de 1936 que penalizaban la conducta homosexual.

## **EN CUANTO A OTRO TIPO DE SANCIONES**

### **Las sanciones a la condición de homosexual en sí misma**

En el DIDH se ha establecido claramente que las sanciones de tipo disciplinario relacionadas con la homosexualidad en sí misma, son violatorias del derecho a la intimidad, y que los Estados no pueden justificar dicha interferencia en “el mantenimiento de la moral” ni en la “efectividad operacional” del servicio público específico.

Por su parte, la Corte Constitucional ha concluido que son violatorias de los derechos a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, todas las sanciones impuestas a servidores públicos sobre la base exclusiva de su homosexualidad.

### **Las sanciones a las manifestaciones externas de la homosexualidad**

La Corte Constitucional se ha pronunciado más detalladamente sobre las sanciones disciplinarias, no solamente frente a la condición de homosexual en sí misma, sino además frente a sus manifestaciones externas y sus prácticas. En cuanto a la viabilidad de las sanciones disciplinarias como consecuencia de la exteriorización de la homosexualidad, la conclusión no es tan clara como la anterior, en la medida en que, tratándose de manifestaciones en el marco de instituciones castrenses, la Corte no las consideró violatorias de la Constitución, pues podrían llegar a acosar a los demás miembros que no compartan la misma inclinación.

Sin embargo, posteriormente la Corte Constitucional se refirió en dos oportunidades a las manifestaciones externas de la homosexualidad, una con relación a la sanción de los docentes, donde la Corte consideró que no era admisible constitucionalmente la sanción de las manifestaciones de la orientación/opción homosexual; y otra con relación a sanciones administrativas impuestas por autoridades policivas, donde consideró inconstitucionalmente discriminatoria dicha actuación frente a

comportamientos públicos que son respetados y garantizados a las personas heterosexuales.

### **Las sanciones a las prácticas homosexuales**

La Corte Constitucional ha establecido reiteradamente que ellas no son violatorias de ninguna disposición de la Constitución, siempre que sean establecidas claramente, en respeto del principio de legalidad, sean impuestas en observancia del debido proceso y se trate de espacios que, tal como las instituciones castrenses, requieren una disciplina mucho más exigente.

### **EN CUANTO AL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL**

Las violaciones del derecho a la vida y la práctica de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, motivadas por la orientación/opción sexual de las víctimas, son manifiestamente incompatibles con el DIDH y han sido repudiadas constantemente por los Comités de tratados y por las Relatorías Especiales de Naciones Unidas, al igual que el silenciamiento de estos crímenes y su consecuente impunidad.

En el ordenamiento colombiano, existe una disposición en el Código Penal que agrava la punibilidad de los delitos que tengan como motivación, entre otras, la discriminación por orientación sexual.

## **EN CUANTO A LAS CLÁUSULAS DE NO DISCRIMINACIÓN**

En cuanto a la igualdad y la prohibición de discriminación existe un consenso general tanto en los pronunciamientos del DIDH como en el ordenamiento colombiano en el sentido de que las distinciones sobre la base de la orientación sexual que no puedan justificarse, constituyen eventos discriminatorios por “razón de sexo” en virtud de las diversas cláusulas de no discriminación de los tratados internacionales y de la Constitución Política. Los eventos discriminatorios en general sobre los cuales existen pronunciamientos internacionales son: el acceso a los DESC; la discriminación de menores de edad por su orientación sexual; el acceso a la información de los adolescentes homosexuales; la distinción entre la edad legal para consentir relaciones heterosexuales y homosexuales; la discriminación de género contra las mujeres que ejercen su sexualidad de manera diferente a la mayoría; la distinción de personas homosexuales en temas migratorios, especialmente de refugio; y el riesgo en que se encuentran los defensores/as de derechos humanos que trabajan en el tema de las minorías sexuales.

En cuanto al acceso a los DESC, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en términos generales señalando que la negativa a su acceso a los mismos sobre la base de la homosexualidad es violatoria de la Constitución. Evidentemente este pronunciamiento se refiere a la imposibilidad absoluta de acceder, pues tal como se vio y se concluirá a continuación, cuando se pretende

obtener el servicio de salud en calidad de beneficiarios/as las parejas homosexuales no cuentan con protección constitucional, lo que, en los términos en que se señalará más adelante, puede ser fuente de responsabilidad internacional del Estado colombiano.

Frente a los demás eventos, aunque no hay pronunciamientos concretos sobre el tema en la jurisprudencia colombiana, se entiende que, al menos jurídicamente, se encuentran todos ellos comprendidos en la cláusula general de no discriminación del Artículo 13 de la Constitución, que tal como ha sido interpretada por la Corte Constitucional, prohíbe toda distinción sobre la base de la orientación sexual.

#### **EN CUANTO AL DERECHO A LA CUSTODIA**

En cuanto al derecho a obtener la custodia de su hijo por parte de la madre o del padre homosexual, ha establecido la CrEDH que las decisiones sobre ese tema que hagan referencia explícita a la orientación sexual del solicitante, son arbitrarias y discriminatorias, y en consecuencia, son violatorias de la CEDH. Aunque en Colombia no se ha planteado el debate sobre este tema ni existe disposición legal que prohíba expresamente la custodia en cabeza del padre o la madre homosexual, ello no excluye que por vía judicial pueda presentarse discriminación en ese sentido, y por eso es importante tener en cuenta el precedente internacional.

#### **EN CUANTO AL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO**

En el DIDH la jurisprudencia del CDH indica que la prohibición legal a nivel interno de contraer matrimonio no es en sí misma violatoria del PIDCP dada la limitación de la fórmula convencional “hombre y mujer” que consagra ese derecho en el texto del instrumento.

El estándar establecido por el CDH es claro y tajante. Si el PIDCP reconoce el matrimonio entre un hombre y una mujer entre sí exclusivamente, no puede obligar a los Estados a que en su legislación interna reconozcan a las parejas homosexuales bajo esa figura específica. Sin embargo, caben los siguientes comentarios a esta decisión.

### **El principio de interpretación *pro homine* y el tenor literal de los tratados**

En primer lugar, aunque la decisión es escueta, en principio no es reprochable dado que la limitación del CDH es convencional y las reglas de interpretación del derecho de los tratados le impedirían cambiar el tenor literal de la norma, no obstante el principio *pro homine* de interpretación del DIDH.

Esto en principio, pues podría alegarse válidamente que, precisamente en virtud del principio *pro homine*, el tenor “entre un hombre y una mujer” tratándose de una norma restrictiva, debe ser interpretada restrictivamente, y en consecuencia, al no

señalarse “entre un hombre y una mujer entre sí”, podría concluirse que no necesariamente tiene que ser entre personas del sexo opuesto.

Este argumento progresivo resultaría mucho más sostenible mediante ejemplos de prácticas similares de otros organismos internacionales que han interpretado extensivamente las normas de derechos humanos, incluso en forma diferente a su tenor literal con la finalidad de proteger a una minoría no representada en dicho tenor. Tal es el caso del derecho a la propiedad colectiva o comunal reconocido por la CrIDH en el Caso de la Comunidad Mayagna contra Nicaragua a los pueblos indígenas, no obstante el tenor literal del Artículo 21 de la Convención Americana consagra el derecho a la propiedad privada e individual y ambos tipos de propiedad son sustancialmente diferentes.

Siguiendo la misma línea, podría afirmarse entonces que el hecho de que una norma convencional incluya en su literalidad una noción mayoritaria, no implica que por vía interpretativa no pueda ampliarse esa noción a otros modos de ejercer esos mismos derechos, especialmente cuando de esa interpretación depende la posibilidad real de ser sujeto de los mismos. Este último punto es de especial relevancia dado que no se trata de incluir un elemento accesorio a un derecho ya reconocido, se trata de reconocer la titularidad y permitir el ejercicio del núcleo esencial de un derecho civil fundamental consagrado internacionalmente.

En ese sentido, es lamentable que en una decisión relativamente reciente, el CDH hubiera decidido tan tajantemente, sin al menos plantear el debate sobre la interpretación del tenor literal del tratado.

Sin embargo, tal como se analiza a continuación, aunque desafortunadamente esta decisión cierra la puerta a la posibilidad de obligar a los Estados - sobre la base del PIDCP - a reconocer a las parejas homosexuales bajo la forma de matrimonio y su consecuente derecho a escoger el modelo de unión en pie de igualdad que las parejas heterosexuales, deja abierta la posibilidad de alegar en el futuro posibles violaciones derivadas de la misma restricción de contraer matrimonio, siempre que vengan acompañadas de “ciertas circunstancias”.

### **Protección a la familia, no obstante la imposibilidad de contraer matrimonio**

Tal como ya se dijo, el CDH concluyó que no hubo violación del PIDCP por la prohibición “en sí misma” a las parejas homosexuales de contraer matrimonio. Lo que sin duda se puede inferir de esta afirmación, es que al menos en ciertas circunstancias, la prohibición de contraer matrimonio a nivel interno puede implicar violación.

La opinión individual de dos de los miembros del CDH arroja luz sobre el tema y puede ser tomada como referente doctrinario para posibles casos futuros. Al menos dos circunstancias posiblemente violatorias pueden extractarse de dicha opinión.

La primera, cuando la restricción de contraer matrimonio implica para las parejas homosexuales según la legislación interna, el no reconocimiento de su unión como familia y la consecuente negativa a ser sujeto de la protección especial reconocida tanto internacional como constitucionalmente para esta institución.

Y la segunda, cuando la restricción implique además una distinción en el ejercicio de otros derechos con respecto a las parejas heterosexuales que sí pueden contraer matrimonio, siempre que esa distinción no sea “razonable” y “objetiva”. Precisamente con fundamento en este punto, meses después el CDH encontró violación del derecho a la igualdad por la negativa a obtener el beneficio pensional a la pareja homosexual del fallecido. Esta decisión es el reflejo de una de las posibles distinciones violatorias derivadas de los efectos de las restricciones normativas internas.

Es posible concluir entonces que en lo relativo a este aspecto, el estándar del CDH es definitivamente más alto que el de la Corte Constitucional, pues aunque no encuentra violatoria la prohibición del matrimonio, sí puede considerar violatorio el no reconocimiento como familia y las consecuentes distinciones que ello implica. Así, aunque se señala que podría haber distinciones sobre la base de criterios razonables y objetivos, cuando estos no se acreditan, el Comité puede encontrar violación del PIDCP con fundamento en el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación.

## **EN CUANTO A LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA INSTITUCIÓN FAMILIAR**

Con relación al derecho a la familia y la especial protección que impone el DIDH para dicha institución, se ha establecido en términos generales que los Estados partes en el PIDCP, se encuentran en la obligación de reconocer al interior de sus legislaciones a las diversas tipologías de familias que de hecho coexistan en sus sociedades, sin que pueda establecerse, internacionalmente, un concepto uniforme al respecto.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha sido enfática y reiterativa en afirmar que el tipo de familia que reconoce y protege especialmente la Constitución es la familia heterosexual y monogámica. Esta ausencia de protección especial de familias que *de facto* coexisten en la sociedad colombiana, puede ser fuente de responsabilidad internacional del Estado colombiano en virtud de la interpretación de la familia dada por el CDH.

Ahora, la afirmación de que la familia protegida constitucionalmente es la heterosexual y monogámica, ha llevado a la Corte a considerar en todas sus decisiones relevantes, que las disposiciones legales que hagan referencia alguna a la familia, son desarrollo de la protección especial a la misma establecida en los Artículos 42 y 43 de la Constitución, y en consecuencia, no son extensibles por vía

judicial a las parejas homosexuales. En estas decisiones se encuentran las relacionadas con el régimen patrimonial de las uniones de hecho; con el régimen de seguridad social en salud; y con la prohibición de adoptar conjuntamente.

La Corte Constitucional ha ido incluso más allá, pues ha llegado a idéntica conclusión aún en casos en que las disposiciones legales no hacían referencia explícita a la institución familiar, como es el caso de la posibilidad de obtener la residencia permanente en San Andrés y Providencia en virtud de una unión permanente por más de tres años con un residente de dicho territorio. Cada uno de estos derechos merece una conclusión separada.

## **EN CUANTO A LAS DISTINCIONES LEGALES ENTRE PAREJAS HETEROSEXUALES Y HOMOSEXUALES**

En cuanto a otros derechos y protecciones que se encuentran regulados para las parejas heterosexuales y que excluyen o guardan silencio sobre las homosexuales, en el DIDH existe jurisprudencia relacionada con el acceso a la seguridad social en pensiones en calidad de beneficiarios de las parejas homosexuales; y con el derecho de suceder la tenencia de inmuebles en los que convivía una pareja homosexual antes de la muerte de uno de sus miembros. Aunque se trata de temas muy específicos, especialmente el segundo, los estándares que se establecieron fueron de carácter general, en el sentido de que la diferenciación legal entre las parejas homosexuales y heterosexuales para que no sea incompatible con los instrumentos internacionales

respectivos, debe estar justificada sobre la base de criterios razonables y objetivos. Esta posición es común entre el CDH y la CrEDH. Este último Tribunal consideró adicionalmente que la “protección de la familia tradicional” no constituía justificación suficiente para la distinción legal.

Cabe mencionar que el reconocimiento de que una distinción legal debe justificarse sobre la base de criterios razonables y objetivos, es una aceptación por parte de ambos órganos de que efectivamente las parejas homosexuales y heterosexuales se encuentran en supuestos de hecho al menos similares.

Los anteriores estándares jurisprudenciales del DIDH contrastan con los de la Corte Constitucional, la cual no considera la posibilidad de existencia de una discriminación en una distinción legal, pues en su opinión las parejas homosexuales y heterosexuales se encuentran en supuestos de hecho distintos. Específicamente, la Corte Constitucional entiende que no son asimilables por vía judicial las parejas homosexuales a las heterosexuales en cuanto al acceso al régimen de seguridad social en salud como beneficiarios; en cuanto al régimen patrimonial de las uniones de hecho; y en cuanto a la autorización legal a la adopción conjunta, pues en su consideración, éstas últimas no constituyen familia objeto de protección integral. El único reconocimiento que ha hecho la Corte en favor de las parejas homosexuales, de derechos que a lo largo del tiempo se han entendido regulados para las parejas heterosexuales, es el derecho a la visita íntima en las cárceles, sobre el cual ha señalado que el Estado tiene el deber de garantizar por todos los medios a su alcance

que dicha visita sea posible, con independencia de si es de carácter homosexual o heterosexual.

Como consecuencia del anterior razonamiento sobre supuestos de hecho distintos, el estatus jurídico actual en el derecho colombiano de las parejas homosexuales en estos temas es el siguiente:

- Las parejas homosexuales de hecho que tienen una comunidad de vida permanente y singular, apoyada en el trabajo y socorro mutuos, no cuentan con un régimen patrimonial aplicable a su unión, tal como sí lo tienen las parejas heterosexuales en igual situación, lo que implica que en el estado actual de cosas, las primeras deben atenerse a la regulación genérica de las sociedades patrimoniales de hecho.

- Las parejas homosexuales de hecho que tienen una comunidad de vida permanente y singular, apoyada en el trabajo y socorro mutuos, no pueden exigir administrativa ni judicialmente su vinculación al régimen de seguridad social en salud en su calidad de compañeros permanentes de sus respectivas parejas como beneficiarios de las mismas, no obstante dependan económicamente de ellas, tal como sí lo pueden exigir las parejas heterosexuales. Para acceder a la seguridad social en salud, las personas homosexuales que dependan de sus parejas deben buscar vías alternativas, como el régimen subsidiado cuando sea aplicable, o en calidad de

vinculados, si no pueden acceder por los dos primeros. Esta decisión fue tomada por la Corte Constitucional, aplicando un “test” débil de igualdad, no obstante en decisiones anteriores e incluso posteriores a aquélla, quedó establecido que en todo caso de distinción sobre la base de la orientación sexual debía aplicarse un “test” estricto de igualdad.

- Las parejas homosexuales de hecho que tienen una comunidad de vida permanente y singular, apoyada en el trabajo y socorro mutuos, no se encuentran facultadas legalmente para adoptar menores de edad de manera conjunta, pues se mantienen vigentes las normas que restringen expresamente dicha posibilidad a las parejas heterosexuales.

Se está en presencia entonces de distinciones legales entre las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales en cuanto los anteriores temas que puede llegar a constituir una fuente de responsabilidad internacional del Estado colombiano por el eventual desconocimiento del derecho a la igualdad en el sentido que ha sido establecido por el CDH. En el caso del acceso al servicio de salud en calidad de beneficiarios como compañeros/as permanentes, cabría también el análisis de un eventual desconocimiento de la cláusula de no discriminación del PIDESC en cuanto al acceso a esos derechos.

Vale la pena finalmente comparar la forma en que el los Comités de Tratados han entendido las posibles discriminaciones, frente a la forma en que las ha entendido la Corte Constitucional. Los primeros han señalado que son discriminatorias las disposiciones y medidas que tengan o bien la intención o bien el efecto de crear una situación discriminatoria. La segunda en cambio ha tenido la tendencia de analizar las normas que reconocen derechos a las parejas heterosexuales y guardan silencio sobre las parejas homosexuales, desde la perspectiva de si de ellas puede derivarse la intención de excluir a estas últimas, eliminando la posibilidad de analizar sus efectos en la materialización y forma de aplicación por las autoridades estatales.

En ese sentido es posible concluir que del análisis de los estándares internacionales relevantes, las normas que aunque no tengan la intención, pero sí el efecto de distinguir entre las parejas heterosexuales de las homosexuales, pueden ser incompatibles con el PIDCP.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## **INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

- Convención Europea de Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.
- Convención sobre los Derechos del Niño.

## **DOCUMENTOS DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS**

- Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1997/47. 12 de febrero de 1997. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias. Radhika Coomaraswamy.
- Comisión de Derechos Humanos. 20 de abril de 2000. Informe de la Relatoría Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias.
- Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2001/9. 11 de enero de 2001. Informe de la Relatoría Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias.
- Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2001/94. 26 de enero de 2001. Informe de la Representante Especial de la Secretaria General de Defensores de Derechos Humanos. Hina Jilani.

- Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2002/76. 27 de diciembre de 2001. Informe del Relator Especial sobre la Tortura. Nigel Rodley.
- Informe de la Relatoría Especial sobre el Derecho a la Salud. E/CN.4/2004/49. 16 de febrero de 2004. El derecho de toda persona al disfrute del más alto posible estándar de salud física y mental. Relator. Paul Hunt.
- Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/56. 23 de diciembre de 2003. Informe del Relator Especial sobre Tortura. Theo van Boven.
- Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2003/L.92. Decisión 2003/118.
- Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/SR.49. Reunión No. 49.
- Comité de Derechos Humanos. Caso Broeks contra Holanda. Comunicación 172 de 1984.
- Comité de Derechos Humanos. Caso Danning contra Holanda Comunicación 182 de 1984.
- Comité de Derechos Humanos. Caso Zwaan de Vries contra Holanda Comunicación 180 de 1984.
- Comité de Derechos Humanos. Caso Hertzberg contra Finlandia. Comunicación No. 61/1979. CCPR/C/OP/1.
- Comité de Derechos Humanos. Caso Toonen contra Australia. Comunicación 488 / 1992. CCPR/C/50/D/488/1992.
- Comité de Derechos Humanos. Caso Joslin contra Nueva Zelanda. Comunicación 902 / 1999. CCPR/C/75/D/902/1999 (2002).
- Comité de Derechos Humanos. Caso Young contra Australia. Comunicación 941 de 2000. CCPR/C/78/D/941/2000. (2003).
- Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162.

- Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168.
- Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171.
- Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Estados Unidos de América. CCPR/C/79/Add.50. 3 de octubre de 1995.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de Colombia. CCPR/C/79/Add.76. 3 de mayo de 1997.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Sudan. CCPR/C/79/Add.85. 19 de noviembre de 1997.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales sobre Zimbabwe. CCPR/C/79/Add.89. 6 de abril de 1998.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de Tanzania. CCPR/C/79/Add.97. 18 de agosto de 1998.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Austria. CCPR/C/79/Add.103. 19 de noviembre de 1998.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Chile. CCPR/C/79/Add.104. 30 de marzo de 1999.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de Rumania. CCPR/C/79/Add.111. 28 de julio de 1999.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre el Estado de China. CCPR/C/79/Add.117. 12 de noviembre de 1999.
- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre Trinidad y Tobago. CCPR/CO/70/TTO 3 de noviembre de 2003.

- Comité de Derechos Humanos. Observaciones Finales sobre El Salvador. CCPR/CO/78/SLV. 27 de julio de 2003.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones Finales sobre Chipre. E/C.12/1/Add.28. 4 de diciembre de 1998.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones Conclusivas sobre Irlanda. 14/05/99. E/C.12/1/Add.35.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General de 11 de agosto de 2000. El Derecho al Estándar más Alto Posible de Salud.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General de 23 de enero de 2003. El Derecho al Agua.
- Comité para Eliminar la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/1999/I/L.1/Add.3. 27 de enero de 1999.
- Comité contra la Tortura. Conclusiones y Recomendaciones al Estado de Brasil. CAT A/56/44 (2001).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre Suecia. CEDAW/A/56/38. 2001.
- Comité Contra la Tortura. Conclusiones y Recomendaciones al Estado de Egipto. CAT/C/CR/29/4. 23 de diciembre de 2002.
- Comité contra la Tortura. Conclusiones y Recomendaciones al Estado de Venezuela. CAT/C/CR/29/2. 23 de diciembre de 2002.
- Comité de los Derechos del Niño. Consideraciones sobre los informes presentados por los Estados Partes. CRC/C/15/Add.185. 7 de junio de 2002.
- Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales de 16 de octubre de 2002. Overseas Territories, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.
- Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales de 16 de octubre de 2002. Isle of Man, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.
- Comité de los Derechos del Niño. Comentario General 4. (2003). Salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

## **SENTENCIAS DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS**

- Caso Dudgeon contra Irlanda del Norte. Decisión de 23 de septiembre de 1981.
- Caso Norris contra Irlanda. Decisión de 26 de octubre de 1988.
- Caso Modinos contra Chipre. Decisión de 31 de octubre de 1992.
- Caso Lustig-Prean and Beckett contra Reino Unido. Decisión de 27 de septiembre de 1999.
- Caso Smith and Grady contra Reino Unido. Decisión de 27 de septiembre de 1999.
- Caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal. Decisión de 21 de diciembre de 1999.
- Caso L. y V. contra Austria. Decisión de 9 de enero de 2003.
- Caso S. L. contra Austria. Decisión de 9 de enero de 2003.
- Caso Karner contra Austria. Decisión de 24 de julio de 2003.

## **SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

- Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Geraldo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C-373 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

- Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004. Magistrado Ponente: Marco Geraldo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia T-097 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 30.
- Corte Constitucional. Sentencia T-539 de 1994, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Consideración de la Corte Tercera y Segunda.
- Corte Constitucional. Sentencia T-618 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-999 de 2000. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1426 de 2000. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia T-499 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia T 808 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. Sentencia T 301 de 2004. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T 725 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T 1096 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Constitucional. Sentencia SU 623 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.