



AREA BÁSICA

DERECHOS DE LESBIANAS, GAY,
BISEXUALES Y PERSONAS
TRANSGENERISTAS
E INTERSEX



Colombia Diversa

...

DERECHOS DE LESBIANAS, GAY, BISEXUALES
Y PERSONAS TRANSGENERISTAS E INTERSEX

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
Presidente

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Vicepresidente

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JOSÉ AGUSTÍN SUÁREZ ALBA
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

COLOMBIA DIVERSA

DERECHOS DE LESBIANAS, GAY, BISEXUALES
Y PERSONAS TRANSGENERISTAS E INTERSEX

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"

Colombia Diversa

Marcela Sánchez Buitrago

Directora ejecutiva

Elaboración de textos:

Eliana Marcela Robles Pallares, Mávil Nicolás Giraldo Chica, María Alejandra Medina Ubajoa, Juan Felipe Rivera Osorio, Beldys Atilia Hernández Albarracín, Samuel Augusto Escobar Beltrán, abogadas y abogados de las áreas constitucional, educación, familia y penal de Colombia Diversa.



Unión Europea

Corrección de estilo financiada con fondos de la Unión Europea:
Rafael Rubio

ISBN: 978-958-8857-88-6

Primera edición: 2017

500 ejemplares

Asesoría pedagógica y metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2017

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

	Págs.
CONVENCIONES	15
Sinopsis profesional y laboral de los autores	17
JUSTIFICACIÓN	19
OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO	21
 UNIDAD 1.	
MARCO CONCEPTUAL EN TORNO A LAS PERSONAS LGBTI	25
1.1 DEFINICIONES	27
1.1.1 Sexo Asignado al Nacer	27
1.1.1.1. Intersexual	28
1.1.2 Género	29
1.1.3 Identidad de Género	30
1.1.3.1. Personas Cisgénero	31
1.1.3.2. Personas Trans	32
a) Transexualismo	33
b) Personas Travestis	34
c) Personas Transgénero	34
d) Drag Queen o Drag King	35
1.1.4. Orientación sexual	37
1.1.4.1. Heterosexualidad	38
1.1.4.2. Homosexualidad	38
1.1.4.3. Bisexualidad	39
1.1.4.4. Pansexualidad	39
1.1.4.5. Asexualidad	40
1.1.5. Expresión de Género	41

1.1.6. Identidades Autoreconocidas	43
1.1.7. Identidades Percibidas	43
1.1.8. ¿Por qué y cuándo es importante diferenciar?	45

UNIDAD 2.

MARCO CONSTITUCIONAL PARA LOS DERECHOS LGBTI	49
2.1. IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN	50
2.1.1. El Derecho a no ser Discriminado/A por Orientación Sexual o Identidad de Género	50
2.1.2. La Orientación Sexual e Identidad de Género Como Criterio Sospechoso de Discriminación	56
2.1.3. Los Cuatro Mandatos del Derecho a la Igualdad	60
2.2. DIGNIDAD HUMANA	61
2.2.1. Vivir Como Se Quiere	62
2.2.2. Vivir Bien Hace Referencia a las Condiciones Materiales de Existencia	63
2.2.3. Vivir sin Humillaciones a una Dimensión Moral, Espiritual o Intangible de Dicho Principio	64
2.3. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHO A LA INTIMIDAD	65

UNIDAD 3.

DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI	69
3.1. ÁMBITO INDIVIDUAL: LAS PERSONAS LGBTI	70
3.1.1. Protección Constitucional por Razón de la Orientación Sexual	70
3.1.1.1. Los besos y las expresiones públicas de afecto	72
3.1.2. Identidad de Género	74
3.1.2.1. Cambio de nombre	76
3.1.2.2. Sistema de salud y transformaciones corporales	77
3.1.2.3. Corrección del componente sexo en los documentos de identidad	81
3.1.3. Intersexualidad	85

UNIDAD 3.2

3.2. ÁMBITO DE LA VIDA FAMILIAR O EN PAREJA	91
3.2.1. Unión Marital de Hecho (UMH)	93
3.2.2.1. Conformación	95
3.2.2.2. Régimen patrimonial	99
3.2.2. Matrimonio	100
3.2.3. Filiación	109

3.2.3.1. Adopción	116
3.2.3.1.1. Adopción individual	117
3.2.3.1.2. Adopción consentida o complementaria	118
3.2.3.1.3. Adopción conjunta	121
3.2.3.2. Registro de niños y niñas como hijos o hijas de parejas del mismo sexo	124
3.2.4. Custodia y Patria Potestad de Niños y Niñas	129
3.2.5. Vivienda Familiar	132
3.2.5.1. Subsidio de vivienda	134
3.2.5.2. Patrimonio de familia	135
3.2.5.3. Afectación a vivienda familiar	135
3.2.6. La Obligación Alimentaria	136
3.2.7. Derechos Políticos de Carácter Migratorio	137
3.2.7.1. Residencia en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	138
3.2.7.2. Nacionalidad por adopción en favor de los cónyuges y compañeros permanentes	139
3.2.8. Violencia Intrafamiliar	140
3.2.9. Indemnizaciones del SOAT	141
3.2.10. No Incrimination Penal	141
3.2.11. Sistema de Seguridad Social	142
3.2.11.1. Salud	144
3.2.11.2. Pensión	146
Conclusión	152
3.2.12. Autoevaluación	154
3.2.13. Jurisprudencia	159
3.3. ÁMBITO EDUCATIVO	164
3.3.1. La Situación General de la Población LGBTI en el Sistema Educativo ..	164
3.3.2. La Población LGBTI y el Suicidio	169
3.3.3. Derecho a la Educación: Contenido y Aspectos	173
3.3.4. La Discriminación en el Sector Educativo	176
3.3.4.1. La agresión y el acoso escolar (o matoneo o bullying): sus formas y los roles de quienes participan en él	176
a) Intimidación física	178
b) Intimidación verbal	178
c) Intimidación relacional o indirecta	178

d) Intimidación virtual	179
e) Intimidación gestual	179
f) Intimidación normativa	179
g) Intimidación y sus formas: vertical, horizontal y los roles de participantes	180
3.3.4.2. Formas de acoso aplicadas y su frecuencia	181
3.3.5 La Comunidad Educativa: Docentes y Directivas	184
3.3.5.1. El caso de la C-481 de 1998: la homosexualidad como mala conducta docente y los mitos sobre la docencia LGBTI	184
3.3.5.2. El acoso contra docentes y directivas: entre la Ley 1620 de 2013 de convivencia escolar y la Ley 1010 de 2006 de acoso laboral	191
3.3.6. Estudiantes LGBTI y las Instituciones Educativas	197
3.3.6.1. Distinciones preliminares: las distintas categorías en juego	197
3.3.6.2. Derechos, conflictos y necesidades: estudiantes lesbianas, gay y bisexuales	198
a) Patologización o el tratamiento de la orientación sexual como enfermedad	199
b) Las prohibiciones de manifestaciones de afecto	200
c) Las prácticas violatorias de la privacidad contra estudiantes lesbianas, gays y bisexuales	204
3.3.6.3. Derechos, conflictos y necesidades: estudiantes trans e intersex	208
a) El nombre identitario	208
b) El uso del uniforme que corresponde con su género	210
c) El uso de instalaciones que corresponde con su género	212
3.3.6.4. Conclusiones generales: los y las estudiantes LGBTI y su protección en el sistema educativo	214
3.3.7. Manuales de Convivencia y sus Limitaciones	215
3.3.7.1. Contexto normativo general de los manuales de convivencia	215
3.3.7.2. Los manuales de convivencia homofóbicos y transfóbicos	217
3.3.7.3. Límites generales de los manuales de convivencia a la hora de regular conductas de estudiantes	219
3.3.8. Procesos Disciplinarios, Administrativos y Penales relacionados con las Instituciones Educativas	222
3.3.8.1. Responsabilidad institucional: proceso administrativo disciplinario contra la institución educativa	222
3.3.8.2. Responsabilidad individual: proceso penal	224

3.3.8.3. Responsabilidad individual: proceso disciplinario acorde con el reglamento o manual de convivencia y el derecho al debido proceso.....	224
3.3.9. El Sistema Nacional de Convivencia Escolar	228
3.3.10. El caso de la Educación Superior y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).....	234
3.4. ÁMBITO PENAL, CARCELARIO Y CONFLICTO ARMADO	244
3.4.1. Introducción del Ámbito Penal.....	244
3.4.2. La Masculinidad Dominante y la Violencia: Reflexiones desde la Criminología Crítica y la Criminología Feminista.....	244
3.4.3. El Crimen de Odio versus la Violencia por Prejuicio	248
3.4.3.1. Introducción y distinción conceptual entre el odio y el prejuicio	248
3.4.3.2. El modelo del odio y el tránsito legislativo a un modelo abierto de la discriminación	251
3.4.3.3. El feminicidio: novedades jurisprudenciales y legales que reafirman la violencia por prejuicio como herramienta válida para el operador judicial	254
3.4.3.4. Indicadores de la violencia basada en prejuicios.....	259
3.4.4. El Prejuicio en la Judicatura: la Reflexividad como Criterio Fundamental para el Acceso a la Justicia	262
3.4.5. Aspectos Fundamentales de la Parte General a ser tenidos en cuenta a la hora de Abordar Delitos por Prejuicio	263
3.4.5.1. Reflexiones sobre el móvil discriminatorio como circunstancia de mayor punibilidad.....	263
3.4.5.2. Reflexiones sobre la posición de garante y sus fuentes.....	270
3.4.6. Aspectos Fundamentales de la Parte Especial en Relación a los Delitos por Prejuicio.....	272
3.4.6.1. El feminicidio y los agravantes específicos del delito de homicidio	273
3.4.6.2. La violencia y el abuso policial o de la fuerza pública	275
3.4.6.3. El delito de amenazas y la víctima a partir de su elemento especial subjetivo.....	276
3.4.6.4. Los delitos sexuales y el agravante del control social.....	277
3.4.6.5. De la desaparición forzada y el agravante en torno al sujeto pasivo de la conducta	278
3.4.6.6. Los actos de racismo o discriminación y el hostigamiento.....	278
a. Elementos comunes a los delitos de actos de racismo o discriminación y hostigamiento.....	278
b. Los actos de racismo o discriminación	279

c. El hostigamiento	280
3.4.7. Aspectos Procesales Fundamentales a Ser Tenidos en Cuenta a la Hora de Abordar Delitos Basados en Prejuicios	281
3.4.7.1. La víctima en el proceso penal desde una mirada amplia	281
3.4.7.2. Herramientas para evitar la revictimización dentro del proceso penal.....	283
3.4.7.3 El prejuicio y los preacuerdos o negociaciones con la Fiscalía General de la Nación.....	285
Conclusión.....	286
BIBLIOGRAFÍA.....	290

CONVENCIONES

<i>O_g</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>O_e</i>	<i>Objetivos específicos</i>
<i>a_p</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>a_e</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>j</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>b</i>	<i>Bibliografía</i>
<i>CGP</i>	<i>Código General del Proceso</i>

CPC

Código de Procedimiento Civil

JUEZ

En atención al cumplimiento que se debe efectuar sobre el tema Transversal de Equidad de Género debe entenderse siempre a lo largo del presente escrito que al referirse al juez igualmente se está haciendo referencia a la jueza; así mismo, cuando se hable del magistrado ha de entenderse la magistrada, el abogado, la abogada y en general y como se define en el módulo citado "*Género: Se refiere a la construcción cultural y simbólica de las características biofisiológicas percibidas, es decir, a la designación sociocultural de las características comportamentales de los sexos*", queriendo con esto respetar la igualdad de los dos sexos. Aplica igualmente cuando se hable del "hombre" haciendo referencia a todos los seres de la especie humana sin distinción alguna.

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR

Colombia Diversa es una organización no gubernamental que desde hace más de diez años hace incidencia en políticas públicas con base en la investigación y el litigio especializado en la población de lesbianas, gay, bisexuales y personas transgeneristas e intersexuales, para lo cual trabaja en cinco áreas: 1. Producción sistemática de información sobre la situación de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y transgeneristas e intersexuales (población LGBTI) en Colombia; 2. Avances en el reconocimiento y la aplicación efectiva de todos los derechos de las personas LGBTI y de las parejas del mismo sexo; 3. Promoción del respeto de la diversidad sexual en los ámbitos educativos; 4. Incidencia en la transformación de estereotipos acerca de la población LGBTI; 5. Contribución a la articulación y consolidación del movimiento LGBTI en Colombia y América Latina.

Cuenta con un equipo de trabajo interdisciplinario, compuesto principalmente por profesionales de ciencias sociales, abogados/as, trabajadores/as sociales, psicólogos/as, pedagogos/as y profesionales con experiencia en Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Penal, Administrativo y de Familia. Así mismo por profesionales con experiencia en comunicación y nuevos medios. Particularmente, en la elaboración de este módulo participaron Eliana Marcela Robles Pallares, Mávil Nicolás Giraldo Chica, María Alejandra Medina Ubajoa, Juan Felipe Rivera Ósorio, Beldys Atilia Hernández Albarracín, Samuel Augusto Escobar Beltrán, abogadas y abogados de las áreas constitucional, educación, familia y penal de Colombia Diversa.

JUSTIFICACIÓN

El Módulo *Formación para jueces sobre derechos de lesbianas, gay, bisexuales y personas transgeneristas e intersex* es importante dentro del Plan Nacional de Formación de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, porque responde a la necesidad creciente que presentan los funcionarios y las funcionarias judiciales de comprender los conceptos relacionados con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y los derechos subyacentes a las personas LGBTI.

Colombia es uno de los países latinoamericanos que cuenta con más avances en el reconocimiento de derechos a las personas LGBTI. Dichos avances se pueden ver reflejados en una amplia jurisprudencia constitucional que reconoce a las personas y parejas LGBTI derechos patrimoniales, a la seguridad social, a la pensión de sobrevivientes y al derecho a conformar una familia, entre otros. Sin embargo, estos progresos no se han traducido en un goce efectivo de dichas garantías constitucionales, debido a que las autoridades administrativas y judiciales aún restringen el alcance de estos derechos.

Debido a esto las personas, y en particular las parejas, tienen que acudir al sistema judicial para que sus derechos sean reconocidos. Es cada vez más frecuente que personas y parejas LGBTI acudan a la justicia demandando el reconocimiento de sus derechos y reclamando ante todo un trato igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, los funcionarios judiciales que leerán este módulo tendrán una guía de consulta práctica que los orientará en la toma de sus decisiones de una manera acorde con la Constitución Política, las leyes y la jurisprudencia.

La utilidad del módulo radica en que será el principal instrumento al que acudirán los funcionarios y las funcionarias judiciales, que de manera clara y puntual define conceptos y sintetiza los avances en el reconocimiento de las personas y parejas LGBTI.

El aporte de este módulo al participante, respecto de su proyecto de vida, consistirá en la sensibilización hacia la comprensión y reflexión de los temas LGBTI. De ahí que el módulo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana de las personas. Con respecto al aporte a la profesión de los funcionarios judiciales, el módulo busca actualizar y poner de presente los más recientes avances legales y jurisprudenciales en el reconocimiento de los derechos

LGBTI. Por su parte, el desempeño laboral de los funcionarios judiciales se verá altamente beneficiado, puesto que permitirá que sus decisiones estén acordes con la normatividad vigente y que con posterioridad no se vean sujetos a apelaciones que deriven finalmente en decisiones que atenten contra el derecho a la igualdad de personas LGBTI. En el trasfondo de esto está latente una convicción: que todo proceso de modernización judicial originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos implica una transformación cultural, así como el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los administradores y las administradoras de justicia.

El módulo parte del presupuesto de que la exposición propia de los conceptos carece de valor alguno cuando no se integran a la cotidianidad de los funcionarios judiciales, razón por la cual su planteamiento contendrá casos prácticos que le permitan al o la participante apropiarse del saber expuesto en cada una de sus unidades.

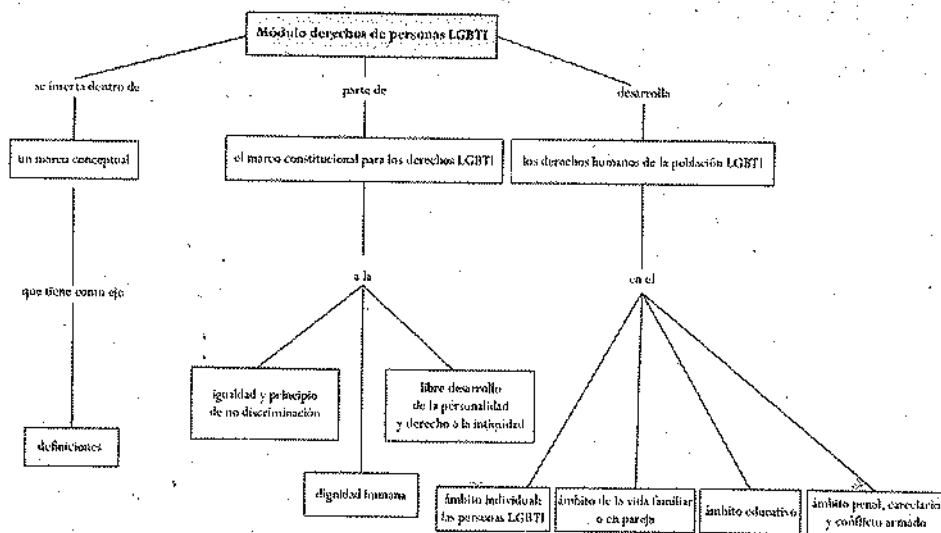
Este módulo responde al modelo pedagógico de la Escuela Judicial como centro de formación judicial inicial y continuada de la Rama Judicial. Por tanto se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista. Está fundamentado en la dignidad humana, la independencia y autonomía judicial, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

OBJETIVOS GENERALES DEL MÓDULO

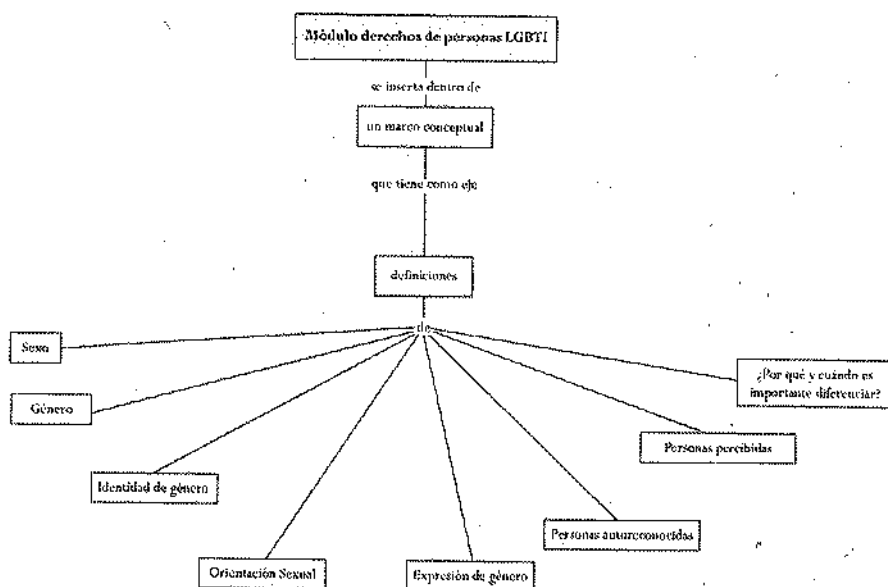
El presente módulo tiene como propósito brindar herramientas prácticas y ampliar el conocimiento de las personas que integran la Rama Judicial sobre los derechos de las personas y parejas LGBTI, con el fin de mejorar el servicio, la atención ciudadana, como también contribuir a la transformación de las perspectivas de decisión de carácter administrativo y judicial en aras de satisfacer los fines del Estado Social de Derecho.

RESUMEN DEL MÓDULO, MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO

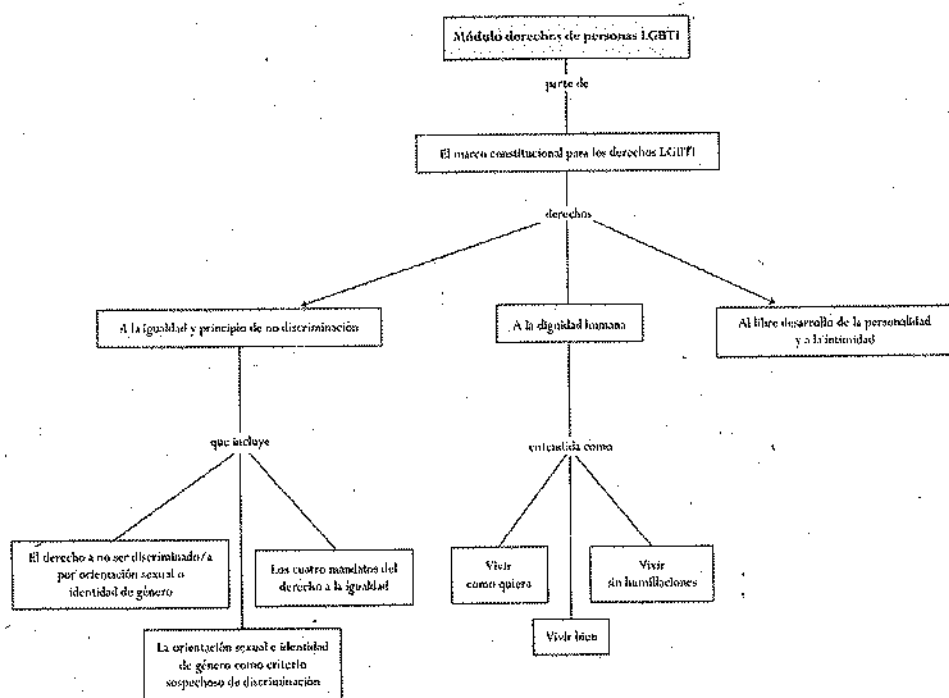
MÓDULO

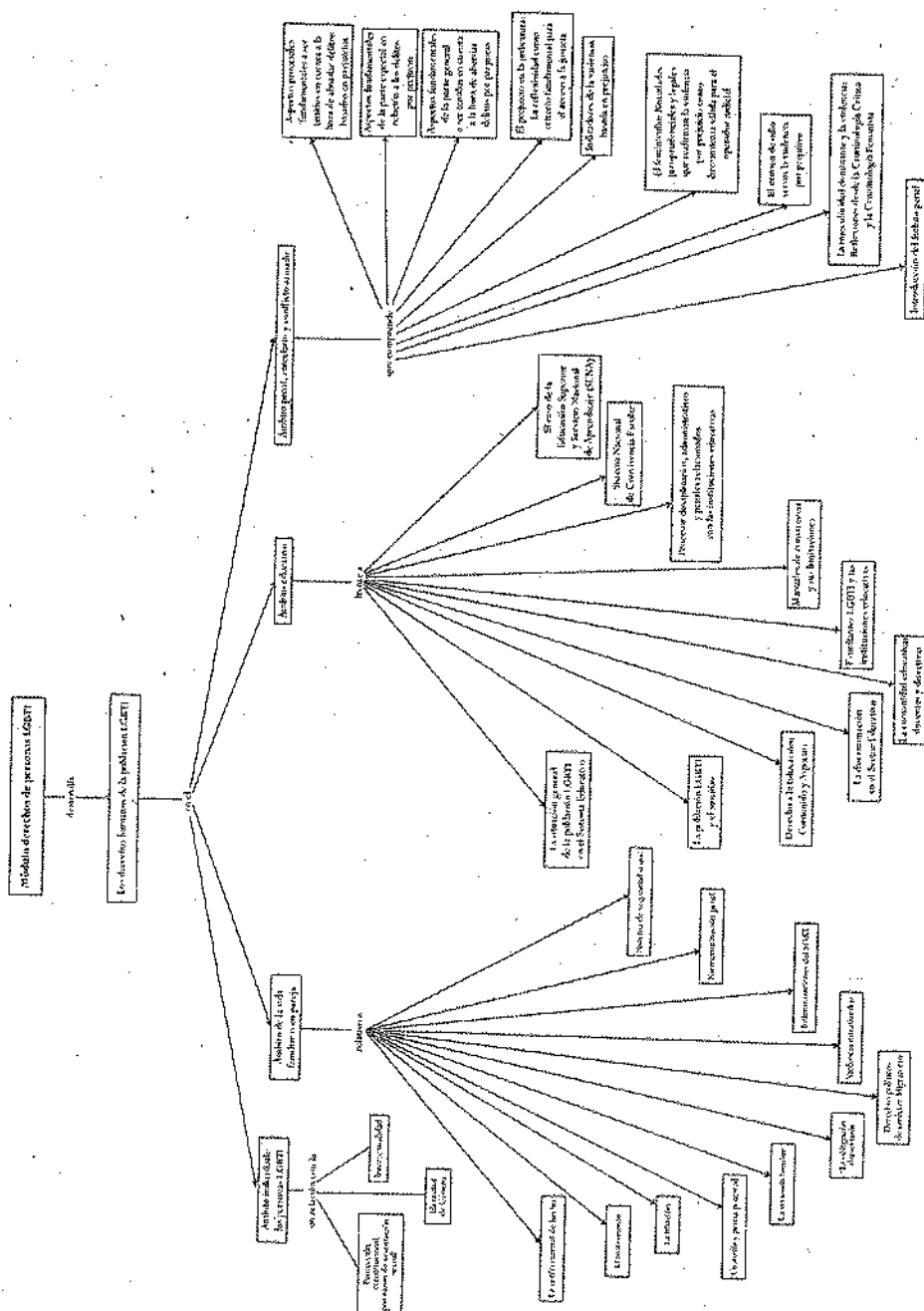


UNIDAD 1



UNIDAD 2





UNIDAD 1

MARCO CONCEPTUAL EN TORNO A LAS PERSONAS LGBTI

<i>Og</i>	<p>Objetivo general</p> <p>Al finalizar el módulo los funcionarios y las funcionarias judiciales estarán en capacidad de identificar las diferentes categorías relativas al sexo, género, identidad de género, expresión de género, orientación sexual, real o percibida. De manera que tendrán herramientas para el análisis de casos en los que estén comprometidos los derechos de personas LGBTI.</p>
<i>Oe</i>	<p>Objetivos específicos</p> <ul style="list-style-type: none">• Establecer las distinciones analíticas entre las categorías de orientación sexual, identidad de género y expresión de género para el análisis de casos y resolución de conflictos.• Confirmar que las categorías de orientación sexual e identidad de género no se excluyen entre sí y que por tanto pueden existir diferentes expresiones de la diversidad sexual.

UNIDAD 1. MARCO CONCEPTUAL EN TORNO A LAS PERSONAS LGBTI¹

Cuando se nombra a las personas LGBTI se hace alusión a un grupo social diferenciado por la forma en que viven su género y su sexualidad. Esto no quiere decir que todas se identifiquen como parte de una misma población o que sean iguales en todos los aspectos de su vida. Por lo tanto, presentamos las siguientes definiciones que serán de gran ayuda a la hora de abordar el estudio de este módulo. Adicionalmente incluimos la siguiente ilustración como apoyo para comprender las definiciones que en la presente unidad y a lo largo del módulo se expresarán. De igual manera, los discentes observarán esta imagen a lo largo de la presente unidad divida conforme a los conceptos que se explicarán.

El unicornio de género:



Gráfica por:

TSER

Trans Student Educational Resources

 **Identidad de género**

☐ Hembra/Mujer/She
☐ Varón/Hombre/Him
☐ Otros género(s)

 **Expresión de género/presentación**

☐ Femenina(a)
☐ Masculino(a)
☐ Otro

 **Sexo asignado(a) al nacer**

☐ Hembra ☐ Varón ☐ Otro(a)/Intersex

 **Te atrae sexualmente**

☐ Mujer
☐ Hombre
☐ Otro(s) género(s)

 **Te atrae románticamente**

☐ Mujer
☐ Hombre
☐ Otro(s) género(s)

Para saber más ve a:
www.transstudent.org/gender

Diseñado por: Landyn Poe

Imagen 1. Unicornio de género.

¹ Esta sección fue elaborada por María Alejandra Medina Ubajoa, con el apoyo del resto de autores del módulo.

1.1 DEFINICIONES

1.1.1 SEXO ASIGNADO AL NACER

El sexo asignado al nacer corresponde con la clasificación que tradicionalmente se ha realizado de las personas como hombre, mujer, intersexuales, u otro sexo a partir de una combinación de anatomía, hormonas y cromosomas, aunque generalmente se limitan únicamente a la genitalidad. Una persona con vagina es considerada de sexo femenino, una persona con pene es considerada de sexo masculino, y una persona con características genitales duales (vagina y pene) es considerada como intersex. Sin embargo, dicha consideración, limitada a la genitalidad de las personas, excluye otras características anatómicas y biológicas que no se perciben a simple vista, pero que también determinan el componente biológico, tales como: i) hormonas, ii) gónadas y iii) cromosomas.²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *informe Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*³, señaló con respecto al sexo asignado al nacer que:

La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, a las personas se les asigna socialmente un sexo al nacer con base en la percepción que otras personas tienen sobre sus genitales. Aunque en la mayoría de los casos las personas son fácilmente clasificadas como niño o niña, algunas presentaciones del cuerpo son percibidas como “ambiguas,” y el proceso de asignación sexual no es inmediato. El “sexo anatómico mismo, su propia presunta dicotomía, son producto de una lectura ideológica”. Por otra parte, “clasificar a una persona como hombre o mujer es una decisión social. Podemos utilizar el conocimiento científico para ayudarnos a tomar la decisión, pero sólo nuestras creencias sobre el género -no la ciencia- pueden definir nuestro sexo. Asimismo, nuestras creencias sobre el género afectan de entrada, qué tipo de conocimiento los científicos pueden producir sobre el sexo”. Esta “ideología de género” precede la lectura de los genitales, no permite hablar de un “sexo natural”, y es lo suficientemente fuerte como para “disciplinar los cuerpos cuando no se adaptan cómodamente a la lectura que se espera hacer de ellos”. En este sentido, en los casos de personas intersex, a pesar de que los

2 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). *Out in the Open*. 11 p. [en línea]. [consultado 21 oct. 2016]. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244756e.pdf>>

3 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. v. ; cm. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2015

doctores pueden tomar en cuenta factores biológicos, frecuentemente la asignación sexual al nacer es el resultado de consideraciones culturales como el “correcto” tamaño del pene o la “correcta” capacidad de la vagina.⁴

Para una mejor comprensión del concepto referido a personas intersex, a continuación se presenta la definición de intersexual.

1.1.1.1] INTERSEXUAL

De acuerdo con el desarrollo del concepto de intersexualidad, la Comisión Interamericana señala que se usa para describir:

Todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente”. Otra definición explica que las personas intersex “nacen con variaciones en las características sexuales físicas, incluyendo características genéticas, hormonales o anatómicas atípicas”. En este contexto, la diversidad corporal se refiere a una amplia gama de presentaciones del cuerpo que varían del “cuerpo estándar”, por ejemplo, variaciones en la anatomía sexual que van más allá de las concepciones culturales de cómo deben ser los cuerpos femeninos y masculinos. Intersex es un término paraguas que abarca dicha diversidad corporal. De hecho, existen muchas variantes intersex, y por lo menos 30 o 40 presentaciones corporales intersex son conocidas por la ciencia.⁵

Ser intersexual hace referencia a la no correspondencia del cuerpo con los estándares de corporalidad, en especial en estándares relacionados con la genitalidad, categoría que es distinta de la orientación sexual de una persona o su identidad de género. Una persona intersex puede ser heterosexual, gay, lesbiana o bisexual, y puede identificarse como femenina, masculina, ambos o ninguno⁶.

4 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. v. ; cm. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2015 párrafo 16.

5 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. v. ; cm. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2015 párrafo 17

6 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). *Out in the Open*. 6 p. [en línea]. [consultado 21 oct. 2016]. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244756e.pdf>>

En la imagen del unicornio de género, aun cuando ubica el sexo asignado al nacer en la genitalidad, es de gran ayuda para comprender lo que al sexo asignado al nacer se refiere:

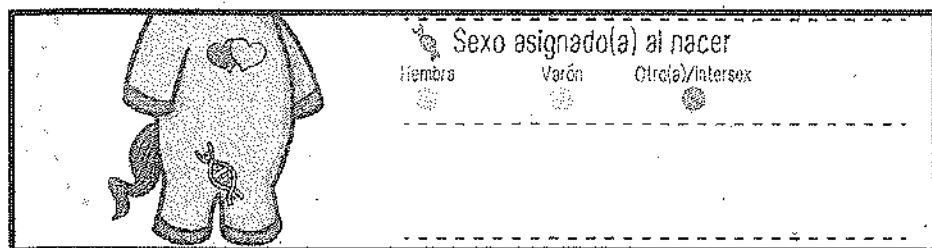


Imagen 2. Sexo asignado al nacer.

Ap

Actividad pedagógica

Una persona que nace con vagina y sus demás características anatómicas y biológicas corresponden con una hembra. ¿Cuál es el sexo que le asignarían al nacer?

José fue asignado con sexo al nacer masculino, en razón a sus genitales. Sin embargo, estando José en el desarrollo de su pubertad, empieza a notar un aumento considerable de sus senos. ¿Cuál es el sexo de José?

1.1.2 GÉNERO

El género hace referencia a la construcción sociocultural que se ha tejido en torno a las categorías de mujer y hombre. Al respecto, la Comisión Interamericana ha establecido lo siguiente:

La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el "Comité CEDAW") ha establecido que el término "sexo" se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer;

mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.⁷ (Subraya fuera de texto).

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, ha definido el género como los atributos y oportunidades sociales asociados con ser masculino y femenino y las relaciones entre hombres y mujeres y niñas y niños, y entre mujeres y entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son construidos socialmente y aprendidos a través del proceso de socialización.⁸

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>¿Cuál es el género que se acostumbra asociar con el sexo asignado al nacer con vagina?</p> <p>Carlos toda la vida ha soñado con ser chef profesional, sin embargo, no cuenta con el apoyo de su papá para iniciar una carrera profesional en el tema, pues para éste “cocinar es sólo de mujeres”. ¿Cuál es el género que el papá de Carlos asocia con la actividad de cocinar?</p>
------------------	--

1.1.3 IDENTIDAD DE GÉNERO

Los *Principios de Yogyakarta* o *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, constituyen quizás el principal instrumento al cual se puede acudir para conocer las definiciones que a esta unidad le competen en cuanto orientación sexual e identidad de género.

Sobre la identidad de género, tales principios han establecido que “se refiere a cómo cada persona de manera individual se identifique con lo masculino o con

⁷ *Ibid.*, pp. 3-4.

⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO): *Out in the Open*, p. 10 [en línea]. [consultado 21 oct. 2016]. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244756e.pdf>>

lo femenino, independiente del sexo que se le haya asignado al momento de su nacimiento”⁹.

La siguiente imagen ayudará a comprender mejor el concepto de Identidad de Género que atrás se expuso:

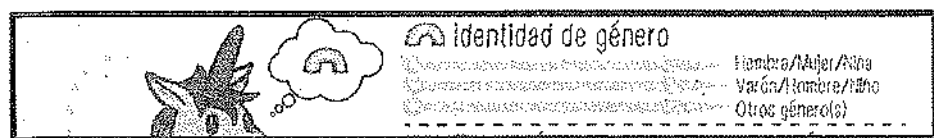


Imagen 3. Identidad de género.

La identidad de género incluye la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.¹⁰ Cuando la identidad de género de una persona corresponde con su sexo asignado al nacer, su identidad de género se denomina cisgénero. Por el contrario, cuando una persona no se identifica con el género asociado a su sexo asignado al nacer, será una persona trans. A continuación se explican estas dos categorías.

1.1.3.1 PERSONAS CISGÉNERO

Una persona cisgénero es aquella que se identifica con su sexo asignado al nacer y que a su vez se identifica con el género socioculturalmente asignado a este sexo. Es decir, es una persona que acepta la correspondencia que existe entre su sexo y su género. Los siguientes ejemplos ilustran mejor este concepto.

Mujer cisgénero

Persona con sexo asignado al nacer mujer, que se identifica como femenina, y que acepta tal correspondencia entre su sexo y su género.

⁹ COLOMBIA DIVERSA, *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad*. Definiciones clave. 2015.

¹⁰ COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS Y EL SERVICIO INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género*, 2006, p. 6, nota al pie 2.

Hombre cisgénero

Persona con sexo asignado al nacer hombre, que se identifica como masculino, y que acepta tal correspondencia entre su sexo y su género.

<p><i>Ap</i></p>	<p>Actividades pedagógicas</p> <p>Al nacer, a una persona se le catalogó como mujer, porque tenía una vagina. Toda su vida, esta persona se identificó como mujer y hoy en día se desempeña como una exitosa empresaria. Su nombre original era María Mercedes, pero con un cambio de nombre optó por llamarse únicamente Mercedes.</p> <p>¿Considera usted que Mercedes es una mujer cisgénero o trans?</p>
------------------	---

1.1.3.2 PERSONAS TRANS

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de las personas trans o transgenerismo ha señalado que

Personas trans, es el término paraguas frecuentemente utilizado para describir las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo transexuales, travestis, transformistas, entre otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona. La identidad de género no la determinan las transformaciones corporales, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos médicos. Sin embargo, éstos pueden ser necesarios para la construcción de la identidad de género de algunas personas trans.¹¹

Con respecto al concepto de personas trans o transgenerismo, se observa que es un término que abarca a su vez otras categorías relativas a la disconformidad entre el sexo asignado al nacer y el género que culturalmente se suele asociar a dicho sexo. Como bien lo señala la Comisión, este es un término “paragua” por cuanto cubre a su vez otros conceptos asociados, como se muestra a continuación:

11 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. v. ; cm. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L. 2015. Párrafo 20.

a) Transexualismo

Ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con respecto a este concepto que:

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo asignado al nacer y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.¹²

Algunos ejemplos que sirven para ilustrar la anterior definición, serían:

Mujer trans

Es aquella persona a la que al nacer le asignan el sexo hombre, es decir, cuenta con pene o con otras características anatómicas y biológicas asociadas a dicho sexo, mientras que ella se identifica con el género femenino. Ejemplo:

Alejandro, de pequeño, nunca sintió empatía con los juegos de niños, prefería en cambio pasar tiempo con las niñas de su salón de clase, pues se sentía identificado con sus actividades. Con el paso del tiempo, Alejandro, ahora Alejandra, se reconoce como una mujer trans, ha estado convencida siempre de que independientemente del sexo que le fue asignado al nacer, su identidad de género es femenina.

Hombre trans

Un hombre trans es aquella persona que al nacer le asignan el sexo mujer, es decir, cuenta con vagina o con otras características anatómicas y biológicas asociadas al sexo asignado, mientras que él se identifica con el género masculino. Ejemplo:

Paula tiene seis años, es una niña que viste siempre con pantalones y prefiere jugar con carros que a las muñecas. Al cumplir los siete años, le dice a su mamá y a su papá que ella no es una niña, sino un niño, que quiere llevar el pelo corto y que quiere ir a la escuela ahora con uniforme de niños. En este caso, Paula no se identifica con el género asociado al sexo que le fue asignado al nacer, que su verdadera identidad es masculina. En este caso, Esteban, como ahora se hace llamar Paula, es un hombre trans.

¹² *Ibid.* p. 5.

Ahora bien, resulta de gran importancia notar que el término persona trans también puede ser utilizado por alguien que se identifica fuera del binario mujer/hombre; también algunas mujeres trans se identifican como mujeres, y algunos hombres trans se identifican como hombres.

De igual forma es importante tener presente que la identidad de género es independiente de la orientación sexual. Es decir, que las personas con Identidad de Género diversa pueden ser heterosexuales, homosexuales, bisexuales. Así por ejemplo, una mujer trans que le gustan los hombres, tendría una orientación sexual heterosexual, porque a pesar de haber sido asignado al nacer el sexo hombre, su identidad de género es femenina y por tanto sería heterosexual al gustarle una persona de su género opuesto.

b) Personas Travestis

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido respecto de las Personas Travestis que:

Son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria, mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.¹³

Sin embargo, con respecto al concepto de travesti, ha existido en la doctrina internacional una gran cantidad de divergencias en torno a si incluir o no a dichas personas dentro del "paraguas" de las personas trans. Lo anterior porque hay quienes piensan que las personas travestis, dada la transitoriedad con que juegan con su género, técnicamente no podrían ser consideradas como personas trans, es decir con la adopción de un género diferente al inicialmente planteado, o incluso con un tercer género, un género diferente o sin ningún género.

c) Personas Transgénero

Una persona transgénero es aquella que tiene un determinado sexo asignado al nacer y no se identifica con el género que socioculturalmente se le asigna, y en cambio adopta un género diferente. Hasta aquí no habría diferenciación alguna con las personas transexuales. Sin embargo, tal diferencia se predica en cuanto las personas transexuales realizan el cambio de género de manera permanente y para ello acuden a tratamientos médicos que implican el cambio definitivo de su sexo.

¹³ *Ibid.* p. 5.

Las personas transgénero pueden ser: i) masculino a femenino (identidad y apariencia femenina), o ii) femenino a masculino (identidad y apariencia masculina). Al igual que sucede con las personas transexuales, las personas transgénero pueden ser heterosexuales, homosexuales o bisexuales.¹⁴

d) *Drag Queen* o *Drag King*

Una persona *Drag King* es aquella que tiene un género femenino, que se viste como una persona de género masculino, y exagera rasgos masculinos, usualmente en contextos festivos.¹⁵

Una persona *Drag Queen* es aquella que tiene un género masculino, que se viste como una persona de género femenino, y exagera rasgos femeninos, usualmente en contextos festivos.¹⁶

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Mateo acostumbra a usar vestido y tacones y su indiscutible labial rojo. Ha decidido cambiar su nombre por Andrea, y hace poco ha empezado un tratamiento médico para hacer una reasignación de sexo. ¿Con qué nombre llamaría a esta persona? ¿Esta persona sería una mujer transexual o transgénero?</p> <p>Salomé, próxima a cumplir sus quince años, se encuentra en una difícil situación, pues sus padres la han obligado a usar vestido de quinceañera, corona de princesa y tacones de quince centímetros como única condición para la realización de su fiesta de cumpleaños. Salomé siempre se ha rehusado a ponerse vestido y tacones; acostumbra a vestir con jeans,</p>
------------------	---

14 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). *Out in the Open*, p. 12. [en línea]. [consultado 21 oct. 2016]. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244756e.pdf>>

15 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes*, pp. 5 - 6. [en línea]. [consultado 22 oct. 2016]. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf>

16 *Ibid*, p. 5.

Ap

zapatos deportivos, camisetas esqueleto y siempre ha llevado el pelo corto; frente a sus amigos, prefiere que lo llamen Juan. Salomé ha tomado la decisión de contarles de una vez por todas a sus papás su verdadera identidad como Juan; pues aun cuando dicha decisión le pueda costar la realización de su fiesta, prefiere no aparentar a una persona que nunca lo ha sido. ¿Cómo llamaría usted a esta persona? ¿Si tuviese que catalogar esta persona, qué etiqueta utilizaría? ¿Es un hombre transexual o transgénero o es una mujer cisgénero o qué otra etiqueta utilizaría?

Juan, un abogado que ha interpuesto una demanda por responsabilidad contractual, llega a la audiencia inicial, y al momento de identificarse, el secretario del juzgado le pide su cédula de ciudadanía para efectos de constatar la información. El secretario, consternado, se acerca al juez y le dice que el apoderado de la parte demandante no es quien dice ser, puesto que en su cédula de ciudadanía aparece el nombre de Juana acompañada de la foto de una bella joven. El juez, para aclarar la situación, decide llamar a Juan. Sin embargo no sabe cómo referirse a esa persona, si utilizar pronombres femeninos o masculinos, si lo llama por el nombre como se ha identificado verbalmente en la audiencia, a saber, Juan, o si la llama por el nombre de su cédula de ciudadanía. ¿Usted se referiría a la persona como él o ella? ¿Usted lo llamaría por Juan, como se ha identificado, o la llamaría por Juana? ¿Dejaría una constancia en los autos que expida el juzgado y en los audios o no?

Otros ejemplos que ilustran situaciones en las que la Identidad de Género de las personas no necesariamente determina la orientación sexual, serían:

- Ángela, que viste siempre con tacones a la moda, y que recientemente se ha sometido a una cirugía de reasignación de sexo, ha decidido salir a una cita con Tatiana, una mujer por quien siente una profunda atracción afectiva, emocional y sexual. ¿Cuál sería la orientación sexual de Ángela? Pues bien, la orientación sexual de Ángela, como mujer trans, sería homosexual. Lo anterior, teniendo en cuenta que se siente atraída por una persona de su mismo género (femenino).

- Fernando, un hombre trans (persona con sexo asignado al nacer mujer, que se identifica como hombre), siente atracción afectiva, emocional y sexual por Luis, un hombre cisgénero. La orientación sexual de Fernando en este caso sería homosexual, toda vez que siente atracción por otra persona de su mismo género.

1.1.4 ORIENTACIÓN SEXUAL

La orientación sexual es independiente del sexo que le asignaron al nacer, e independiente de su identidad de género y

hace referencia a la atracción sexual y afectiva que una persona sienta hacia otras de su mismo género, del género opuesto o de ambos, así como a la capacidad de mantener relaciones afectivas y sexuales con ellas. Según esto, hablamos de mujeres lesbianas y hombres gay, personas heterosexuales o personas bisexuales, respectivamente.¹⁷

De la anterior definición vale destacar que la orientación sexual no solamente se refiere a la capacidad de una persona de sentir atracción sexual por otra, sino también de sentir atracción emocional o afectiva.

Conviene precisar que cuando se habla de orientación sexual, se está haciendo alusión, por lo general, a la atracción de una persona hacia otra independientemente del género de las personas. Existe la errónea tendencia a asimilar el concepto de orientación sexual únicamente con la homosexualidad, olvidando que las personas que se sienten atraídas por una de su género contrario, también tienen una orientación sexual, cual es la orientación sexual heterosexual. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que la orientación sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.¹⁸

La siguiente imagen será de gran ayuda a la hora de entender el concepto de orientación sexual:

17 COLOMBIA DIVERSA, *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad*, 2015. Definiciones clave.

18 CORTE IDH. Caso Karen Atala Riffo e hijas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N°. 239, párr. 136.

Sexo asignado(a) al nacer

Hombre Varón Otro(a)/Intersex

Te atrae sexualmente

Mujer
Hombre
Otro(s) géneros

Te atrae románticamente

Mujer
Hombre
Otro(s) géneros

Para saber más ve a:
www.transludent.org/gender

Diseñado por Landyn Pan

Imagen 4. Orientación sexual.

A continuación se expondrán las diferentes categorías de orientación sexual.

1.1.4.1 HETEROSEXUALIDAD

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido así a la heterosexualidad:

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.¹⁹

1.1.4.2 HOMOSEXUALIDAD

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido así a la homosexualidad:

Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos lesbiana (para hacer referencia a la

19 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. 4 p. [en línea]. [consultado 8 dic. 2015]. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf>

homosexualidad femenina) y gay o gai (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina).²⁰

De lo anterior se deduce que la homosexualidad es aquella orientación sexual que identifica a las personas que sienten atracción por otras de su mismo género. Al respecto, surgen las siguientes categorías.

Lesbiana

Persona que se identifica como mujer (identidad de género femenina) y que siente atracción por otras mujeres.

Gay

Persona que se identifica como hombre (identidad de género masculina) y que siente atracción por otros hombres.

1.1.4.3 BISEXUALIDAD

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha definido a la bisexualidad de la siguiente manera:

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.²¹

1.1.4.4 PANSEXUALIDAD

Este término surgió hace poco, y hace alusión a la capacidad que tiene una persona de sentir atracción afectiva, emocional o sexual por personas de su mismo género, de género diferente, o de personas con identidad de género diversa. Al respecto, los siguientes ejemplos pueden ayudar a la comprensión del concepto:

Mujer pansexual

Persona con una identidad de género femenina (puede ser mujer cisgénero o mujer trans), que siente atracción afectiva, emocional o sexual por otra persona

²⁰ *Ibid.* p. 4.

²¹ *Ibid.* pp. 5 -6.

que puede ser de su mismo sexo, de su mismo género, o con una identidad de género diversa.

Hombre pansexual

Persona con una identidad de género masculina (puede ser hombre cisgénero u hombre trans), que siente atracción afectiva, emocional o sexual por otra persona que puede ser de su mismo sexo, de su mismo género, o con una identidad de género diversa. Un ejemplo de esto sería:

Juana, mujer Pansexual, siente atracción afectiva, emocional y sexual por Natalia (persona de su mismo género), por Humberto (persona de su género opuesto), Camila (persona con sexo asignado al nacer hombre, que se identifica como mujer) y por Darío (persona con sexo asignado al nacer hombre, que no se identifica con ninguno de los dos géneros tradicionales: mujer, hombre).

1.1.4.5 ASEXUALIDAD

Este término fue creado hace poco, y hace referencia a la no capacidad que tiene una persona de sentir atracción afectiva, emocional o física por ninguna otra persona.

Ap	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>A Mariana le gusta Verónica, y desde siempre ha sabido que siente atracción por las mujeres, aun cuando apenas a sus 23 años ha decidido aceptar su orientación sexual. ¿Cuál es la orientación sexual de Mariana?</p> <p>Gabriel, siendo un hombre trans, siente atracción emocional, afectiva y física por Samuel, de género masculino. ¿Es posible que Gabriel, aun cuando es una persona trans, tenga una orientación sexual? En caso afirmativo, ¿cuál sería la orientación sexual de Gabriel?</p> <p>A Emanuel le gustan las mujeres, pero también los hombres. ¿Cuál es la orientación sexual de Emanuel?</p>
----	---

ap

A Emanuel le gustan las mujeres, pero también los hombres.
¿Cuál es la orientación sexual de Emanuel?

Daniela, que en toda su vida ha sostenido relaciones sentimentales y sexuales con Pablo, y más recientemente con Ángela, ahora se siente atraída por Felipe, un hombre trans.
¿Daniela es una mujer pansexual?

A Camilo le gusta Isabela y ha decidido invitarla a salir y expresarle sus sentimientos. Isabela, le responde no a su invitación y agrega: “lo siento, pero es que en realidad no siento atracción por ninguna persona”. ¿Isabela es una persona asexual?

1.1.5 EXPRESIÓN DE GÉNERO

La expresión de género “se refiere a la manifestación externa de distintas características culturalmente consideradas como masculinas o femeninas, lo cual puede incluir intervenciones corporales (incluso procedimientos quirúrgicos o procesos de hormonización), modo de hablar, vestir, modales e interacción con otras personas. La expresión de género puede dar cuenta de la identidad de género de cada persona, sea masculina o femenina, que integre elementos de ambas o que no se ajuste a ninguna de las dos”²².

En tal sentido, la expresión de género hace alusión a “cómo una persona expresa su propio género al mundo, ya sea a través de nombres, ropa, como camina, habla, comunica, roles sociales y su comportamiento general”²³.

La expresión de género debe observarse independiente de la orientación sexual de una persona o de la identidad de género. Por ejemplo, en el supuesto de la orientación sexual, nunca se debe asumir que una mujer que vista como hombre, o tenga gestos de hombre, sea una persona con orientación sexual homosexual, o en el caso de la identidad de género, no porque un hombre tenga gestos femeninos,

22 COLOMBIA DIVERSA, *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad*, 2015. Definiciones clave.

23 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Out in the Open. 10 p. [en línea]. [consultado 21 oct. 2016]. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244756e.pdf>>

o se vista como mujer, debe asumirse que éste asume una identidad de género femenina.

La siguiente imagen ayudará a comprender mejor el concepto de la expresión de género:

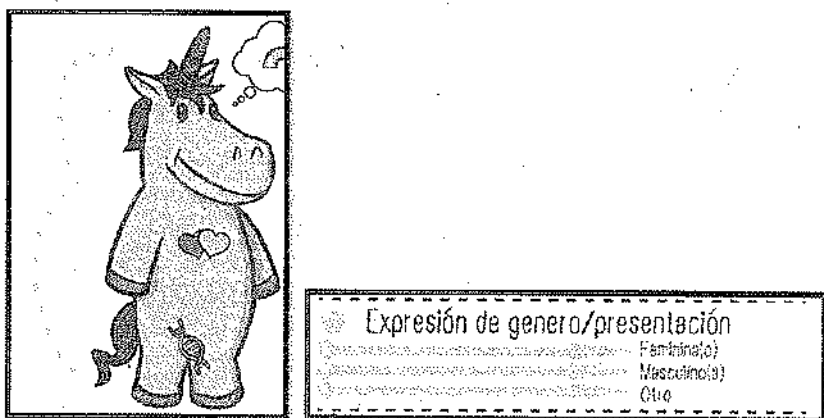


Imagen 5. Expresión de género.

Dentro de las expresiones de género la categoría *otra* incluye la que se ha denominado como andrógina, que hace referencia a la expresión de género que presenta una persona, la cual impide conocer con claridad el género de la misma. En este sentido, puede considerarse como un espacio de neutralidad entre lo masculino y lo femenino, por cuanto presenta cualidades de ambos géneros.

Para una mejor comprensión de una persona andrógina, piénsese en el caso de una persona con sexo asignado al nacer masculino, con características físicas que no son fácilmente asignables a hombres, como tampoco a mujeres. Además, piénsese que esta persona se viste y se expresa de una manera que no es fácilmente asociable a comportamientos definidos como masculinos ni como femeninos. A este tipo de personas es a lo que se le llama andrógina.

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Catalina lleva pelo corto y camisa de cuadros, tiene un tono de voz fuerte. ¿Para usted Catalina es lesbiana?</p> <p>Pedro acostumbra vestir con lo último que haya salido al mercado y esté a la moda. Recientemente, ha comprado una falda; ha sido lo último en tendencia. ¿Para usted Pedro es gay?</p>
------------------	--

Esas son las nociones básicas cuando se habla de personas LGBTI. Sin embargo, no deben aplicarse como una ecuación estándar para todos los casos, ya que las personas no siempre desarrollan una autoidentificación según sus prácticas sexuales, sus relaciones afectivas o su corporalidad. De ahí que sea necesario diferenciar entre identidades autoreconocidas e identidades percibidas. Veamos.

1.1.6 IDENTIDADES AUTORRECONOCIDAS

Es “cuando una persona utiliza alguna de las categorías de la sigla LGBTI para identificarse a sí misma en relación con su corporalidad, sus prácticas sexuales o sus relaciones erótico-afectivas”²⁴.

Es decir que una persona de manera personal y autónoma establece para sí y para los demás su propia orientación sexual, identidad de género o expresión de género. El autoreconocimiento parte de la base de que lo que debe primar a la hora de establecer la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de una persona, es lo que ella misma ha establecido para sí.

1.1.7 IDENTIDADES PERCIBIDAS

Es “cuando una persona puede ser identificada como parte de la población LGBTI por su corporalidad, sus prácticas sexuales o sus relaciones erótico-afectivas, sin que esto implique que ellas mismas se nombren de esa manera”²⁵.

A diferencia de la anterior, esta expresión hace referencia a la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género que el resto de la sociedad asigna o determina en relación con una persona con independencia de lo que ella defina para sí misma.

En el caso de la orientación sexual, se dice que esta es percibida cuando una persona o un grupo de personas externas al individuo perciben y asignan una orientación sexual a la persona, sin que en realidad conozca, *de facto*, su orientación sexual. Este es el caso, por ejemplo, de cuando a un hombre cisgénero (persona con sexo asignado al nacer masculino, que se identifica como hombre) y heterosexual, con una expresión de género diferente, solo por su forma de vestir, de actuar o sus gestos, se le asigna una orientación sexual homosexual.

24 COLOMBIA DIVERSA, *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad*, 2015. Definiciones clave.

25 *Ibidem*.

Esta situación, en donde a una persona le es asignada una orientación sexual en virtud únicamente de su apariencia o de su externalidad, es completamente errónea, por lo que se sugiere nunca dar por sentado que una persona, por el hecho de tener una expresión de género determinada, corresponda con una orientación sexual corrientemente asignada al género percibido.

En el sistema jurídico colombiano, el concepto de identidades autoreconocidas puede evidenciarse cuando la Corte Constitucional, en los casos de libreta militar para mujeres trans, prefiere la autoidentificación que la mujer trans hace de sí, que lo que la cédula de ciudadanía dice sobre el sexo de la persona.

Cuando el requisito legal ordena que los hombres tienen que tener libreta militar, la característica “sexo” contenida en la cédula de ciudadanía, alusiva a “masculino”, en principio debería ser observada sin mayor dificultad a la hora de determinar si una persona debe tener libreta militar. Sin embargo, vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando ha protegido los derechos de las mujeres trans, ha señalado que el componente “sexo” y “masculino” no debe ser observado. Lo anterior, en razón a que únicamente deberá tenerse en cuenta el autoreconocimiento de la identidad que la persona tenga de sí. En este caso cuando la persona con sexo asignado al nacer masculino, se identifica como mujer, será este último el componente que deberá tener en cuenta el juez o la jueza a la hora de fallar.

Por ejemplo, puede existir el caso en donde una mujer (persona con sexo asignado al nacer femenino, que se identifica como mujer), se vista con vestidos y tacones, su expresión, sus gestos y su forma de actuar sea femenina, y se le perciba y asigne por parte de la sociedad una orientación sexual heterosexual. En este caso, tener tal percepción de la persona en cuanto a su orientación sexual, es por completo erróneo. Al respecto, puede darse el caso en donde dicha mujer, aun cuando tenga una expresión de género femenina, sea lesbiana.

En el caso de la identidad de género, la percepción de la sociedad ocurre cuando, por ejemplo, a una mujer trans (persona con sexo asignado al nacer masculino, que se identifica como mujer), la sociedad percibe y le asigna el género masculino por el simple hecho de haber nacido con un sexo masculino, negándose a reconocer cómo la persona se identifica en realidad (con una identidad de género femenina).

Así pues, el concepto de personas percibidas debe superarse, por cuanto la percepción de la sociedad sobre una persona no puede ser el factor único y

verdadero que sobre la orientación sexual, identidad y expresión de género debe existir.

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Antonio se viste como hombre, y sus compañeros de trabajo lo ven como un hombre Cisgénero (persona con sexo asignado al nacer masculino, que se identifica como hombre). ¿Es válido afirmar que Gabriel debería ser considerado por sus compañeros de trabajo como hombre Cisgénero, por el hecho de vestir como hombre?</p>
------------------	---

1.1.8 ¿POR QUÉ Y CUÁNDO ES IMPORTANTE DIFERENCIAR?

Diferenciar a las personas de acuerdo con su orientación sexual o su identidad de género, resulta altamente inconveniente. Lo anterior, dado que hacer una diferenciación en el trato que se da a estas personas, basándose exclusivamente en estas categorías, resultaría violatorio de sus derechos a la igualdad y no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad, configurándose así situaciones discriminatorias en contra de estas.

Ahora bien, diferenciar con base a la orientación sexual o la identidad de género resulta relevante, únicamente en situaciones donde resulta verdadera y objetivamente importante conocer acerca de las personas, porque como sería el caso cuando esa característica es lo que las lleva a que les sean desconocidos sus derechos; adicionalmente, en los casos de las personas con identidades de género diversas, es importante conocer cómo referirse a ellas, si como él o ella, o simplemente usando pronombres neutros.

Por ejemplo, en el caso de que un hombre trans que llega a un juzgado solicitando información acerca de un proceso del cual es parte, el funcionario o funcionaria judicial ante la sospecha de que sea una persona trans, deberá tratar a aquel hombre trans como éste se identifique y no como aparece en su cédula con un nombre femenino. Para tales efectos, el funcionario o funcionaria judicial deberá diferenciar y en ese sentido preguntarle al hombre trans cómo quiere que lo identifiquen.

En los casos de personas con orientaciones sexuales diversas, tal diferenciación cobra importancia, principalmente en contextos de relaciones sociales, en donde

para efectos de no herir susceptibilidades, es preferible preguntar a la persona sobre su orientación sexual, esto bajo el supuesto de que sea una persona que haya hecho pública su orientación sexual. Para el caso de las personas que no la han hecho pública (están dentro del clóset) realizar tal diferenciación y en ese sentido indagar por su orientación sexual, es una conducta que para este caso no amerita diferenciación, pues se está equivocando cuando se pretende indagar por los aspectos pertenecientes a la intimidad de la persona.

También en el caso de orientaciones sexuales diversas, tal diferenciación procede en casos en donde por ejemplo, una mujer lesbiana es despedida de su trabajo sin justa causa. El juez o jueza deberá analizar todas las situaciones que pudieron llevar al despido, pero deberá prestar especial atención a la característica de que esa persona pertenece a una minoría sexual, en donde la diferenciación procede y en ese sentido es necesario indagar sobre la orientación sexual de la persona para determinar si la causa del despido estuvo relacionada con este aspecto.

	<i>Autoevaluación</i>
<i>de</i>	<p>María, siente atracción física, emocional y afectiva por Natalia. Natalia le expresa a María que siente atracción emocional, afectiva y sexual por ella. María quien desde siempre ha sabido que tiene una orientación sexual diversa, se encuentra confundida por ser la primera vez que una mujer le declara su amor, además porque sabe que Natalia también siente atracción por hombres, situación que le incomoda.</p> <p>María acude ante su mejor amiga, Paula, quien recientemente acaba de finalizar un tratamiento médico para reasignación de sexo, preguntándole qué hacer al respecto, si aceptar o no lo que le dijo Natalia. Paula, aprovechando la situación, le cuenta que ella también tiene "unos líos amorosos". María intrigada le pregunta acerca de eso, a lo que ella responde "Imagínate que Rolando, la persona de la que toda mi vida he estado enamorada, me dejó. Me dejó porque cree que yo no soy una persona estable con quien puede mantener una relación para toda la vida".</p>

de

María indaga más sobre la situación, a lo que Paula responde: “lo que pasa es que a mí no sólo me gustan personas de mi mismo género, sino que también me gustan personas de mi género opuesto, personas con identidad de género diversas y en general cualquier tipo de personas, solo que fueran eso, personas”.

Preguntas:

1. De la lectura del caso, ¿Se puede afirmar que María tenía un sexo femenino? SÍ o NO.
2. De la lectura del caso, ¿Se puede afirmar que María tenía un género femenino? SÍ o NO.
3. De la lectura del caso, ¿Se puede afirmar que María era una mujer Cisgénero? SÍ o NO.
4. De la lectura del caso, ¿Se puede afirmar que María es una persona lesbiana? SÍ o NO.
5. De la lectura del caso, ¿Se puede afirmar que Natalia es una persona bisexual? SÍ o NO.
6. De la lectura del caso, ¿Se puede afirmar que Paula es una mujer transgénero? SÍ o NO.
7. De la lectura del caso, ¿Se puede afirmar que Paula tiene una orientación sexual pansexual? SÍ o NO.
8. De la lectura del caso, ¿Se puede afirmar que Paula y Rolando tenían una relación homosexual? SÍ o NO.

j

Jurisprudencia

Este acápite no se trabajó mediante una línea jurisprudencial o sentencias relevantes

UNIDAD 2

MARCO CONSTITUCIONAL PARA LOS DERECHOS LGBTI

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Analizar el marco constitucional de protección de los derechos de las personas LGBTI mediante el que se ha definido el contenido y alcance de los derechos reconocidos en la jurisprudencia constitucional.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none">• Reconocer los presupuestos constitucionales sobre los que la Corte Constitucional ha definido los aspectos preliminares del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.• Aplicar mediante el test de razonabilidad el marco constitucional de protección de los derechos de las personas LGBTI en los casos problemáticos previstos en la unidad.• Argumentar en cada escenario constitucional propuesto.

UNIDAD 2. MARCO CONSTITUCIONAL PARA LOS DERECHOS LGBTI²⁶

2.1 IGUALDAD Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Esta subsección tiene como fin desarrollar lo relativo al derecho a no ser discriminado por orientación o identidad de género, por lo que resulta pertinente advertir que la Corte Constitucional al resolver asuntos relativos a categorías relacionadas con la sexualidad, en ocasiones ha confundido la identidad de género con la orientación sexual. Esto resulta especialmente ilustrativo si se tiene en cuenta que ante prácticas discriminatorias y en escenarios de protección del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha usado de forma indistinta estos términos sin que necesariamente implique la exclusión de una u otra característica.

En la jurisprudencia constitucional los conceptos orientación sexual e identidad de género fueron principalmente asumidos como sinónimos, sin establecer diferencia alguna entre ambas categorías.²⁷ Sólo hasta sentencias más recientes se aprecian algunos avances por una distinción más especializada entre dichos conceptos.²⁸

Es clave precisar que esta indeterminación entre categorías en la jurisprudencia que desarrolló la protección constitucional por orientación sexual e identidad de género, debe tenerse en cuenta para comprender que el ordenamiento constitucional quería proteger, en términos generales, a la población LGBTI, incluyendo a las personas con identidad de género no mayoritaria, como población históricamente discriminada. Por tanto, debe prestarse especial atención al análisis de la discriminación que de los grupos históricamente excluidos, estableció la Corte Constitucional.

2.1.1 EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO(A) POR ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD DE GÉNERO

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra consagrado en el Artículo 13 de la Constitución, así como en múltiples instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, de conformidad con el Artículo 93 de la Carta

26 Esta sección fue redactada por Eliana Marcela Robles Pallares y Mávilio Nicolás Giraldo Chica.

27 Corte Constitucional de Colombia, T-569/94; T-152/07; C-481/98; T-314/11; T-062/11; T-063/15.

28 Corte Constitucional de Colombia, T-918/12; T-977/12; T-099/15.

Política, prevalecen en el orden interno y constituyen cánones de interpretación del mismo texto.

La Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la igualdad prohíbe la discriminación, entendida como la conducta, actitud o trato que pretende, consciente o inconscientemente, anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, apelando con frecuencia a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.²⁹

Cualquier trato diferenciado inscrito en una norma o expresado en una práctica institucional, particular o social que sea contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad e imponga una carga no exigible jurídica ni moralmente a la persona, deberá tenerse como acto discriminatorio sospechoso, en la medida en que se emplea para subvalorar o poner en desventaja a ciertas personas o grupos en razón de alguna característica particular propia de su identidad.³⁰

Al respecto, en la Sentencia C-371 de 2000, la Corte Constitucional afirmó que si bien, conforme a la regla de “tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” la cláusula de igualdad formal no impide que se establezcan tratos diferenciados, sí exige que estos encuentren justificación en argumentos de razonabilidad y proporcionalidad, ajustados a los principios constitucionales. La Corte ha indicado que “[el] principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos”³¹.

Estos criterios que la Constitución enuncia, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, tal y como son las mujeres, negros, personas con discapacidad, homosexuales, indígenas, entre otros.

29 Corte Constitucional. Sentencia T-1090 de 2005 M. P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta oportunidad la Corte Constitucional señaló que tal expresión comporta una diferenciación ilegítima que se “efectúa respecto de ciertos sujetos o grupos de personas con base en un rasgo distintivo particular gobernado por el prejuicio, [que] involucra el rechazo, la supresión, la expulsión o la censura cotidiana, a través de diferentes estrategias, negando o impidiendo ilegítimamente o a partir de un paradigma errado, la inclusión, ejercicio o subsistencia de determinadas prácticas”.

30 Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que '(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales'.^{32 33}

Dentro de los criterios sospechosos de discriminación desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentran aquellos sustentados en el sexo, la orientación sexual y la identidad de género³⁴. La Corte Constitucional estudió numerosos casos en los que constató la discriminación histórica de la que son víctimas las personas LGBTI, como población tradicionalmente marginada.

Desde 1993, la Corte Constitucional comenzó un proceso de reconocimiento de derechos a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género no mayoritarias.³⁵ En consecuencia, actualmente la jurisprudencia es clara en señalar que la orientación sexual y la identidad de género son categorías sospechosas de discriminación y que, por tanto, las diferenciaciones basadas en esta razón son *prima facie* inconstitucionales, salvo que se demuestre que la medida no desconoce el derecho a la igualdad, luego de someterse a un juicio estricto de proporcionalidad.

La prohibición de discriminar con base en la categoría orientación sexual ha sido claramente definida por la jurisprudencia constitucional. Sentencias de constitucionalidad como la C-075 de 2007, la C-811 de 2007, la C-029 de 2009, la C-577 de 2011, así como sentencias de tutela como la T-911 de 2009, T-051 de 2010, T-716 de 2011 y T-276 de 2012 han señalado que la discriminación con base en orientación sexual se encuentra proscrita por la Carta Política y las distinciones

32 Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Véase, entre otras, las sentencias T-098 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 del 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

33 Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

34 En la sentencia T-314 de 2011 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, se hizo una específica referencia a las personas transgénero y se advirtió que dentro de la población LGBTI son el grupo sometido a mayor discriminación y exclusión por la sociedad.

35 El desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia ha tenido tres etapas identificables. Primero, la protección jurídica individual de las personas LGBT. Segundo, una fase de protección de las parejas del mismo sexo. Y tercero, el reconocimiento de que las parejas del mismo sexo constituyen una forma de familia constitucionalmente protegida.

basadas en dicho criterio han de ser sometidas a un juicio integrado de igualdad en su nivel más estricto.

En la sentencia T-717 de 2011 destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no sólo de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de sus relaciones de pareja.

Pero la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género no ha sido establecida solo en el orden interno sino también en el derecho internacional de los derechos humanos. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos en el documento "Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos" señaló, respecto del principio de igualdad y no discriminación, lo siguiente:

[S]e encuentra en la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos, es un principio de orden transversal y se encuentra consagrado en los diversos instrumentos internacionales desde la Carta de las Naciones Unidas hasta los principales tratados de derechos humanos. [...] El principio de igualdad exige que los derechos enunciados en los distintos instrumentos se reconozcan a todas las personas sin discriminación alguna y que los Estados velen por que sus leyes, políticas y programas no sean discriminatorios.

[...]

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General n° 18, precisó que el término «discriminación», tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. En igual sentido el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales ha afirmado que «Los Estado Parte (en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) deberían asegurarse de que la orientación sexual de una persona no sea una barrera para alcanzar los derechos del Pacto... Además, la identidad de género está reconocida como parte de los motivos prohibidos de discriminación».³⁶

36 Documento "Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos". Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que la discriminación por orientación sexual está prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Colombia es signataria. La Corte, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* determinó que la orientación sexual es una categoría de discriminación prohibida por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).³⁷ El Tribunal dictaminó que no es necesario que la decisión se base en forma exclusiva en la orientación sexual para que esta se encuentre prohibida por la CADH, pues para considerar que tal decisión constituye un acto discriminatorio basta “[...] con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona”³⁸. Además, la Corte IDH fue clara en señalar que siempre que se vaya a hacer una limitación de derechos con fundamento en la orientación sexual, el Estado tiene la obligación de probar con medios adecuados que dicha decisión no tiene un objetivo o efecto discriminatorio, pues de lo contrario la presunción de discriminación que se deriva de la utilización de una categoría prohibida no resulta desvirtuada.³⁹

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del cual Colombia es signataria, ha establecido que es contrario a dicho instrumento la discriminación por orientación sexual en los casos *Young vs. Australia*,⁴⁰ *Toonen vs. Australia*,⁴¹ y *X vs. Colombia*.⁴²

La protección de la orientación sexual como una categoría con base en la cual está prohibido discriminar también fue establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, por medio de la Observación General N° 20, declaró que en “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para

Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), 20 de noviembre de 2013.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 91.

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 94.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párrafo 124.

40 Comité de Derechos Humanos, caso *Young vs. Australia*.

41 Comité de Derechos Humanos, caso *Toonen vs. Australia*.

42 Comité de Derechos Humanos, caso *X vs. Colombia*.

hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto⁴³. De forma adicional, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 4, estableció que la orientación sexual es una de las condiciones por las cuales se prohíbe discriminar, de conformidad con dicho instrumento.⁴⁴

En conclusión, la discriminación por orientación sexual se encuentra prohibida por el sistema universal de protección de derechos humanos, y existen rigurosos estándares que han de ser satisfechos si se desea utilizar esta categoría sospechosa para diferenciar, imponer cargas o excluir de beneficios a una persona o grupo.

La consecuencia principal de que la orientación sexual y la identidad de género sean consideradas como categorías prohibidas o criterios sospechosos de discriminación, es que siempre que se pretenda dar un trato diferencial a dos personas o grupos en razón de la orientación sexual o la identidad de género. Es necesario someter la medida diferenciadora a un juicio estricto de proporcionalidad. En este juicio ha de acreditarse: (i) que la política o decisión adoptada busca conseguir una necesidad social, no sólo importante, sino también imperiosa; (ii) que los medios elegidos para conseguir dicha finalidad no sólo son conducentes, sino indispensables, en el sentido de que no existe otro medio para conseguir el objetivo buscado; (iii) que existe una proporcionalidad en sentido estricto entre los beneficios que se derivan de la medida y los costos que ella implica en términos de derechos fundamentales, es decir que las consecuencias negativas obtenidas con la decisión o política “compensarán” las desventajas provenientes de su implementación.

Medida diferenciadora basada en la orientación sexual de las personas <i>Criterio sospechoso de discriminación</i>	Debe superar un juicio estricto de proporcionalidad	i) ¿Es importante e imperiosa?
		ii) ¿Los medios son idóneos para alcanzar el objetivo? ¿No existen alternativas con iguales resultados?
		iii) ¿En qué medida se sacrifican derechos fundamentales? ¿Cuál es el beneficio logrado con dicho costo?

43 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Observación General N° 20. E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

44 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 4.

2.1.2 LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO CRITERIO SOSPECHOSO DE DISCRIMINACIÓN

Conforme a la dogmática del derecho a la igualdad, un trato desigual que tenga como fundamento la orientación sexual o la identidad de género debe presumirse discriminatorio, por fundarse en un criterio sospechoso.⁴⁵

La Corte Constitucional en la sentencia C-481 de 1998⁴⁶ estableció que, en principio, dar un tratamiento distinto a las personas que tuvieran una orientación sexual no mayoritaria contradice los mandatos constitucionales. Señaló la Corte que la orientación sexual es una categoría protegida por la Constitución, sea que tal elemento de la personalidad humana constituya un rasgo innato del sujeto que no se puede modificar ni ser elegido con libertad (caso en el cual se encuentra protegida por el Art. 13 de la Carta Política cuando prohíbe la discriminación por razones de sexo) o que sea una elección hecha por el individuo de forma voluntaria (pues en este supuesto la orientación sexual estaría protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad). Con base en ello, concluyó que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación.

El objetivo último del derecho a la igualdad y la protección contra toda discriminación en contra de minorías sexuales no normativas se encuentra reforzado en razón, por una parte, de la discriminación histórica de las que han sido objeto; y por otra, “la comprobada y nociva tendencia a equiparar la diversidad sexual con comportamientos objeto de reproche y, en consecuencia, la represión y direccionamiento hacia la heterosexualidad”. Efectivamente, tal y como ha señalado la Corte Constitucional, la categoría de “sexo” prohibida por el Artículo 13 de la Constitución incorpora la “opción y orientación sexual”. Por supuesto, esto no quiere decir que se excluya de dicha protección a determinados grupos minoritarios en virtud, por ejemplo, de su identidad de género. Como se verá

45 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2001. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Dijo la Corte en dicha oportunidad: “Tal y como en varias oportunidades lo ha manifestado esta Corporación, cuando el control constitucional se efectúa sobre diferencias de trato cuyo punto de comparación es un “criterio sospechoso”, esto es, cuando existe un trato jurídico diferente por razones potencialmente prohibidas por el artículo 13 de la Constitución, tales como, el sexo; el juicio de igualdad debe ser más estricto. En este contexto, cuando el Legislador señala que solo la mujer puede subsanar el vicio del consentimiento que se estudia, utiliza el factor del sexo como un criterio de diferenciación. Por lo tanto, en esta oportunidad, la Corte adelantará un juicio de constitucionalidad estricto”

46 Corte Constitucional, sentencia C-481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

más adelante, la Corte Constitucional ha resuelto casos relativos a personas trans bajo la protección del Artículo 13, primando en todo caso el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, más allá de límites conceptuales.

Para la Corte Constitucional es claro que no todo trato diferencial entre distintos grupos de personas se encuentra constitucionalmente prohibido. Sin embargo, dado que existe una presunción de igualdad en el trato prevista en el Artículo 13 de la Constitución, para dar un tratamiento diferenciado a dos grupos de personas es necesario presentar una justificación suficiente que logre controvertir tal presunción⁴⁷. Adicionalmente, la Corte ha sostenido que se encuentran prohibidas por la Constitución aquellas diferenciaciones “cuya finalidad (análisis de consecuencias) sea la exclusión de grupos de personas tradicionalmente señalados, y la negación del ejercicio de sus derechos fundamentales”⁴⁸. Por esta razón, en casos en los que la distinción se base en una categoría sospechosa como la orientación sexual o la identidad de género, esta justificación se vuelve aún más estricta y se entiende que, en principio, dicha diferenciación no es admisible.

Teniendo en cuenta esta concepción del derecho a la igualdad, la Corte ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo, a través de la eliminación del ordenamiento jurídico de las disposiciones normativas que sin justificación admisible excluían a ciertas parejas sólo por su orientación sexual. De hecho, hace poco la Corte reconoció este mismo principio de igualdad en la concepción de familia. La primera sentencia que reconoció derechos a las parejas del mismo sexo fue la C-075 de 2007⁴⁹. En ella la Corte abordó el problema jurídico de si las parejas del mismo sexo podían o no constituir uniones maritales de hecho y conformar sociedades patrimoniales. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas demandadas de la Ley 54 de 1990, bajo el entendido de que la protección en ellas consagrado también aplica para las parejas del mismo sexo que se encuentren en una unión permanente y singular. La Corte amparó los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libre asociación, al mínimo vital y a la dignidad humana de las personas que deciden conformar una pareja del mismo sexo.

La Corte fue enfática al señalar que estas parejas afrontaban una situación precaria debido a la falta de regulación jurídica que existía respecto a esta materia

47 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2004, M. P. Montealegre Lynett.

48 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

49 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

en el país y que las necesidades de protección de estas parejas eran asimilables a aquellas que tenían las parejas compuestas por hombre y mujer. Ello aunado a que ambos proyectos de vida son opciones respetadas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En este escenario, la Corte recalcó que la falta de reconocimiento jurídico que hasta ese momento afrontaban las parejas del mismo sexo en Colombia no les permitía desarrollar un proyecto de vida pleno, aun cuando se les reconocieran derechos como individuos a las personas pertenecientes a estas minorías sexuales.

Ahora bien, en lo que sigue, con el fin de aterrizar a un escenario constitucional específico los presupuestos constitucionales estudiados, aplicaremos los criterios que permiten analizar si un trato diferenciado es razonable y proporcionado, a los casos de parejas del mismo sexo que buscan la protección legal a su familia mediante la institución jurídica del matrimonio civil.

¿El establecimiento de figuras contractuales diferentes al matrimonio, conduce a generar un trato discriminatorio en contra de las parejas del mismo sexo? Podemos concluir que sí, por dos razones: i) dado que la única diferencia supuestamente relevante entre las parejas heterosexuales y las homosexuales es la orientación sexual, fundamentar un trato diferenciado en este criterio es realmente una forma de discriminación; ii) teniendo en cuenta que tanto la heterosexualidad como la homosexualidad son orientaciones sexuales legítimas que merecen protección constitucional, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, mantener dos regímenes de protección distintos reproduce una idea de inferioridad que refuerza la exclusión y discriminación, y crea una injusticia social derivada de la falta de reconocimiento.

Al respecto, la Corte Constitucional ha desarrollado de forma amplia y plural el concepto de familia, con la inclusión de las parejas del mismo sexo⁵⁰. Adicionalmente, ha reiterado que estas parejas son una opción válida a la luz del ordenamiento jurídico y su existencia supone, al igual que las parejas heterosexuales, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”⁵¹.

En ese orden de ideas, estos tipos de parejas (las homosexuales y las heterosexuales) no tienen entre sí diferencias relevantes salvo la orientación

50 COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

51 *Ibidem*.

sexual. Podría decirse, apelando al argumento naturalista, que la capacidad de procrear es una diferencia importante, pero incluso ésta hace parte de una decisión de pareja que puede suceder o no y que no afecta la estabilidad y la familia que pueda conformarse. Por esa razón es factible el matrimonio entre ancianos o el celebrado por personas conscientes de su infertilidad, o que optan por no tener hijos o abstenerse de mantener relaciones sexuales, cuestión que confirma que la procreación no es entonces una obligación, sino una posibilidad de la pareja, y por tanto no puede ser considerada tampoco una diferencia significativa entre las parejas del mismo sexo y las heterosexuales. Por eso es posible afirmar que la orientación sexual es la única diferencia clara entre estas parejas.

Teniendo en cuenta que la única diferencia relevante entre este tipo de parejas es la orientación sexual, fundamentar un trato diferenciado sobre esta categoría constituye, a la luz de la Constitución, una discriminación por razones de sexo. En primera medida, recordemos que la discriminación se encuentra prohibida por la Carta Política, expresamente en su Artículo 13 cuando señala que no podrá haber ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Contrariar esta disposición resulta también violatorio de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano, por lo que no es dable a ninguna autoridad pública de cualquier nivel, ni a los particulares, acudir a prácticas o normas basadas en ellos.

Dado que la orientación sexual es la única diferencia clara entre las parejas homosexuales y las heterosexuales y teniendo en cuenta que este es un criterio sospechoso de discriminación, hay al menos dos consecuencias relevantes que se derivan de esto: i) se presume que es discriminatorio; ii) esta presunción sólo se puede desvirtuar mediante un test estricto de igualdad.

En ese orden de ideas, la Corte determinó en las sentencias C-075 de 2007, C-336 de 2008 y C-029 de 2009 que el tratamiento diferenciado de las parejas homosexuales con respecto a las heterosexuales debe someterse a un test estricto de proporcionalidad. Y a partir de la sentencia C-577 de 2011, la diferenciación de las parejas del mismo sexo también deben someterse a un análisis de "origen familiar" toda vez que la segregación de las familias está prohibida por la Constitución y por el precedente jurisprudencial.

Además de los precedentes judiciales que son claros en este sentido, dos razones adicionales justifican la procedencia del test estricto en este caso. La primera es que, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de

2011, las parejas homosexuales y heterosexuales se encuentran en una situación asimilable en lo que respecta al contrato de matrimonio, de tal modo que el presupuesto para aplicar el test, a saber, el carácter análogo de los extremos del trato desigual, se encuentra ya demostrado con suficiencia.

La segunda razón es que, al analizar cuestiones de igualdad relativas al matrimonio, ya la Corte ha dispuesto que lo procedente es aplicar el test estricto de igualdad. Así lo hizo por ejemplo al analizar la constitucionalidad de una disposición que consagraba la posibilidad de convalidar la nulidad del matrimonio celebrado durante el rapto, pero sólo para la mujer.

Para tales efectos y de conformidad con el test estricto de igualdad, el tratamiento diferenciado se presume discriminatorio y dicha presunción sólo puede desvirtuarse si se prueba que (i) pretende alcanzar un fin constitucionalmente imperioso y legítimo, (ii) es adecuado e indispensable para cumplir con ese objetivo, y (iii) es proporcionado, es decir, si sus beneficios son mayores que sus costos en términos de afectación de derechos. La Corte también estableció que, en los eventos en los cuales la aplicación del test estricto de proporcionalidad conduce a constatar una ausencia de reconocimiento jurídico de la realidad de las parejas homosexuales y un consecuente vacío legal de protección de las mismas, la situación constituye una violación del deber constitucional de otorgar un mínimo de protección a dichas parejas, derivado de los requerimientos análogos de protección.

2.1.3 LOS CUATRO MANDATOS DEL DERECHO A LA IGUALDAD

El principio de igualdad puede descomponerse a su vez en cuatro mandatos, derivados del Artículo 13 de la Constitución, que en sus tres incisos contiene enunciados diferenciados. El inciso primero señala la igualdad de trato y protección de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación. El inciso segundo contiene mandatos de trato diferenciado encaminados a ciertos grupos marginados, discriminados, y por último, el inciso tercero contiene un mandato expreso de trato diferenciado a poblaciones especialmente vulnerables.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los

comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional.⁵² (Subrayado fuera de texto)

Conforme a la interpretación de la Corte Constitucional el contenido del mandato de igualdad del Artículo 13 de la Constitución, comprende:

- (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas.
- (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común.
- (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias.
- (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.⁵³

Mandatos del Principio de Igualdad (Art. 13 C. P.)	1. Trato igual a iguales
	2. Trato diferente a quienes son diferentes
	3. Trato similar a quienes se encuentren en situaciones parecidas, pero no idénticas
	4. Trato diferenciado a quienes se encuentren en situaciones diferentes, pero con ciertas similitudes

2.2 DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana es un principio fundacional de la Constitución Política. El Artículo 1º de la Constitución Política declara que el Estado colombiano está fundado “en el respeto de la dignidad humana”⁵⁴. La Corte Constitucional en

52 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012. M. P. Humberto Sierra Porto.

53 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012. M. P. Humberto Sierra Porto.

54 Constitución Política, Art. 1.

numerosas sentencias de revisión de tutela y constitucionalidad ha establecido el contenido y alcance de este principio y derecho fundamental. En la sentencia T-881 de 2002, el Alto Tribunal sostuvo que en la jurisprudencia constitucional se han identificado tres lineamientos claros y diferenciables contenidos en este principio:

(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).⁵⁵

2.2.1 VIVIR COMO SE QUIERE

La primera dimensión del derecho a la dignidad humana se refiere a la elección de un proyecto de vida que resulta ser “fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino cuando dicha elección no repercuta de manera directa en la órbita de los derechos ajenos”⁵⁶.

Este mandato hace alusión expresa a la autonomía individual. Dentro de esta autonomía o libre elección se encuentra inmerso el goce de la sexualidad, la cual puede manifestarse y realizarse a través de la vida individual o en pareja, sin importar que ésta sea de orientación sexual diversa o no. En este mandato, también se encuentra incluida la construcción identitaria de las personas.

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.⁵⁷

El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho opera aun cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la

55 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

56 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

57 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T- 477 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Constitución. El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la dignidad Humana⁵⁸.

La verdadera autodeterminación vital de las personas exige de un estado social de derecho más que una actitud neutral frente a la opción de vida de sus ciudadanos. Implica también una acción afirmativa encaminada a garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida en la esfera de lo público, es decir, frente al orden jurídico y la sociedad. Lo anterior quiere decir que hasta que en Colombia las parejas del mismo sexo no tengan la facultad de celebrar matrimonios civiles, no serán ni libres ni dignas.

Para mayor entendimiento puede aterrizarse el mandato de vivir como se quiera a la restricción de la que son víctimas las parejas con orientación sexual diversa frente al derecho a la dignidad humana cuando no cuentan con la posibilidad de casarse o cuando dicha posibilidad es incierta o diferente a la de las parejas heterosexuales, ya que a diferencia de las parejas con orientación sexual heterosexual, no pueden decidir si quieren o no casarse. Las parejas heterosexuales tienen la posibilidad de decidir si quieren casarse o no y esa posibilidad para decidir es constitutiva de su dignidad humana, puesto que sólo hay libertad cuando hay posibilidad de decidir entre más de una opción, es decir, cuando no hay alternativas no se puede hablar de libertad. La dignidad humana se relaciona con el matrimonio, en su primera dimensión, en cuanto alternativa jurídica posible, y es violatorio de la misma cuando no es una opción, incluso más cuando la razón por la cual no existe como posibilidad está basada en características como la orientación sexual o la genitalidad de las parejas. El Estado, según lo ha dicho la Corte, no puede hacer consideraciones de orden político o histórico para preferir a ciertas personas por encima de otras.

2.2.2 VIVIR BIEN HACE REFERENCIA A LAS CONDICIONES MATERIALES DE EXISTENCIA

En la sentencia T-476 de 2014 estableció que “el derecho a la identidad sexual se deriva del reconocimiento del principio constitucional de la dignidad humana” y así mismo debe ser entendido respecto de la identidad de género. Sin embargo, las barreras administrativas y legales que en la mayoría de los casos deben superar

58 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T- 086 de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

las personas con identidad de género no mayoritaria, desconocen la dignidad si se consideran por lo menos dos de sus acepciones.

En primer lugar, desconocen la “libertad de elección de un plan de vida”. De nada sirve admitir que una persona puede elegir una vida correspondiente a una identidad de género transgénero, si no puede tener garantías mínimas para llevar a cabo su proyecto de vida conforme a esta identidad. De esta manera, si una persona transgénero no puede acceder de manera oportuna e integral al Sistema General de Seguridad Social en Salud para llevar a cabo las transformaciones corporales correspondientes a su tránsito de un género a otro, o si carece de los documentos de identificación acordes a su identidad de género, simplemente se le condena a no poder ejecutar su proyecto de vida.

En segundo lugar, la no remoción de obstáculos en el acceso a un procedimiento expedito e idóneo para el cambio del componente sexo en los documentos de identidad, desconoce la dignidad entendida como la “posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades”, pues termina sometiendo a las personas transgénero a procesos más gravosos para obtener las prestaciones básicas de salud, trabajo y bienestar que el resto de la población, solo por el hecho de tener una identidad de género diversa.

2.2.3 VIVIR SIN HUMILLACIONES A UNA DIMENSIÓN MORAL, ESPIRITUAL O INTANGIBLE DE DICHO PRINCIPIO

La tercera dimensión consiste en vivir sin humillaciones e implica el derecho de las personas con orientación sexual o identidad de género no normativa, como una extensión de la autonomía individual, a elegir un plan de vida y que este sea libre de interferencias que afecten sus ideales de existencia.⁵⁹ Esto demanda del Estado la imposibilidad de exigir o privilegiar determinadas opciones de vida o de personalidad frente a otros que se consideran inaceptables y por tanto son subvalorados.⁶⁰

No reconocer el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo fortalece los estereotipos que ven la homosexualidad como un modo de vida de menor valor. La privación de derechos civiles con base en el criterio de la orientación sexual

59 Corte Constitucional. Sentencia T-804 de 2014 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

60 *Ibidem*.

estratifica la ciudadanía: los homosexuales terminan siendo ciudadanos de segunda categoría que representan un modo de vida que a lo sumo se tolera, pero que no llega a ser reconocido como digno de igual respeto y protección.

Además, la resistencia al reconocimiento del derecho a contraer matrimonio equivale a negar el reconocimiento público de una de las relaciones de más vital importancia para dos personas como seres humanos, a impedir que la relación de pareja sea considerada relevante y tenga efectos en el mundo social, y a condenar a la pareja a vivir en la sombra. Constituye una evidente negación o distorsión de la identidad y, por ende, una clara violación del derecho a vivir sin humillaciones. En la medida en que no se obstaculiza la posibilidad de casarse, se limita la posibilidad, a las parejas del mismo sexo, de proyectarse socialmente, y en consecuencia, se somete a dichas parejas a vivir en el margen de la ley con humillaciones.

2.3 LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHO A LA INTIMIDAD

El Artículo 16 de la Constitución Nacional estableció que “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”⁶¹. Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el análisis sobre el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido muy amplio. La Corte ha entendido que el libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de las personas a escoger un proyecto de vida, movido por una identidad propia.⁶²

Si tomamos que la orientación sexual y la identidad de género forman parte de la identidad de una persona y esta, a su vez, se encuentra amparada por el Artículo 16, es forzoso concluir que cualquier limitación arbitraria de la posibilidad de llevar a cabo el proyecto de vida de una persona con base en la orientación sexual o identidad de género, constituye una violación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte Constitucional ha expresado en múltiples ocasiones que todas las personas tienen derecho a definir libremente su reconocimiento dentro de un género particular, así como su inclinación afectiva hacia otros. De ahí que la libertad

61 COLOMBIA, Constitución Política de Colombia. Art. 16.

62 COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-248 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de decidir sobre la propia identidad es un ámbito protegido por la Constitución en virtud del libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, ninguna entidad puede imponer a una persona una identidad con la que no se reconoce, o privilegiar mecanismos para promocionar como preferible determinada identidad u orientación sexual.⁶³

Si se aplica estos presupuestos al escenario constitucional de las personas trans en instituciones educativas y sus reglamentos disciplinarios, cuando estos restringen de manera arbitraria la expresión de género de las personas a parámetros tradicionales asociados a la genitalidad de las personas, podría concluirse que se estaría limitando jurídicamente la posibilidad de que una persona LGBT tenga la opción de desarrollar su proyecto de vida mediante la construcción de su identidad de género, protegida por el ordenamiento jurídico. Sin ninguna justificación constitucionalmente admisible, la persona LGBT no tendría derecho a desarrollar su personalidad, toda vez que se le estaría limitando arbitrariamente, por ejemplo, la posibilidad de utilizar los accesorios y utensilios necesarios para expresar libremente su género, por la única razón de no asumir una identidad cisgénero. Lo anterior, se manifiesta en el sometimiento de las personas trans a formas de actuar, vestir y expresarse impuestas, que desconocen su identidad y libertad.

Es necesario recordar que realizar este tipo de análisis, sólo a partir de la orientación sexual o la identidad de género, automáticamente excluye y margina a un sector de la población por su identidad, y restringe aspectos esenciales de su construcción identitaria. En este sentido, estas categorías de discriminación se traducen en la violación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

63 COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-565 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividad pedagógica</i></p> <p>Agustina es una estudiante trans que se encuentra inscrita en el SENA. A la hora de matricularse, Agustina se inscribió con su nombre y sexo, tal y como aparecen en su registro civil (ambos masculinos). Sin embargo, una vez ingresó a la entidad, ha solicitado a las directivas que por favor reconozcan su identidad de género, y su nombre identitario (como Agustina) en las actividades diarias de la institución y en el uniforme. Las directivas de la seccional de la entidad han negado la solicitud argumentando que la única información personal válida es la consignada en el registro civil y cédula.</p> <p>¿Existiría vulneración de sus derechos fundamentales? ¿Cuáles?</p>
<p><i>Ae</i></p>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>El Instituto Médico de Oriente está reclutando nuevos profesionales para el área de toxicología e investigación. Para tal fin, solicita a los aspirantes diligenciar un formulario y practicarse exámenes de sangre para verificar su estado de salud. Una de las preguntas del formulario es: "si usted es del género masculino, ¿ha tenido relaciones sexuales penetrativas con individuos masculinos en el último año?". Por su parte, uno de los exámenes que le hacen a la sangre de los aspirantes es la prueba de VIH.</p> <p>Iván desea aplicar a uno de los cargos ofrecidos por el prestigioso Instituto, pues es un profesional con amplia experiencia en investigación médica y su especialidad es la toxicología. Él está casado hace cuatro meses con Sebastián. Al momento de responder el formulario, Iván responde afirmativamente a la citada pregunta sobre las relaciones sexuales con otros hombres. Sus exámenes de sangre demuestran que está en perfecto estado de salud. Dos días después, a Iván le comunican que fue rechazado para el cargo al cual aspiraba.</p>

<p><i>de</i></p>	<p>De acuerdo a lo narrado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿La pregunta contenida en el formulario vulnera el principio de igualdad? 2. ¿La pregunta contenida en el formulario utiliza alguno de los criterios sospechosos de discriminación? ¿Cuál (es)? 3. ¿La medida diferenciadora demanda un juicio estricto de proporcionalidad? De ser así, por favor aplíquelo y determine si supera o no el juicio. 4. Si Iván decide interponer una acción de tutela en contra del Instituto Médico de Oriente, ¿qué derechos deberá argumentar como vulnerados? ¿Tiene alguna posibilidad de éxito? ¿Cuáles serían sus argumentos como juez para decidir esta acción de tutela?
------------------	--

<p><i>j</i></p>	<p><i>Jurisprudencia</i></p> <p>Para el análisis de jurisprudencia se estudiaron las subreglas establecidas en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional que se reseñarán en el núcleo temático 3 con relación a aspectos específicos de la vida de una persona LGBTI.</p>
-----------------	--

UNIDAD 3

DERECHO DE LA POBLACIÓN LGBTI

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Reconocer y valorar las implicaciones que tiene la aplicación diferenciada del marco jurídico a personas con una orientación sexual e identidad de género normativa y la población LGBTI en los ámbitos individual, de la vida familiar o en pareja, educativo, penal, carcelario y conflicto armado.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none">• Reconocer los derechos fundamentales involucrados en la protección constitucional por razón de la orientación sexual, la identidad y expresión de género no normativas.• Realizar una interpretación sistemática del marco jurídico colombiano a partir de los parámetros establecidos por las sentencias de la Corte Constitucional al adoptar una decisión en relación con la protección de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.• Analizar las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre población LGBT y los lineamientos de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos con el objetivo de aplicarlos a casos concretos.• Reflexionar y aplicar los principios estudiados en relación con la discriminación y violencia por orientación sexual e identidad de género, así como evidenciar la importancia en la comprensión de estas categorías en la atención o trámite de casos de violencias contra personas LGBTI.

UNIDAD 3. DERECHOS DE LA POBLACIÓN LGBTI

3.1 ÁMBITO INDIVIDUAL: LAS PERSONAS LGBTI⁶⁴

3.1.1 PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL

La Constitución Política consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho que se funda en principios como la igualdad y el respeto por la dignidad humana. La Corte Constitucional ha señalado que del principio constitucional de igualdad deriva el derecho subjetivo consagrado en el Artículo 13 de la Carta Magna. La Corporación se ha encargado de desarrollar una extensa línea en torno a esta garantía constitucional al establecer que goza de una faceta formal y una material, y que consta de tres dimensiones⁶⁵. En efecto, de la cláusula de protección del Artículo 13 superior se derivan los siguientes elementos: i) una regla de igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; ii) una prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato discriminatorio que partan de criterios sospechosos contruidos a partir de razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión u opinión política; iii) un mandato de promoción de la igualdad material, entendida como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional.⁶⁶

En cuanto a la prohibición de discriminación en razón de la identidad de género o la orientación sexual, la Corte Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia que tiende a prescribir cualquier tipo de conductas que incurran en una desigualdad de este tipo, especialmente en ambientes educativos.⁶⁷ La Corte ha señalado que la sexualidad hace parte del ámbito más íntimo de la persona, y por ende, las instituciones educativas no pueden prohibir de manera directa dicha expresión libre y autónoma de la dignidad humana.⁶⁸ Adicionalmente, ha señalado

64 Esta sección fue elaborada por Eliana Marcela Robles Pallares y complementada por Mávil Nicolás Giraldo Chica.

65 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-928 de 2014. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

66 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-478 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

67 *Ibid.*

68 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

que las decisiones que toman los individuos con respecto a su reconocimiento en la identidad y orientación sexual, hacen parte del núcleo esencial de su dignidad, libertad y autonomía.⁶⁹ En consecuencia, resulta contrario a los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad cualquier conducta de un tercero encaminada a privilegiar una determinada identidad y orientación sexual o a imponer sanciones en razón de que una persona no siga una conducta mayoritaria de identidad de género u orientación sexual.⁷⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que la protección constitucional otorgada al derecho a la igualdad, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad consiste en el respeto absoluto por la expresión de la identidad de género o la orientación sexual, pues esta se constituye como parte esencial e indisoluble a la personalidad, sea esta común, o sea diversa. En ese sentido, la persona no puede ser perseguida, señalada o discriminada, pues como lo señala la Corte “no hay título jurídico que permita discriminar por la orientación sexual diversa”⁷¹, o de manera más abierta, “no existe razón justificativa para someter a las parejas del mismo sexo a un régimen incompatible con su opción de vida”⁷² ni lo puede haber como expresión de un Estado constitucional y respetuoso de la libertad y la dignidad humanas.⁷³

69 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

70 *Ibid.*

71 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-539 de 1993. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

72 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Caso en el cual se declaró la constitucionalidad condicionada del precepto de la Ley 100 de 1993, que permite incluir en el régimen contributivo al compañero permanente como beneficiario, en el entendido de que se podría incluir también a la pareja del mismo sexo.

73 Sentencia T-301 de 2004. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, que a su vez retoma lo dicho en la T-101 de 1998. M. P. Fabio Morón Díaz., asunto originado en la solicitud de protección de los derechos fundamentales a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, vulnerados a un par de estudiantes por el rector y el Consejo Directivo de un instituto educativo, a quienes les negaron los cupos para continuar estudiando, por su condición de homosexuales. Al respecto se observó: “la Corte indicó que las consideraciones para dar un trato diferente y para excluir del goce efectivo de ciertos derechos a algunos ciudadanos cuyo contenido sea la condición sexual de los mismos, ponen en cuestión los principios básicos del Estado social de derecho y violan los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad. 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 a estos ciudadanos”.

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial en torno a la protección constitucional otorgada por los Artículos 13 y 16 de la Constitución Política al derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad en relación con el principio de respeto a la dignidad humana consagrado en el Artículo 1º de la Constitución Política. El Tribunal entiende que el núcleo esencial de este derecho supone la asunción autónoma y la libre decisión sobre la sexualidad de las personas, pues la identidad y la conducta sexual ocupan un lugar decisivo en el desarrollo del ser. En ese sentido, el Estado debe abstenerse de interferir en cuanto al desarrollo autónomo de la personalidad de una persona en cuanto a su orientación sexual, por cuanto no causa daño a terceros. Por el contrario, el Estado tiene el deber de asegurar a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción el goce y respeto a la libre opción sexual. La protección a las personas LGBTI ha sido otorgada en diversos ámbitos, entre los que se encuentran, el ámbito escolar como espacio democrático y plural, las uniones maritales de hecho para parejas del mismo sexo y a la estabilidad laboral.

3.1.1.1 LOS BESOS Y LAS EXPRESIONES PÚBLICAS DE AFECTO

La Constitución Política de 1991 garantiza el derecho a la dignidad humana, a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad como garantías fundamentales en la protección de los ámbitos de libertad individual de los ciudadanos, esenciales para su desarrollo y desenvolvimiento dentro de la sociedad. En efecto, en reiterados pronunciamientos, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de respeto por la dignidad humana, consagrado en el Artículo 1º de la Constitución, es considerado un valor superior y un principio fundante del Estado Social de Derecho, pues constituye la expresión de la autonomía individual y capacidad de autodeterminación. Por su parte, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el Artículo 16 superior, reconoce a las personas la capacidad de autodeterminarse, esto es, de darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico⁷⁴. Finalmente, también se protege la libertad individual con la consagración del derecho a la intimidad, previsto en el Artículo 15 superior al establecer que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar [...]”⁷⁵.

74 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

75 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-067 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Adicionalmente, la Corte ha expresado que toda pareja y todo individuo tiene unos límites, por cuanto habita en comunidad, que son establecidos por el decoro y los niveles de decencia pública que se maneja, por los derechos de los demás y por la convivencia pacífica de la comunidad o prevalencia del interés general sobre el particular⁷⁶. Lo anterior no implica que se encuentre restringiendo el derecho al libre desarrollo de la personalidad o que se rechace la opción de vida que el individuo o la pareja eligió. En ese sentido, la Corte advierte que “las manifestaciones de la diversidad sólo pueden ser reprimidas o limitadas cuando lleguen a lesionar derechos de otras personas, alteren el orden público y social, afecten los estándares generales de decencia pública [...]”⁷⁷. En consecuencia, la Corte ha señalado que “besarse de modo romántico con la pareja, sea o no homosexual, hace parte de los espacios de libertad individual que toda persona natural posee a la luz de su dignidad para vivir como se quiere, para su libre desarrollo personal y para el derecho a no ser molestado en esa elección específica que sólo a él o ella interesa. Y como el legislador no lo ha restringido como derecho de libertad [...], no lo puede hacer ni un centro comercial en sus estatutos, ni una empresa de vigilancia por más que tengan como función colaborar con las autoridades de policía”⁷⁸.

En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia constitucional no se evidencia que las manifestaciones públicas de afecto entre parejas del mismo sexo pueda, de forma alguna, lesionar los derechos de terceros, no sólo porque no está prohibido expresamente en el ordenamiento jurídico, sino también porque el concepto de moralidad pública e interés general debe adaptarse a los postulados constitucionales que consideran a la “moralidad” como un elemento de interpretación constitucional y no como un concepto tomado de dogmas o principios religiosos. En ese sentido, la Corte, al decidir un caso sobre una pareja del mismo sexo que expresó públicamente muestras de afecto en un centro comercial y que fueron obligados a retirarse del lugar público por los guardias de seguridad, expresó que la pareja con el hecho de besarse, por las razones que se han advertido, no pudieron haber puesto en riesgo los derechos de los demás, los derechos de los niños, ni tampoco en general el ordenamiento jurídico. Sencillamente “[...] los señores Moreno y Pérez efectuaron un acto de la naturaleza humana, derivado de la atracción y los

76 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-673 de 2013. M. P. Gabriel Eduardo Moreda Martelo.

77 *Ibid.*

78 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-909 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

afectos, que al ser inherentes a la especie y no contravenir norma alguna, no tiene por qué esconderse u ocultarse"⁷⁹.

En lo que respecta a las muestras de afecto público por parte de parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional ha optado por proteger dichas expresiones a partir el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad en relación con el principio de respeto por la dignidad humana. Las mencionadas expresiones son susceptibles de ser restringidas únicamente cuando lesionan los derechos de terceros, el interés público o la moralidad pública. Adicionalmente, cabe resaltar que el alto tribunal ha establecido que la corrección social a cualquier tipo de manifestación pública de cariño no puede efectuarse basada en criterios discriminatorios, y en ese sentido, al momento de determinar si la limitación a las expresiones públicas de afecto resulta violatoria de derechos fundamentales, debe evaluarse si la misma conducta sería reprochada si hubiese sido efectuada por una pareja heterosexual.

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p>
	<p>De la información antes presentada deténgase por un momento a pensar, desde su propia experiencia y conocimiento:</p> <p>(i) ¿Considera que las manifestaciones de afecto en público de personas del mismo sexo afectan los derechos de los niños y niñas?</p> <p>(ii) ¿Cuáles son los derechos en colisión en un escenario de caricias en un espacio público como un parque urbano, un centro comercial, una discoteca o una iglesia? ¿Cuáles son las diferencias?</p>

3.1.2 IDENTIDAD DE GÉNERO

La Constitución Política de 1991 consagra en su Artículo 1° el respeto por la dignidad humana, como principio fundante del Estado Social de Derecho. Adicionalmente, en el Artículo 2° establece que uno de los fines del Estado consiste en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma. La Corte Constitucional ha expresado que el núcleo esencial de la dignidad

⁷⁹ *Ibid.*

humana supone que la persona sea tratada de acuerdo con su naturaleza humana, lo cual implica aceptar a cada individuo como es, con sus rasgos característicos y diferencias específicas, pues esa individualidad es la que distingue cada sujeto de la especie humana.

Con base en el principio de respeto a la dignidad humana, la Constitución Política consagra otras garantías constitucionales como los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. El Artículo 13 de la Constitución señala que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

Por su parte, el Artículo 16 de la Constitución consagra el derecho de todas las personas al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las impuestas por los derechos de los demás y el orden jurídico. La Corte Constitucional ha entendido este derecho como una extensión de la autonomía individual bajo el cual se “busca asegurar la independencia de todo ser humano respecto de los otros y la posibilidad de elegir un plan de vida sin interferencias que afecten los ideales de existencia”⁸⁰.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha desarrollado, a partir de los derechos mencionados con anterioridad, el derecho a la identidad, el cual consiste en:

la materialización del libre desarrollo de la personalidad, en estrecha relación con la autonomía, la persona se identifica o se autodetermina, [...] con lo cual establece su plan de vida y su individualización como persona singular, elementos esenciales para la construcción de su identidad de género.⁸¹

Con base en todo lo anterior es que la Corte ha reconocido el derecho a la identidad de género, el cual debe entenderse como la expresión autónoma y externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina. De esta forma, la identidad de género se ha protegido a partir de su inclusión en el componente de sexo como criterio sospechoso de discriminación consagrado en el inciso 1° del Artículo 13 de la Constitución Política.

El derecho a la identidad de género ha evolucionado por vía de la jurisprudencia, en un principio, la Corte consideraba la identidad de género como un atributo de carácter objetivo que requería de declaración judicial y hoy se reconoce que ésta

80 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-789 de 2013, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

81 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

consiste en un proceso que cada persona tiene derecho a efectuar de manera libre y autónoma. También ha reconocido como derecho fundamental de toda persona que el sexo inscrito en el registro civil coincida con la identidad de género asumida y vivida por ella misma, y ha señalado que, dentro de la protección a la identidad de género, se encuentra la posibilidad de cambiar el nombre y el componente sexo en el documento nacional de identidad.

3.1.2.1 CAMBIO DE NOMBRE

El Artículo 14 de la Constitución Política consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el cual para la Corte Constitucional implica “el respeto que el Estado y la sociedad deben guardar en relación con las notas distintivas del carácter de cada persona”⁸². El mencionado derecho supone el reconocimiento colectivo de la singularidad del individuo y de sus características definitorias. En ese sentido, la personalidad jurídica busca proteger el proceso “previo, íntimo y personal de definición de los rasgos esenciales de la personalidad que constituirán el soporte del proyecto de vida que pretende desarrollar cada individuo”⁸³.

En consecuencia, la facultad que tienen las personas de determinar los elementos distintivos de su personalidad, entre los que se incluye el nombre, se enmarca dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el Artículo 16 de la Constitución Política de 1991. Adicionalmente, el contenido normativo del derecho a la autonomía personal, derivado del desarrollo jurisprudencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del derecho de autodeterminación y de derecho de dignidad humana, supone igualmente el respeto por las decisiones que las personas toman como seres libres dentro del orden jurídico.

Bajo este orden de ideas, la Corte ha expresado que el derecho a la personalidad jurídica, además de implicar para el individuo ser sujeto de derechos y obligaciones, comprende también una serie de atributos inherentes a la persona que la distinguen, identifican y singularizan. En efecto, dentro de los atributos de la personalidad se encuentra el nombre “el cual goza de naturaleza plural al ser: i) un derecho un derecho fundamental inherente a todas las personas por el solo hecho de su existencia, (ii) un signo distintivo que revela la personalidad del individuo y (iii)

82 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-977 de 2012, M. P. Alexei Julio Estrada.

83 *Ibid.*

una institución de policía que permite la identificación y evita la confusión de personalidades⁸⁴. En ese sentido, la fijación del nombre como atributo de la personalidad resulta determinante para desarrollar libremente el plan de vida individual y para la realización del derecho a la identidad, pues constituye el signo distintivo del sujeto frente a sus relaciones ante la sociedad y el Estado.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Corte determinó que la limitación impuesta por la ley de cambiar el nombre únicamente una vez, supone impedir definitivamente adecuar el nombre, como rasgo de la identidad, al proyecto de vida, cuestión que implica perpetuar una inconsistencia entre la apariencia y el nombre en cuanto al género. De tal forma, los fines perseguidos por el Estado con la restricción legal debían ceder ante la garantía constitucional de autodeterminación en relación con la construcción de una identidad propia, por medio, entre otros, de la modificación de la identidad legal.

En consecuencia, la Corte ha procedido a inaplicar el Artículo 94 del Decreto 1260 de 1970 y ha permitido el cambio de nombre por segunda vez en casos en donde los accionantes solicitan protección constitucional, pues su identidad de género no coincide con el nombre por el cual se identifican y la limitación legal les impide desarrollar su proyecto de vida en condiciones dignas sin discriminación alguna.⁸⁵ Así, en virtud de los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica y al libre desarrollo de la personalidad, la Corte ha permitido modificar el nombre como atributo de la personalidad de modo que su identidad de género coincida con este elemento distintivo de la identidad de la persona y pueda llevar a cabo su plan de vida en condiciones de libertad, igualdad y dignidad.

3.1.2.2 SISTEMA DE SALUD Y TRANSFORMACIONES CORPORALES

De la misma manera como la Corte Constitucional ha reconocido que las personas trans se encuentran en un estado de particular vulnerabilidad, ha garantizado el derecho al cambio de nombre, así como aquel de que personas trans privadas de la libertad puedan construir sus identidades de género, más recientemente la Corte ha reconocido el derecho a la salud de las personas trans.

84 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-1033 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

85 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias T-977 de 2012, T-086 de 2014.

Al respecto, la Corte ha señalado que dadas las particularidades de esta población, y en especial la necesidad de que se les garantice la construcción libre y autónoma de sus identidades de género, no sólo se debe entender que la salud comprende elementos psíquicos, mentales y sociales, sino que el Estado debe garantizarles, a través de la seguridad social, el acceso a medicamentos y cirugías necesarias para la construcción de sus identidades.

En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho a la identidad de género con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de respeto a la dignidad humana. Ambos implican la autodeterminación sexual, entendida como “el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, ‘que no causa daño a terceros’ y que está amparado por el respeto y la protección que, de conformidad con el Artículo 2º superior, deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en Colombia”⁸⁶.

En ese sentido la identidad de género, al ser reconocida como parte esencial e indisoluble a la personalidad, inherente al individuo, implica que éste no puede ser discriminado en razón de la misma. En efecto, la identidad de género de la persona refiere directamente a lo que ella considera en su fuero interior y a lo que pretende exteriorizar hacia sus semejantes, y por lo tanto, en virtud de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana, el Estado no puede interponer obstáculos que impidan al individuo decidir acerca de su proyecto de vida, que incluye su desarrollo vital, su modo de ser y su identidad.

Con respecto al derecho a la salud consagrado en el Artículo 49 de la Constitución Política, la Corte ha determinado que éste consta de una doble connotación: por una parte, constituye un derecho fundamental amparado por el texto constitucional, y por otro, resulta en un servicio público de carácter esencial. De esta forma, yace en cabeza del Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención que requieran, así como la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de promoción, protección y recuperación.

Adicionalmente, el Alto Tribunal ha expresado que la salud no se limita a la condición de no padecer ninguna enfermedad, sino que comprende todos

86 COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

los elementos psíquicos, mentales y sociales que influyen en la calidad de vida de una persona. En ese sentido, el derecho a la salud se podría ver vulnerado cuando una decisión se proyecte de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del mismo, cuando se entrega un medicamento o se realice un procedimiento de mala calidad, o si se niega o demora su suministro.

En el caso de las personas trans, la Corte reconoce que deben enfrentar asuntos de salud propios, como miembros de un grupo minoritario que se caracteriza por identidades complejas y apariencias diversas y hay que velar por que la atención del Sistema de Salud reconozca dichas especificidades. En ese sentido, en razón de las transiciones de índole emocional, mental y física que deben atravesar en el proceso de autoidentificación, resulta imperativo que puedan acceder a un cuidado en salud apropiado y oportuno.

Sin embargo, el ser una minoría históricamente discriminada, les impide acudir oportunamente al sistema de salud con el fin de obtener la información y los cuidados que requieren, y muchas veces implica recibir diagnósticos errados.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha determinado que las EPS vulneran el derecho a gozar del más alto nivel de salud de las personas trans cuando se niegan a brindarles atención médica, a pesar de que existe una prescripción por parte del médico tratante, bajo el argumento de que su vida o integridad física no se encuentra en riesgo. En este punto, con respecto a los procedimientos quirúrgicos para modificar sus cuerpos, la Corte expresa que en virtud del respeto al derecho a la identidad y dignidad de las personas trans, se debe hacer referencia a estos procedimientos como reafirmación sexual quirúrgica. Lo anterior, bajo el entendido de que constituyen procedimientos integrales orientados a obtener una correspondencia entre el género o sexo con el cual estas personas viven y han construido su identidad de género y sexual, así como su cuerpo.

En suma, la protección constitucional otorgada a las personas trans que solicitan la realización de un proceso de transformación corporal se basa en las siguientes consideraciones:

- (i) El derecho a la salud de todas las personas comporta un carácter integral que incluye todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, así como las dimensiones física, mental y social de su bienestar; (ii) la falta de correspondencia entre la identidad sexual o de género de una persona trans y su fisionomía puede llegar a vulnerar su

dignidad en la medida en que esa circunstancia obstruya su proyecto de vida y su desarrollo vital; (iii) las barreras de acceso a la atención médica apropiada para las personas trans vulneran sus derechos a gozar el nivel más alto de salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual cuando la autorización para procedimientos prescritos por su médico les son negados bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo; (iv) las entidades promotoras de salud, como consecuencia de lo anterior, tienen la obligación legal de brindar los procedimientos mencionados cuando hayan sido ordenados por el médico tratante a menos que controviertan el fundamento de la autorización 'de forma científica y técnica'; (iv) la relación entre el derecho a la salud y la identidad sexual de las personas trans demanda la garantía de acceso a un servicio de salud apropiado con el fin de asegurar su derecho a reafirmar su identidad sexual o de género; y, por último, (v) la garantía de acceso a atención médica apropiada para las personas trans implica reconocer no solo las particularidades de los asuntos de salud relativos a las transiciones emocionales, mentales y físicas al momento de reafirmarse sino también la situación de marginación y discriminación que enfrentan, la cual constituye una barrera de acceso al Sistema de Seguridad Social.⁸⁷

En conclusión, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha determinado que los procedimientos médicos asociados con la transición son un elemento esencial del derecho a la salud de las personas trans que, si bien no buscan curar una determinada enfermedad, se erigen como un medio indispensable para garantizar a este grupo de la sociedad el bienestar emocional, físico y sexual.

	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Rebeca es una mujer trans que anhela transformar su cuerpo de acuerdo con su identidad de género. Para tal fin, acude a su EPS para solicitar un acompañamiento profesional en los tratamientos que requiere. Los médicos tratantes de Rebeca, luego de valorarla, concluyen que su estado de salud es ideal para una cirugía de mamoplastia. Sin embargo, le exigen que debe ser vista por un psiquiatra que profiera el dictamen de disforia de género. Rebeca no está de acuerdo con el requisito de psiquiatría, pues considera que esta es una</p>
--	--

Ap

87 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2013, M. P. María Victoria Calle Correa.

Ap

forma de patologización de las personas trans, que las obliga a ser diagnosticadas como enfermas para poder acceder a los servicios de salud que requieren. De manera que con las órdenes de sus médicos tratantes, Rebeca hace su solicitud formal de cirugía ante la EPS.

La entidad le niega su solicitud argumentando que el procedimiento requerido es estético y no es esencial para su salud; además, le recuerda que no cuenta con el dictamen psiquiátrico que “garantice” que Rebeca es una mujer trans. Rebeca interpone una acción de tutela, recordando los precedentes de la Corte Constitucional en materia de salud de las personas trans. A su juicio:

¿Procede la acción de tutela? Explique su respuesta.

En caso de haber contestado afirmativamente, ¿qué medidas ordenaría a la EPS de Rebeca para proteger sus derechos?

En caso contrario, ¿por qué no tutelaría sus derechos?

3.1.2.3 CORRECCIÓN DEL COMPONENTE SEXO EN LOS DOCUMENTOS DE IDENTIDAD

La Corte Constitucional, en virtud del desarrollo jurisprudencial del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Artículo 14, CP), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16, CP), el respeto de la dignidad humana y el reconocimiento de la identidad sexual, ha establecido la posibilidad de modificar el registro civil por cambio de sexo. En efecto, la Corte ha reconocido el derecho fundamental que le asiste a toda persona a que el sexo consignado en el registro civil coincida con la identidad sexual y de género efectivamente asumida y vivida.

El reconocimiento de lo anterior se dio por primera vez en la sentencia T-918 de 2012⁸⁸, en donde la Corte encontró, a partir de un estudio de derecho comparado con respecto al cambio de sexo en el registro civil, que un número significativo de países han optado por proteger de manera especial a las personas

88 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-9128 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

trans y el derecho a la identidad sexual, dándole prevalencia al género con el que se identifican e interactúan socialmente, incluso permitiendo la modificación aun cuando la persona no se ha sometido a la cirugía de reasignación de sexo. En cuanto al tratamiento legal dado al registro civil en Colombia, cabe resaltar que éste constituye la manera como se materializa el ya mencionado derecho fundamental a la personalidad jurídica, pues da cuenta de la identidad que tiene la persona frente al Estado, la familia y la sociedad. Asimismo, su modificación es permitida, ya sea mediante un trámite judicial, cuando se altere el estado civil, o mediante escritura pública cuando la corrección tenga como objeto ajustar la inscripción a la realidad.

En recientes pronunciamientos, la Corte volvió a referirse al tema de la modificación del registro civil por cambio del sexo. La Corporación reiteró que de los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica, se deriva el derecho a la identidad sexual y de género, al ser una expresión de la individualidad “inherente a la persona humana (Art. 94, CP), y se proyecta como parte integral del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16, CP)”⁸⁹. Y esto es así por cuanto la primera necesidad que tiene el individuo es “la de ser reconocido como ente distinto y distinguible, y para ello existe el respeto, tanto del Estado como de la sociedad civil, a su individualidad, es decir, a ser tratado de acuerdo con sus notas distintivas de carácter, sin más límites que los derechos de los demás, el orden público y el bien común. La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad, y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (Art. 18, CP)”⁹⁰.

En consecuencia, el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad de género se relaciona con el derecho a que tales definiciones se correspondan con los datos de identificación consignados en el registro civil. En los eventos en que esto no ocurre, se ven concernidas las tres dimensiones del derecho a la dignidad humana (el derecho a vivir como uno quiere; el derecho a vivir bien; y el derecho a vivir sin humillaciones), especialmente la primera y la tercera, por cuanto la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de

89 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

90 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-594 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal (del derecho a vivir como uno quiera), lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás (derecho a vivir sin humillaciones) y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una vida digna (derecho a vivir bien).

Adicionalmente, sobre el derecho a que la información contenida en el registro civil corresponda con la identidad de género asumida por las personas trans, la Corte hace uso de estándares internacionales en la materia contenidos en los *Principios de Yogyakarta* y la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que expresan que es una necesidad de los Estados adoptar medidas legislativas y administrativas que faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans con la modificación de los documentos de identidad pertinente, sin que de ninguna manera se les obligue a someterse a procedimientos médicos como un requisito.

En ese sentido, la Corte reafirmó que la posición actual de este alto tribunal reconoce que la identidad de género es un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, respecto de la cual el papel del Estado y de la sociedad consiste en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutivo. En consecuencia, toda persona tiene el derecho fundamental a que el sexo consignado en el registro civil coincida con el de su identidad sexual y de género efectivamente asumida y vivida. Así, los derechos de las personas transgénero se vulneran cuando se imponen barreras innecesarias e irrazonables que impiden acceder a la corrección del sexo en el registro civil para que este coincida con el de su identidad de género asumida y vivida.

Finalmente, la Corte Constitucional ha determinado que la posibilidad de modificar el componente sexo del registro civil debe ser garantizada a través de trámites que no vulneren los derechos fundamentales de las personas trans. En sentencia T-063 de 2015, la Corte señaló que someter a las personas trans a un proceso de jurisdicción voluntaria para modificar el componente sexo de su registro civil es una carga lesiva y desproporcionada para sus derechos, además de ser una condición discriminatoria con respecto a las personas cisgénero⁹¹. Por lo tanto, dicha modificación procede directamente, por medio de escritura pública, sin que exista la necesidad de acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria, pues

91 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 2015, M. P. María Victoria Calle Correa.

este es el procedimiento menos lesivo de los derechos fundamentales y reviste de idoneidad para alcanzar los fines constitucionales que se satisfacen con el proceso de jurisdicción voluntaria.⁹²

<p>Ap</p>	<p>Actividades pedagógicas</p> <p>Javier es un hombre trans de 46 años de edad. Cuando tenía 19 años (1989) decidió tramitar un nuevo registro civil que reflejara su identidad de género masculina y así poder llevar una vida normal sin que fuera cuestionado cada vez que presentaba sus documentos de identidad (femenino). Para ello, acudió a la única Notaría de un municipio apartado, con dos testigos que apoyaran su declaración, según la cual, nunca había sido registrado por sus padres y necesitaba sus documentos para trabajar.</p> <p>Actualmente, Javier cuenta con dos registros civiles y dos cédulas de ciudadanía. Una contiene el sexo y el nombre que le asignaron al nacer y la otra contiene su identidad de género masculina, es decir, como él desea ser reconocido y respetado. Con la expedición del Decreto 1227 de 2015, el cual permitió la corrección del componente sexo por medio de escritura pública, Javier acude entusiasmado a realizar el trámite, y de paso cancelar uno de sus registros y cédulas para finalmente tener uno sólo, aquel que contenga la verdadera información sobre su identidad.</p> <p>Sin embargo, al solicitar el citado trámite, la autoridad notarial le informa que existe una duplicidad en su registro que debe ser investigada, por lo cual compulsan copias a la Fiscalía General de la Nación.</p> <p>De acuerdo a lo visto hasta el momento:</p> <p>a) ¿Javier incurrió en algún delito (s)? ¿Cuál(es)? ¿Por qué?</p>
-----------	--

92 *Ibid.* Decreto 1227 de 2015.

Ap

b) Si Javier interpone una acción de tutela en contra de la Registraduría y la Fiscalía, argumentando la violación de su derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, ¿es procedente la acción de tutela? De serlo, ¿cuáles serían los argumentos principales para tutelar sus derechos? En caso contrario, ¿cuáles para negarlos?

3.1.3 INTERSEXUALIDAD

Desde el comienzo de la línea jurisprudencial sobre la protección otorgada a las personas intersexuales, la Corte Constitucional ha establecido que el consentimiento constituye un elemento esencial al momento de efectuar cualquier intromisión en la identidad sexual de una persona, incluidos los menores de edad. Lo anterior encuentra fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la protección de la dignidad humana. En ese sentido, la Corte ha determinado que el consentimiento otorgado por el paciente debe ser libre e informado, especialmente en las intervenciones hormonales y quirúrgicas, por ser especialmente invasivas.

Desde la sentencia hito SU-337 de 1999⁹³, la Corte ha establecido que el consentimiento informado del menor de edad que va a ser intervenido quirúrgicamente debe ser respetado en vista de que “cuando una persona es biológica y naturalmente intersexual el factor determinante para la clasificación de su género será aquél que el individuo, como principal afectado, alcanzando la mayoría de edad y con buenas e informadas razones, se sienta como hombre o mujer”⁹⁴. Sin embargo, cuando existen riesgos a la salud y la vida digna del individuo que exigen de una operación urgente conforme al concepto y las recomendaciones médicas, es aplicable el consentimiento sustituto de los padres, el cual debe ser cualificado y persistente. Lo anterior es así, pues resulta legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas a favor de los menores, pues se considera que los niños aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para

93 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia SU-337 de 199, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

94 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-622 de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

establecer y diseñar autónomamente su propio proyecto de vida y tener plena conciencia de sus intereses.

Adicionalmente, la Corte evidenció una tensión entre los principios de autonomía y beneficencia. Si bien el principio de autonomía posee una prevalencia *prima facie*, no es absoluta, pues por regla general el médico tratante debe siempre procurar por obtener la autorización para la realización de cualquier tratamiento y procedimiento. En el caso de los menores de edad, conforme al principio de beneficencia y en vista de su aparente falta de independencia y criterio para diseñar su plan de vida, es legítimo que sus padres puedan decidir sobre la realización de una cirugía de reasignación de sexo.

Sin embargo, el consentimiento de los padres no siempre debe ser considerado como el principal, pues debe tomarse en cuenta también la edad del menor y su desarrollo personal. En ese sentido, la Corte señaló que si el menor no ha cumplido aún los dos años de edad, resulta legítima la autorización sustituta de los padres. Sin embargo, si el niño o niña tiene ya varios años, esto implica que ya ha adquirido un grado de autonomía, merece una mayor protección constitucional.

Con base en lo anterior, en posterior jurisprudencia la Corte estableció una serie de requisitos que deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar si el consentimiento sustituto de los padres resulta válido, a saber: i) la necesidad y urgencia del tratamiento; ii) su impacto y riesgos; y iii) la edad y madurez del menor.⁹⁵ El Alto Tribunal señaló que en el caso de operaciones ordinarias sobre menores de edad, deberá prevalecer el consentimiento sustituto, mientras que en el caso de las operaciones invasivas, por regla general es prevalente el consentimiento informado del paciente —aun cuando éste sea menor de edad—, en aras de salvaguardar la libre determinación de su personalidad, la proyección de su identidad, y su vida digna. Así, advirtió la importancia de proteger la independencia del niño o niña en estado intersexual para definir su futuro y su desarrollo vital.

La Corte distingue entre el ya mencionado consentimiento y el consentimiento asistido, el cual requiere que en los casos de operaciones y tratamientos médicos sumamente complejos, deberá integrarse un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud con el fin de que realicen los estudios necesarios con el fin de proporcionar la asistencia científica más adecuada para preservar la salud integral del menor, teniendo en cuenta todos los aspectos físicos y psicológicos.

95. *Ibid.*

En ese sentido, los médicos tratantes tienen la obligación de suministrar al menor toda la información que le permita, conforme a la evolución de sus facultades, coadyuvar con el tratamiento médico que salvaguarde su integridad, autonomía y libertad.

A partir de la jurisprudencia desarrollada, la Corte construye una subregla tendiente a establecer que antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto; después sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que en atención a las particularidad de cada caso, se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido, siguiendo, para tal efecto, las variables a las que hace referencia la jurisprudencia constitucional.⁹⁶ No obstante lo anterior, la Corte advirtió que la doctrina establecida por la jurisprudencia en cuanto al establecimiento del umbral de cinco años de edad, no era absoluta, pues ésta se encontraba condicionada a las particularidades de cada asunto concreto.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que el desarrollo de la Corte Constitucional en torno a este tema se ha enfocado en proteger los derechos fundamentales del menor de edad a su autonomía, identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad. A pesar de no contar con capacidad legal, esto no le impide a un menor de edad ser plenamente competente para tomar una decisión con respecto a su salud. En ese sentido, el apoyo permanente de un equipo interdisciplinario que le informe acerca de cada aspecto del tratamiento o procedimiento clínico resultan necesarios en cuanto apoyan la decisión del menor.

<i>de</i>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>Mariana tiene dieciséis años y es una adolescente trans que está cursando grado once en el Colegio Siervas de Amor, una institución privada y católica. Mariana desea modificar su documento de identidad conforme a su identidad de género, pero no cuenta con el apoyo de sus padres, y el colegio, por su parte, se niega a reconocer su identidad e insiste en llamarla por el nombre masculino con el que aparece registrada legalmente.</p>
-----------	---

de

Adicionalmente, Mariana tiene novio dentro del colegio y por darse besos con él durante el descanso el colegio comenzó un proceso disciplinario por cometer “actos inmorales”.

Mariana busca ayuda con un grupo de personas LGBTI que conoció por medio de sus redes sociales, y decide interponer una acción de tutela para que le permitan modificar sus documentos sin requerir autorización de sus padres, en contra del colegio para que reconozca su identidad de género y para que detenga su actuación discriminatoria por el proceso disciplinario que tiene en su contra.

De acuerdo a lo narrado:

1. Mariana presenta la acción de tutela con su nombre identitario, ¿usted cómo la trataría y reconocería en el fallo de tutela?
2. ¿Qué derechos fundamentales están en conflicto?
3. ¿Cómo fallaría esta acción de tutela? En caso de ser favorable a la accionante, ¿autorizaría el cambio de documentos? ¿Qué medidas ordenaría a la institución educativa?

j

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- T-594 de 1993. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Cambio de nombre.

- T-097 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Conductas homosexuales en la Escuela Militar.

- T-539 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Publicidad homosexual (beso en la Plaza de Bolívar de Bogotá)

- T-037 de 1995. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Homosexualidad en las fuerzas militares.

- T-277 de 1996. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Despido de Jardín Infantil a profesor homosexual.

j

- C-481 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Cáballeiro.
Régimen disciplinario de docentes.
- T-101 de 1998. M. P. Fabio Moron Díaz.
Igualdad en el acceso a la educación —Por razón de orientación sexual.
- C-507 de 1999. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
Fuerzas armadas y homosexualidad.
- T-435 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
Estudiante lesbiana Bogotá.
- C-373 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
Notario homosexual.
- T-808 de 2003. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
Homosexual en la organización Scouts de Colombia.
- T-499 de 2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
Visita íntima lésbica en cárceles.
- T-301 de 2004. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
Uso de espacio público por homosexuales en Santa Marta.
- T-1096 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Protección a hombre homosexual víctima de violencia sexual en la cárcel.
- T-624 de 2005. M. P. Álvaro Tafur Galvis.
Uso de falda para la visita íntima de mujer lesbiana en cárcel.
- T-622 de 2010. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
Beso de mujeres lesbianas en la cárcel.
- T-492 de 2011. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
Lesbiana obligada a utilizar uniforme de trabajo.
- T-909 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
Besos en espacio público.
- T-248 de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Prohibición de donación de sangre para hombres gay.
- T-565 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Protección de la orientación sexual y la identidad de género en ambientes escolares.

j

- T-673 de 2013. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
Protección de pareja de hombres por discriminación de la policía de Barranquilla.
- T-372 de 2013. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
Visita íntima en la cárcel.

UNIDAD 3.2

ÁMBITO DE LA VIDA FAMILIAR O EN PAREJA

Og	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Reconocer y valorar las implicaciones que tiene la aplicación diferenciada del marco jurídico a personas con una orientación sexual e identidad de género normativa y la población LGBTI en los ámbitos individual, de la vida familiar o en pareja, educativo, penal, carcelario y conflicto armado.</p>
Oe	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none">• Reconocer los derechos fundamentales involucrados en la protección constitucional por razón de la orientación sexual, la identidad y expresión de género no normativas, la protección constitucional por razón de la orientación sexual, la identidad y expresión de género no normativas.• Realizar una interpretación sistemática del marco jurídico colombiano a partir de los parámetros establecidos por las sentencias de la Corte Constitucional al adoptar una decisión en relación con la protección de las familias conformadas por parejas del mismo sexo.

3.2 ÁMBITO DE LA VIDA FAMILIAR O EN PAREJA⁹⁷

Una parte del desarrollo de todo ser humano es tener la posibilidad de elegir o no a una persona para construir con ella una vida en común. Algunos instrumentos internacionales de derechos humanos han denominado esta decisión como el derecho a conformar una familia. Entre estos instrumentos se destacan los siguientes:

- El Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice que “1. [L]os hombre y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de matrimonio. [...] 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (Subraya fuera de texto)
- El Artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 afirma que “toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

Por su parte, el Artículo 42 de la Constitución Política de 1991, norma de normas del ordenamiento jurídico colombiano, establece que la familia puede conformarse por vínculos naturales o jurídicos y por la decisión libre de un hombre y una mujer de establecerla; dicho Artículo, por nombrar a las personas que tendrían la facultad de constituir una familia a través de denominaciones expresadas en singular, ha generado múltiples debates en relación con el reconocimiento de este derecho a las familias diversas que *de facto* han venido construyendo lesbianas, gay, bisexuales y personas trans.

En Colombia, la comprensión jurídica de que las personas denominadas bajo la sigla LGBTI tienen derecho a ejercer la opción vital de establecer una familia que a su vez merece gozar de protecciones legales, se ha dado exclusiva y paulatinamente por vía jurisprudencial a partir del año 2007 en relación con las parejas de personas que aparecen en el registro del estado civil con el mismo sexo. Año a partir del cual la Corte Constitucional ha avanzado en el reconocimiento jurídico de las familias diversas como una más de las opciones que se presentan en la naturaleza humana, y por lo tanto su existencia parte del ejercicio de la autodeterminación

97 Esta sección fue elaborada por Beldys Atilia Hernández Albarracín.

y libre desarrollo de la personalidad, sin que su diversidad les reste valor como parejas o como familia y les degrade a ser consideradas, por este sólo hecho, como nocivas para la sociedad o para la institución familiar. El Estado, a través de todos sus funcionarios, tiene la obligación de obrar de la forma en que mejor se vea el ordenamiento jurídico en su conjunto y mejor se garantice el ejercicio de los derechos; no bajo la perspectiva de una función ciega y predeterminada, que no responde a la necesidad de una inocultable realidad, sino a generalizaciones estereotipadas que a su vez son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales, de la intolerancia y de la discriminación.

Lamentablemente, el Congreso de la República en esta materia no ha dado hasta ahora el primer paso en la expedición de legislación que reconozca la realidad de esta parte de la población, la cual muchas veces es objeto de tratos discriminatorios por motivo de la orientación sexual de los miembros de la pareja que decidió fundar, a partir del ejercicio de su derecho a la libre autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, uno de esos denominados “núcleos fundamentales de la sociedad”.

Esta situación ha generado en las funcionarias y en los funcionarios judiciales incertidumbre sobre el “verdadero” alcance de las decisiones de la Corte Constitucional. Lo que ha hecho necesario que en este punto se aborden por separado cada una de las figuras de protección a las familias sobre las que ha existido un pronunciamiento constitucional. Se ha planteado de esta forma, en aras de servirles de apoyo práctico al momento de abordar un caso en el que una de las personas que conforman una pareja o ambas, acudan a él o ella solicitando la protección de su familia o de un derecho que le asiste en virtud de ésta, a través de la aplicación de determinada figura legal.

Es de señalar que los planteamientos que se desarrollarán a continuación en relación con cada una de las figuras legales de conformación y protección familiar, tendrán como eje la interpretación de la normatividad existente a partir de la dignidad humana, la igualdad y la libertad de todas las personas sin distinción por razones de sexo, identidad de género, orientación sexual u origen familiar.

3.2.1 UNIÓN MARITAL DE HECHO (UMH)

La UMH fue la primera figura jurídica del ámbito familiar frente a la que se solicitó extender su aplicación a las parejas del mismo sexo. Esto, por cuanto las relaciones establecidas en la realidad de manera espontánea por las personas LGBTI

no contaban en ese momento con ningún tipo de reconocimiento jurídico, y por ende no existía ningún tipo de protección para los miembros de parejas distinta de la derivada de una suerte de sociedad civil, que no respondía a las dinámicas propias de una relación familiar que comporta una entrega personal orientada a conformar una comunidad de vida y amor, basada en el afecto, la solidaridad, el socorro y la ayuda mutua. Esta era una situación de desprotección que permitía que existieran múltiples arbitrariedades relacionadas con el abandono y desamparo, sin consecuencias, de un miembro de la pareja a otro u otra.

Esta omisión legislativa, antes del año 2007, había sido denunciada⁹⁸ como inconstitucional, y aunque en esa oportunidad no se accedió a lo solicitado por el demandante, la Corte expresó que la protección constitucional de la persona en su plenitud, a la luz del derecho a la personalidad y a su libre desarrollo (CP, Arts. 14 y 16), comprendía, en su núcleo esencial, el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad; por supuesto, esto impedía al Estado interferir y dirigir el proceso humano libre de adquisición e interiorización de una determinada orientación sexual y conllevaba a que la protección de las autoridades a todas las personas y residentes en Colombia (CP, Art. 2) debía concretarse en el respeto a la libre opción sexual.

La Ley 54 de 1990, realizó el reconocimiento de un estatus jurídico a las familias conformadas de hecho, pero al estar limitada su aplicación de acuerdo a su tenor literal a la conformada entre un hombre y una mujer y ser el único referente normativo para las familias *de facto*, generó que se entendiera que solamente las parejas de diferente sexo podían gozar de reconocimiento legal, y trajo como consecuencia la exclusión de las parejas del mismo sexo de toda protección patrimonial o extrapatrimonial derivada de su vínculo afectivo, de solidaridad y convivencia.

En el año 2007, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-075, al reconocer el impacto negativo que la definición de la Unión Marital de Hecho irradiaba en el ordenamiento jurídico al limitarla a las parejas de diferente sexo, más allá de la conformación de una sociedad de bienes, resolvió declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990 “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”.

98 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2006. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esta decisión, en la aplicación y alcances, ha sido objeto de debate, de una parte se ha sostenido que con dicha sentencia sólo fue reconocido el derecho de las parejas del mismo sexo a declarar los derechos patrimoniales de sus uniones de hecho, y de otra, que fue un reconocimiento de protección integral de acuerdo con lo consagrado en dicha Ley y reglamentaciones derivadas de ésta, de tal forma que cualquier pareja indistintamente de su conformación podría acceder a la figura de la Unión Marital de Hecho para fundar una familia.

Posturas interpretativas que independiente de la que el o la funcionaria judicial decida acoger, deben ser analizadas de acuerdo con las consideraciones de la Corte Constitucional, no sólo en la sentencia C-075 de 2007, sino también en las posteriores referidas a la aplicación de ésta y la opción más garantista de los derechos humanos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.⁹⁹ Para ello, a continuación, siguiendo los pronunciamientos del tribunal constitucional, se abordará la aplicación de la Unión Marital de Hecho a las parejas del mismo sexo desde dos aspectos: su conformación y el régimen patrimonial aplicable.

3.2.2.1 CONFORMACIÓN

La Ley 54 de 1990 pretendió responder a los cambios que en la sociedad se habían venido presentando en relación con la conformación de “familias naturales” creadas principalmente por parejas heterosexuales. Para este tipo de relaciones las leyes no habían, hasta ese momento, dispuesto ningún mecanismo de protección, y era la realidad de una parte importante de la sociedad que reclamaba protección en favor de sus integrantes, en especial de mujeres y de sus hijos.¹⁰⁰ Esta realidad no podía continuar estando fuera del amparo del Estado de acuerdo con el principio de igualdad, equidad y mutuo respeto en el ámbito de las relaciones familiares.

Así, se convirtió en la primera norma que, aunque reconoce jurídicamente la existencia de las familias de hecho, al limitarla a las heterosexuales, reitera la exclusión de las familias diversas que continuaron formándose al margen de cualquier consideración legal, y que, sin embargo, tenían las mismas necesidades de las parejas de diferente sexo: la imposibilidad de exigir a uno de los miembros de la pareja el cumplimiento de obligaciones en relación con el otro o la otra, el

99 Constitución Política de Colombia, Artículo 93.

100 Exposición de motivos. Anales del Congreso N° 79 del 15 de agosto de 1988

desvalor del aporte de una persona a la creación de un patrimonio común, las dificultades probatorias de una sociedad comercial o civil, la complejidad de los procedimientos para su reconocimiento en los que no es relevante el vínculo afectivo.

La Corte en el 2007 considera que la Ley 54 de 1990 adolece de insuficiencia en relación con el objeto que le es propio, ya que tanto las parejas heterosexuales como las conformadas por personas del mismo sexo son “opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior”. Y señala la necesidad de entender que al proscribir toda discriminación en razón de la orientación sexual de las personas se comprenda a las personas LGBTI como sujetos con la posibilidad de fundar una familia: “[d]e este modo, el ordenamiento jurídico reconoce los derechos que como individuos tienen las personas homosexuales, pero, al mismo tiempo las priva de instrumentos que les permitan desarrollarse plenamente como pareja, ámbito imprescindible para la realización personal, no solo en el aspecto sexual, sino en otras dimensiones de la vida”¹⁰¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia sobre el caso de Atala vs Chile sostuvo que:

[L]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.¹⁰²

Dicho lo anterior, los mandatos que proscriben toda forma de discriminación y que señalan que todas las personas son iguales ante la ley conforman una unidad normativa de acuerdo con la cual debe entenderse que la discriminación de derecho o de hecho, consagrada en la redacción de las leyes o en su aplicación, está prohibida.

En Colombia, la jurisprudencia constitucional en relación con la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual, se ha desarrollado a partir de cuatro premisas: (i) la Constitución proscribe toda forma de discriminación en razón de la

101 COLOMBIA, Corte Constitucional sentencia C-075 de 2007.

102 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia caso Atala Ríffo y niñas vs Chile, 24 de febrero de 2012.

orientación sexual;¹⁰³ (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional para dar un tratamiento igual a unas y a otras;¹⁰⁴ (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento;¹⁰⁵ y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a al principio de necesidad.¹⁰⁶

Para sostener que el estatus jurídico de compañeros permanentes, originado en la Unión Marital de Hecho, no es aplicable a las parejas del mismo sexo, se debe mostrar que sin dicha diferencia no es posible que la norma en discusión cumpla con los fines para los que fue creada. Dichos fines no se agotan en el reconocimiento jurídico de las familias naturales, sino que buscan conjurar la desprotección en que se encontraban la mujer y las familias "naturales" a través de la regulación de la situación patrimonial surgida en este contexto en condiciones de igualdad; propósitos que son concordantes con las necesidades de protección de las parejas del mismo sexo, en relación con la posibilidad de acceso de uno de sus miembros como beneficiaria o beneficiario del sistema de seguridad social, el reconocimiento equitativo de los derechos patrimoniales sobre los bienes adquiridos por ambos durante su convivencia y en general a gozar de la protección del Estado debida a todas las formas de familia. Esta situación hace constitucionalmente inadmisibles la existencia de una diferenciación o limitación de la Unión Marital de Hecho en el caso de las parejas del mismo sexo, pues su aplicación en nada afecta la protección desplegada en favor de las familias heterosexuales ni contradice los fines con los que dicha normatividad fue establecida.

Negar a las parejas del mismo sexo el acceso al estatus jurídico reconocido a la Unión Marital de Hecho, limitándolo meramente a los efectos patrimoniales, constituye una forma de discriminación por orientación sexual, prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos, y una violación del derecho a la familia, que incluye tanto el hacer parte de una como constituirla. En la sentencia C-075 de 2007, dicho reconocimiento fue decantándose con más claridad en

103 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias T-097 de 1994, C-481 de 1998, T-268 de 2000.

104 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001, C-075 de 2007, C-029 de 2009.

105 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias C-098 de 1996, C-577 de 2011.

106 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-1043 de 2006.

posteriores sentencias, hasta que la T-717 de 2011 llega a expresar que no reconocer la relación familiar que mantuvo una persona con su compañero o compañera y que la misma quede consignada en su registro civil vulnera “su derecho al estado civil, que se deriva del reconocimiento de su personalidad jurídica y de la igualdad de todas las personas ante la ley, y por lo tanto se estaría negando su situación ante la familia y la sociedad en la que convive”¹⁰⁷.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de agosto de 2013, con ponencia del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, señaló que en relación con las parejas del mismo sexo, los requisitos para la conformación de la Unión Marital de Hecho son los mismos que en el caso de las parejas de diferente sexo: 1) una comunidad de vida, 2) la singularidad, y 3) la permanencia; es decir que sería ajena a la correcta interpretación de la Ley 54 de 1990 establecer una exigencia adicional o extraordinaria como lo es que la relación sea de público conocimiento, ya que esto, en palabras de la Corte Suprema, es producto de una hermenéutica que distorsiona los verdaderos alcances de las normas aplicables, que en ningún momento exigen la concurrencia de la notoriedad o publicidad del trato que se den los compañeros permanentes.¹⁰⁸

Avanzando con el reconocimiento del derecho que tienen las parejas del mismo sexo a acceder al régimen de protección establecido en la Ley 54 de 1990 en relación con la Unión Marital de Hecho, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de diciembre de 2015, estableció que el reconocimiento realizado en el año 2007 por la Corte Constitucional no sólo amparaba las uniones maritales desde la fecha de este pronunciamiento, sino que la protección era aplicable de manera retrospectiva, es decir que podía afectar a situaciones que se

107 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-717 de 2011.

108 COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia 5 de agosto de 2013. Expediente 7300131100042008-00084. M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Señala la Corte Suprema que “...de ninguna manera la notoriedad o publicidad del trato que como supuestos esposos se den los compañeros, tiene una incidencia en los requisitos denotados de comunidad de vida, permanencia y singularidad. [...] El mero hecho de que lo que se acostumbra es que ante los demás los compañeros permanentes se traten como esposos, ello no quiere decir que si no lo hacen pierdan tal connotación, quedando en un limbo el nexo que los une”. Esto, en razón a que “...nadie está obligado a enterrar a sus congéneres sobre la forma como se desenvuelven sus nexos familiares, ni a respetar patrones de comportamiento para ajustarse a condicionamientos morales, salvo que atenten contra la legalidad o el derecho de los demás, existiendo un amplio margen de autonomía en la forma como se interactúa entre los miembros del componente social”.

habían originado en el pasado siempre y cuando estuvieran en curso en el momento de entrar en vigencia la sentencia C-075 de 2007.¹⁰⁹

3.2.2.2 RÉGIMEN PATRIMONIAL

En relación con el régimen patrimonial, la sentencia más desatada de la Corte Constitucional es la C-075 de 2007, la cual no sólo fue la primera en reconocer la dimensión familiar de las personas LGBTI, sino que entendió la Ley 54 de 1990 como un conjunto integral e indivisible so pena de la inteligibilidad de sus disposiciones, expresando que “la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución”.

Este planteamiento constitucional se funda en lo siguiente:

- El reconocimiento jurídico de las relaciones económicas que surgen entre quienes optan por vivir en pareja, tiene gran relevancia en relación con la dignidad de la persona y con el libre desarrollo de la personalidad, al posibilitar la realización de un proyecto de vida en común en condiciones de dignidad.
- Se vulnera el núcleo esencial de la dignidad humana cuando a las personas se les impide expresa o tácitamente la posibilidad de construir autónomamente un modelo de realización personal como sería convivir con una pareja del mismo sexo.
- Existe un imperativo constitucional de garantizar un mínimo de protección a las parejas del mismo sexo, que obliga a garantizarles la realización de su proyecto de vida y ofrecer una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se puedan presentar cuando cese la convivencia.

109 COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Sentencia 14 de diciembre de 2015. Expediente 73001-31-10-002-2010-00026-01. M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Sostiene la Corte Suprema que “...frente a una cuestión jurídica que de alguna manera se presenta análoga a la que en su momento analizó la Corte para las parejas heterosexuales, la respuesta ha de ser igual; valga decir, que el reconocimiento contenido en la providencia C-075 de 2007 para las del mismo sexo, aplica retrospectivamente frente a lazos que persistieron aún luego de esa determinación”.

- Aplicar el régimen patrimonial establecido en la Ley 54 de 1990 exclusivamente a las parejas de diferente sexo, deriva en un déficit de protección para las parejas del mismo sexo.

A partir de estas consideraciones, la Corte Constitucional concluye que no hay razón que justifique la indiferencia del poder legislativo ante los eventos de desprotección que pueden enfrentar las parejas del mismo sexo, con el establecimiento de un régimen limitado a parejas de diferente sexo.

En este mismo sentido, en sentencia C-238 de 2011, en relación con la vocación hereditaria y la porción conyugal, de las que se encontraba excluido el compañero o compañera permanente del mismo sexo del causante, reconoció que la finalidad de dichas normas era la protección familiar, no el contrato de matrimonio, por lo que resolvió que, en consonancia con la evolución jurisprudencial, estas figuras debían cobijar a las familias unidas bajo la figura de la Unión Marital de Hecho sin que fuera relevante el sexo de sus integrantes.

A partir del 7 de febrero de 2007 debe entenderse que toda pareja que haya cumplido o cumpla con las condiciones previstas en la Ley 54 de 1990 indistintamente del sexo de sus integrantes, o si su relación comenzó antes de dicha fecha, puede acceder al régimen de protección allí dispuesto.

3.2.2 MATRIMONIO

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Un contrato para vivir</i></p> <p>Un día al acudir a la misma fiesta realizada por un amigo en común, André y Christ se conocieron. Esa noche estuvieron hablando de las cosas a las que se dedicaban y las que les gustaba hacer.</p> <p>Se sintieron tan cómodos hablando juntos que intercambiaron teléfonos y empezaron a encontrarse en otros espacios. Después de un tiempo comenzaron una relación amorosa y posteriormente pensaron en organizar sus vidas juntos.</p> <p>De acuerdo con lo anterior, por favor responda:</p> <p>1. ¿Cuáles son las opciones que tendrían para organizarse como familia?</p>
------------------	--

Ap

2. Si finalmente esta pareja, luego de considerar que a ninguno de los dos les gustan las opciones legales, deciden firmar un “contrato de convivencia” autenticado en notaría y con la firma de dos testigos, en el que se comprometen a respetarse, apoyarse y ser solidarios afectiva y económicamente entre ambos, como si se tratara de un matrimonio. ¿Podrían acudir a su despacho para solicitar el cumplimiento de estas obligaciones como familia en virtud del contrato celebrado?
3. Ahora, si se trata de una pareja de hombres o de mujeres, ¿las opciones cambiarían? ¿Por qué?

El ordenamiento jurídico y las parejas del mismo sexo

4. En Colombia las parejas del mismo sexo tienen los siguientes derechos:
 - a. Actualmente no tienen derechos por falta de regulación del Congreso de la República.
 - b. Tienen derecho a constituir uniones maritales de hecho.
 - c. Sólo tienen derechos patrimoniales y no pueden constituir Unión Marital de Hecho.
5. Las parejas del mismo sexo:
 - a. Según la sentencia C-577 de 2011 son una familia protegida por la Constitución.
 - b. Según el Artículo 42 de la Constitución, no son una familia.
 - c. Tienen los mismos derechos que las parejas de diferente sexo pero no son familia.
6. Respecto al matrimonio entre parejas del mismo sexo:
 - a. Los jueces pueden realizarlos con el fin de cumplir la sentencia C-577 de 2011.

<p style="font-size: 2em; font-family: cursive;">Ap</p>	<ul style="list-style-type: none"> b. Está constitucionalmente prohibido. c. Debe realizarse siempre un contrato solemne. <p>7. En relación con el registro del matrimonio entre una pareja del mismo sexo:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Sólo es posible registrarlo si se tiene un nuevo formato que tenga las opciones el/la cónyuge. b. Debe ser registrado en el Registro Civil. c. Es ilegal registrarlo en el Registro Civil.
---	---

En la sentencia C-577 de 2011, se reconoció expresamente y sin ningún condicionamiento que las parejas del mismo sexo al igual que las parejas heterosexuales eran una familia, ya que la característica esencial de una familia no es la heterosexualidad, la relación de consanguinidad, ni la capacidad reproductiva, sino el afecto, el respeto y la solidaridad que dan origen a un proyecto de vida en común. Esta característica se encuentra en las uniones formadas por personas del mismo sexo o de diferente sexo.

De ahí que, a partir de esta sentencia, quede zanjada la discusión que se había generado entre algunos operadores jurídicos desde el 2007 en relación con la limitación de la protección de las parejas del mismo sexo a los aspectos patrimoniales de la Unión Marital de Hecho. Como toda familia, las uniones de parejas del mismo sexo, deben ser protegidas integralmente, tanto así que el acceso a esta protección no puede limitarse a la figura de la Unión Marital de Hecho, sino que es necesario que puedan acceder a una forma contractual que les dé un mayor grado de formalización y protección como el matrimonio.

La Corte, en sentencia C-577 de 2011, decidió que la alusión expresa del matrimonio entre personas de sexo diferente no implicaba la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. Adicionalmente, dijo que la protección constitucional al matrimonio heterosexual, no puede entenderse como la desprotección de las otras formas de familia a través de una institución contractual.

Así, al cumplirse el plazo de dos años dado al Congreso para expedir una ley que permitiera a las parejas del mismo sexo acceder a una figura contractual formal para constituir su familia, sin que dicha ley haya sido aprobada, las parejas

del mismo sexo en ejercicio de su derecho fundamental a formalizar y solemnizar la "voluntad responsable de conformar una familia" (Art. 42, CP), de acuerdo con la ley civil vigente, quedaron habilitadas para acceder al matrimonio civil.

Las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio civil. Esta afirmación se deriva de la interpretación más constitucional del punto resolutivo N°. 5 de la sentencia C-577 de 2011, como fue ratificado en la sentencia SU-214 de 2016 al declarar, por un lado, que "los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica", y por otro, al establecer expresamente que la sentencia aplica a a todas las parejas del mismo sexo que con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013 cumplan con los siguientes puntos:

- i. hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual;
- ii. hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil;
- iii. habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo;
- iv. en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil, ora ante Jueces Civiles Municipales, ora ante Notarios Públicos, o ante los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces.¹¹⁰

Las razones jurídicas que soportan estas decisiones parten de reconocer que la interpretación jurídica es evolutiva y como tal se adapta a los contextos que plantea la realidad. Una interpretación sistemática basada en el '*derecho viviente*' y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quieranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad.¹¹¹

110 Corte Constitucional, sentencia, SU-214 de 2016, Resuelve.

111 *Ibidem*.

En palabras de la Corte Constitucional:

Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste.

Ahora bien, con respecto a las dificultades que desde el 20 de julio de 2013 se habían planteado jueces y notarios al momento de decidir cómo cumplir con la orden quinta¹¹² de la sentencia C-577 de 2011, de formalizar y solemnizar las uniones de parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional señaló que la respuesta se encontraba en la aplicación de las subreglas constitucionales¹¹³ que a continuación se relacionan:

3. Subreglas constitucionales

La resolución de los diversos problemas jurídicos pasa por aplicar las siguientes subreglas constitucionales, referentes a los siguientes temas:

3.1. El derecho a contraer matrimonio civil en condiciones de dignidad, libertad e igualdad

- El paradigma del Estado Social de Derecho se funda sobre el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Los poderes públicos encuentran en ellos la fuente de su legitimidad y, a su vez, el límite material a sus actuaciones.

112 “Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual” C-577 de 2011.

113 Las referidas subreglas constitucionales encuentran su fundamento en los siguientes elementos interpretativos: (i) el lenguaje como relación de poder. Determinación del significado de la palabra “matrimonio”; (ii) en la actualidad, la sexualidad y la procreación son fines mas no elementos esenciales del matrimonio; (iii) avances del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en el derecho comparado; (iv) los derechos fundamentales de las personas y las parejas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (v) en virtud de los principios de dignidad humana, libertad individual e igualdad, todo ser humano puede contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual; (vi) efectos jurídicos de considerar, equivocadamente, que las uniones solemnes realizadas entre parejas del mismo sexo son contrato civil, pero no matrimonio (identificación del trato discriminatorio); y (vii) los jueces civiles que celebraron matrimonios entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al 20 de junio de 2013, actuaron de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en ejercicio de su autonomía judicial. SU-214 de 2016.

- Toda persona es digna, libre y autónoma para constituir una familia, sea en forma natural (Unión Marital de Hecho) o unión solemne (matrimonio civil), acorde con su orientación sexual, recibiendo igual trato y protección bajo la Constitución y la ley.
- Los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual.

3.2. Existencia de un trato discriminatorio entre parejas heterosexuales y del mismo sexo en materia de celebración de matrimonio civil

- Los contratos innominados, mediante los cuales se pretende solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo, dada su precaria naturaleza jurídica, no suplen el déficit de protección identificado en la Sentencia C-577 de 2011.

3.3. Ejercicio de funciones judiciales, notariales y registrales en materia de matrimonio entre parejas del mismo sexo

- Los Jueces de la República, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil, al momento de adoptar sus respectivos actos judiciales, notariales o registrales, deben asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acordándoles a todos igual trato.
- Vencido el plazo fijado por la Corte en su Sentencia C-577 de 2011 (20 de junio de 2013), la ausencia de regulación en materia de unión marital solemne entre parejas del mismo sexo, fue colmada mediante la aplicación del numeral 5° de aquella, y en consecuencia, los Jueces civiles que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo, fundándose para ello en una aplicación analógica del ordenamiento legal vigente y en el respeto de la dignidad humana, actuaron conforme a la Constitución y dentro del ámbito de su autonomía judicial.
- Los Registradores del Estado Civil no pueden negarse a inscribir en el Registro Civil un matrimonio celebrado por una pareja del mismo sexo.
- Los Notarios Públicos deben celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo.

- Un juez de la República incurre en un defecto por violación directa de la Constitución cuando anula un matrimonio igualitario, alegando la existencia de un error sobre la identidad de género de uno de los contrayentes.

3.4. Funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación en relación con la formulación de acciones de amparo

- La Procuraduría General de la Nación carecía de legitimación activa para instaurar unas acciones de tutela, destinadas a evitar la celebración de unos matrimonios entre parejas del mismo sexo, alegando la aplicación de la Sentencia C-577 de 2011, del orden jurídico y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.¹¹⁴

Ahora bien, en la actualidad las parejas del mismo sexo en Colombia pueden tener uno de los siguientes vínculos:

Tipo de vínculo	Características	Autoridades	Cómo tratarlos
Contrato solemnes o uniones solemnes	Es un contrato innominado que así indique que se rige por las mismas reglas de un matrimonio, no es un acto que afecte el estado civil de una persona, no puede modificar normas de orden público como lo son las del matrimonio.	Notarías	En la sentencia SU-214 de 2016, se señala que son discriminatorios, y en virtud de su efecto <i>inter pares</i> , ordena a los notarios acceder a la celebración de los matrimonios civiles.
Cuasi matrimonios	Es un híbrido que señala que la unión se da con las mismas obligaciones de un matrimonio pero que no se llama	Juzgados	En estos casos también se negó el matrimonio civil debido a la orientación sexual. Situación

¹¹⁴ SU-214 de 2016.

Tipo de vínculo	Características	Autoridades	Cómo tratarlos
Cuasi matrimonios	matrimonio. Figura que no afectaría el estado civil como lo ha mencionado la Registraduría Nacional del Estado Civil; no otorga el mismo nivel de protección del matrimonio y los asuntos relacionados con éste no pueden ser discutidos ante la jurisdicción de familia.		semejante a las abordadas en la sentencia SU-214 de 2016, así que la actuación a seguir también sería acceder a la solicitud de matrimonio.
Matrimonios	Se celebran matrimonios con los mismos derechos y obligaciones que para las parejas heterosexuales, en aplicación de los principios constitucionales, por considerar que es la única figura existente en el ordenamiento jurídico que permite conjurar el déficit de protección de las parejas del mismo sexo.	Juzgados y Notarías	Reconocimiento en igualdad de condiciones que un matrimonio entre personas de diferente sexo.
UMH	Cuando las personas acuden a casarse les dicen que la figura para que se "case" una pareja del mismo sexo es la Unión Marital de Hecho. Con lo que se desconoce la orden constitucional que señala que	Notarías	Aclarar que es una forma de conformar familia pero no es un matrimonio. La pareja si así lo desea puede celebrar un matrimonio civil.

Tipo de vínculo	Características	Autoridades	Cómo tratarlos
UMH	las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual. Desconociendo además la voluntad de las parejas.		
Declaraciones extrajudiciales	Son otra de las opciones que no responden a las necesidades de las parejas. Ya que les informan que su convivencia y derechos de familia pueden derivarse de una declaración extrajudicial; con la cual no es posible acceder a los mecanismos de protección familiar sino únicamente al Sistema General de Seguridad Social.	Notarías	No sirve como declaración de la existencia de la constitución de la Unión Marital de Hecho ni del matrimonio. La pareja debe acudir a los medios establecidos por la ley para cada una de estas figuras.

Como lo ha expresado la Corte Constitucional¹¹⁵, juezas, jueces, notarías y notarios, tienen la obligación de dar cumplimiento a la orden quinta de la sentencia C-577 de 2011 y en su función de formalizar el vínculo contractual entre las parejas del mismo sexo que así lo solicitan cumplen funciones jurisdiccionales, que deben desarrollar en el marco de sus competencias, según las posibilidades que la Constitución y la ley les brindan para ejercer su oficio que sólo permiten aplicar la figura del matrimonio civil a las parejas del mismo sexo, máxime si se considera que una actuación respetuosa de la buena fe, debe observar la confianza legítima

115 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias C-577 de 2011, T-444 de 2014, SU-214 de 2016.

que la sentencia C-577 de 2011 generó en los ciudadanos que deseaban unirse en matrimonio y constituir familia. Esto generó una expectativa legítima en la parejas con el fin de que las opciones que les ofrecen las funcionarias y los funcionarios para “casarse” tengan el mismo nivel de protección que el matrimonio; no obstante, las figuras diferentes a éste no existen en el ordenamiento jurídico colombiano o su nivel de protección es inferior, y lo que hacen es trasladar a las ciudadanas y a los ciudadanos el problema jurídico que representaba para algunas instituciones y funcionarios del Estado, la aplicación de la sentencia C-577 de 2011.¹¹⁶

De hecho, la Registraduría Nacional del Estado Civil, en concepto enviado a la Corte Constitucional en abril del año 2014, señaló que de acuerdo con sus funciones constitucionales y el Decreto 1260 de 1970 entre los actos y hechos sujetos a la inscripción en el Registro Civil sólo figura el matrimonio. De ahí que la función registral obliga a inscribir en el Registro Civil únicamente las actas de matrimonio nacionales o extranjeras, contrario a lo que sucede con los otros tipos de figuras.¹¹⁷

3.2.3 FILIACIÓN

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>El desarrollo científico</i></p> <p>Los desarrollos científicos han facilitado que las personas realicen cosas que anteriormente no se creían posibles debido a las limitaciones de la anatomía humana, por ejemplo volar, tener conversaciones simultáneas con personas ubicadas en diversos puntos de la geografía mundial y sí, tener hijos sin necesidad de tener una relación sexual, a través de técnicas de reproducción asistida. Técnicas a las que cada vez más personas acuden para concebir sus hijos ya sea solas o acompañadas por sus parejas de diferente o del mismo sexo.</p>
------------------	---

¹¹⁶ La Corte Constitucional en sentencia C-314 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra se refirió al principio de confianza legítima al referirse a cambios en la legislación.

¹¹⁷ Registraduría Nacional del Estado Civil, concepto dirigido al Magistrado de la Corte Constitucional Jorge Ignacio Pretelt, 23 de abril de 2014, radicado 033183 dentro del radicado T-4 167, 863AC, y circular número 36 de 2016.

Ap

- ¿Está usted de acuerdo con este tipo de procedimientos?
- ¿Consideraría mejor la opción de la adopción para estas personas que desean tener hijos?
- ¿Cuál es la diferencia entre la adopción y la presunción de filiación?
- Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, ¿cree que el acceso a este tipo de tratamientos está vinculado con el ejercicio de algún derecho?
- ¿Qué derechos tendrían los niños y niñas fruto de estos procedimientos?
- ¿Quiénes estarían obligados a responder por ese hijo o hija?
- ¿Cómo se fijarían los vínculos filiales?
- ¿Cuál es el medio idóneo para garantizar los derechos de esas niñas y niños?

Ha dicho la Corte Constitucional que la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia. Esta interpretación no se aparta de la comprensión literal del Artículo 42 y es el resultado de una interpretación evolutiva que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, que conduce a precisar los valores y principios constitucionales.

La filiación es considerada un derecho constitucional fundamental por ser parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, constituido por los atributos de la personalidad, de los cuales el nombre y principalmente el estado civil, están ligados de manera inescindible a la filiación. Este derecho es prevalente, en el caso de los niños, ya que su establecimiento les permite disfrutar de todos los derechos derivados de la condición de hijo, el derecho a alimentos, el

derecho a heredar y los derivados de la condición de padre o madre. La filiación “[a]l ser un atributo de la personalidad, se convierte en un derecho fundamental pues el artículo 14 de la Constitución Política establece ‘Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica’”¹¹⁸, la cual está ligada con la dignidad humana, pues supone la posibilidad de ser identificado ante la sociedad.

De acuerdo con la legislación colombiana, el vínculo jurídico que un niño o niña puede tener con sus padres o madres varía según la situación jurídica dentro de la cual se haya dado su nacimiento o su llegada a la familia, por lo que puede ser: extramatrimonial, cuando su nacimiento se ha dado sin que entre sus padres o madres se haya pretendido establecer una familia y el vínculo con ellos se origina en virtud del reconocimiento voluntario o su declaración judicial a través de un proceso de investigación de la filiación; matrimonial, cuando la filiación surge de la aplicación de una presunción legal por haber constituido sus padres o madres un vínculo familiar sea a través del matrimonio o la Unión Marital de Hecho;¹¹⁹ o civil, cuando el parentesco tiene origen en un trámite de adopción.

Dicho lo anterior, es claro que el objetivo principal de la filiación es establecer la situación de un menor de edad en la familia y la sociedad para determinar las personas a quienes son exigibles en primera instancia la garantía y protección de los derechos de las niñas y niños, con independencia del origen de los componentes biológicos aportados en su concepción.

En el caso de las parejas del mismo sexo, la posibilidad de establecer una doble filiación materna o paterna ha sido reclamada por la realidad de las familias existentes, y discutida por quienes, invocando el “interés superior del menor”, han llegado a sostener que niños y niñas tienen derecho a tener una familia tradicional compuesta por padre y madre.

No obstante, la mera invocación del deber de protección del interés superior de los niños no es, en sí mismo, suficiente para la concesión de todas las solicitudes. Para invocar el interés superior de los niños y las niñas se deben cumplir las características y criterios señalados por la jurisprudencia constitucional:

118 Corte Constitucional C-109 de 1995, reiterada en T-641 de 2001.

119 Artículo 213 del Código Civil, modificado por la Ley 1060 de 2006: “el hijo concebido durante el matrimonio o durante la Unión Marital de Hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”.

[E]l interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.¹²⁰

Esto con el fin de evitar que los derechos de las niñas, niños y adolescentes sean instrumentalizados con el fin de responder a intereses personales que a la final terminan desconociendo los derechos prevalentes que se deben proteger.

En sentencia C-071 de 20015 la Corte Constitucional en un esfuerzo por sistematizar el concepto del “interés superior del menor” planteó los siguientes parámetros para identificar cuándo puede verse involucrado el interés superior del menor y con base en ellos orientar el análisis y resolución de casos puntuales:

(i) En cuanto a las condiciones jurídicas que caracterizan el interés superior del menor, se refieren a aquellas pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio *pro infans*). Algunas de estas son las siguientes:

- Garantía del desarrollo integral del menor.
- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.
- Protección ante riesgos prohibidos.
- Equilibrio con los derechos de los padres. Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores “no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes”, sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los

120 Corte Constitucional sentencia T- 408 de 1995. M. P Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en la sentencia C-273 de 2003 M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.

- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.
- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales.

(ii) En cuanto a las condiciones fácticas, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares "la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión"¹²¹.

Por ejemplo, esta corporación ha advertido que "en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado"¹²². En esa medida, ante una reposada valoración de las condiciones fácticas, "resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente [...]", sobre todo si se tiene en cuenta que "la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable"¹²³.

En relación con el derecho de las niñas y los niños a tener un padre y una madre, aducido de manera recurrente por los sectores para los que no es de recibo una composición familiar distinta de la establecida en torno a una pareja de diferente sexo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Atala Riffo y niñas vs Chile consideró que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege

121 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-804 de 2009. M. P. María Victoria Calle. La Corte declaró exequible el requisito de idoneidad física como condición para adoptar, previsto en el Artículo 68 del Código de la Infancia y de la Adolescencia.

122 Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994 M. P. Antonio Barrera Carbonel.

123 Corte Constitucional, Sentencia T-442 de 1994. La Corte amparó los derechos fundamentales de un menor, porque en un proceso de custodia el Juzgado de Familia no tuvo en cuenta los elementos probatorios acopiados, dejándolo en una situación indescada y creando el riesgo de causarle secuelas psicológicas irreversibles.

sólo el modelo “tradicional” de tal forma que el concepto de vida familiar debe abarcar otros lazos familiares de facto donde las partes tienen vida en común y que el argumento sobre “la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia”¹²⁴.

La Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013) precisa que el interés superior del niño tiene tres dimensiones: como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento¹²⁵. De tal forma que los Estados tienen la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño en todas las instituciones, incluidos los órganos legislativos y tribunales. Respecto de estos últimos dispone que en las decisiones relativas a la custodia, residencia, visitas y los procedimientos de adopción, entre

124 Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Atala Riffo vs Chile, 24 de febrero de 2012.

125 Comité de los Derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El Artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

otros, “los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente”¹²⁶.

Ahora bien, en relación con el Artículo 42 superior, la Corte Constitucional ha sostenido que su contenido no está en contradicción con los derechos de las parejas homosexuales. En la sentencia C-577 de 2011 expresó que el principio democrático no puede avalar “un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría”, y 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”¹²⁷; así mismo, en relación con la filiación señaló que “tratándose de los hijos, no procede aplicar el mismo régimen al que están sometidas las relaciones de pareja, ya que en materia de filiación rige un principio absoluto de igualdad”¹²⁸ (Subrayado fuera de texto).

De tal forma que la filiación debe entenderse antes que como un derecho de los padres o de las madres, como un derecho de los niños y niñas a tener claridad sobre sus relaciones familiares y la posibilidad de reclamar a quienes desempeñan el rol de padres o madres el cumplimiento de sus obligaciones legales con ellos o ellas, respectivamente. En el caso de las niñas y niños que llegan a una familia compuesta por personas del mismo sexo, sea por una relación heterosexual previa, un tratamiento de reproducción asistida o un proceso de adopción, la filiación se puede establecer por la vía civil (adopción individual, consentida o conjunta) o por la presunción de “paternidad” contenida en el Artículo 213 del Código Civil.

Aunque podría sostenerse que la Constitución en su Artículo 42 no contempla los vínculos familiares con los hijos habidos en una familia por parejas del mismo sexo, sino únicamente los habidos por un hombre y una mujer, se debe señalar que dicha interpretación obedece a una lectura segmentada del Artículo 42, pues en ninguna parte del texto constitucional se encuentra una exclusión o diferenciación relativa a la filiación de los hijos o hijas en virtud del sexo de los integrantes de la pareja que decidió procrearlos. Por el contrario, de su lectura se evidencia

126 Comité de los Derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.

127 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

128 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza.

la inclusión y reconocimiento de la diversidad en la constitución de la familia destacando la libertad y la igualdad en su conformación, tanto frente a la pareja como en relación con los hijos habidos por ésta, ya sean procreados naturalmente o con asistencia científica, reiterando que independientemente de la forma en que hayan sido tenidos los hijos, estos gozarán de iguales derechos y deberes.

Esta situación, como se verá más adelante en relación con la adopción y el registro de hijos o hijas de parejas del mismo sexo, ha sido respaldada por la Corte Constitucional¹²⁹ al reconocer que negar la posibilidad de establecer la doble filiación materna o paterna, desconoce el interés superior de los niños, reitera estereotipos e imaginarios sobre las parejas del mismo sexo, desconoce el derecho reproductivo de sus miembros a acceder a los avances científicos y avala la indiferencia legal frente a los hijos o hijas de estos por motivo de su composición familiar. Al mismo tiempo, esto va en detrimento de los derechos de las y los menores, pues los deja en una condición de total desprotección en relación con uno de los miembros de la pareja que conformó la familia a la cual pertenece, además de que les priva de la posibilidad de pertenecer a una familia en contravía de la finalidad de la figura jurídica de la filiación cuyo fin último es evitar la incertidumbre acerca de las relaciones familiares.

3.2.3.1 ADOPCIÓN

El Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, establece las normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, a través de las cuales busca garantizar el ejercicio de los derechos y libertades que les son reconocidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Normas que son de orden público, de carácter irrenunciable y preferente frente a las disposiciones contenidas en otras leyes, salvo aquellas de rango constitucional.

La adopción es entendida como una medida de protección para los menores de edad que establece de manera irrevocable, la relación paterna o materna filial entre personas que no la tienen, lo que en la práctica conlleva el establecimiento de una verdadera familia con los mismos derechos y deberes existentes entre padres, madres e hijos unidos por sangre.

129 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias SU-617 de 2014, SU-696, C-071, C-683 de 2015.

Es importante señalar que la adopción, justo por su finalidad de conformación familiar, no puede tratarse simplemente como una medida de protección más, sino que por este hecho comporta una especial relevancia constitucional, "pues además de contribuir al desarrollo pleno e integral del menor en el seno de la una familia, hace efectivos los principios del interés superior del niño, de protección y prevalencia de sus derechos, tal como lo ordena el artículo 44 supremo"¹³⁰.

Por esto, la posibilidad de establecer por adopción la filiación entre un niño, niña o adolescente con una persona LGBTI independiente de si la persona acude solo, en pareja o tiene un vínculo con el o la menor de edad, ha sido objeto de varios pronunciamientos; a los que se hará referencia a continuación. Se presentarán los aspectos más destacados en relación con cada una de las opciones de adopción en el caso de las personas con orientación sexual diversa.

3.2.3.1.1 ADOPCIÓN INDIVIDUAL

El pronunciamiento constitucional que orienta la adopción individual, de personas con una orientación sexual diversa a la heterosexual, de un niño o niña con el que no existe ningún vínculo jurídico, es la sentencia T-276 de 2012 en la que se estableció:

- La preferencia sexual de una persona no es en sí misma motivo suficiente para negar o revocar una adopción.
- La adopción de medidas de restablecimiento debe estar precedida de un examen integral de la situación en que se halla el niño o la niña, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos.
- Se debe demostrar la existencia de un riesgo o una amenaza a la salud integral de la menor o el menor de edad sujeto de la adopción y el nexo causal entre ésta y la orientación sexual del o la adoptante.
- Es un deber en estos procesos tener en cuenta la opinión de los niños y niñas al momento de adoptar una decisión en relación con la adopción.

En relación con estas premisas, resulta oportuno recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que los riesgos que pueden correr

¹³⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-477 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

las y los menores de edad en relación con sus derechos fundamentales, se deben determinar “a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios”¹³¹ (subrayas fuera de texto), y tampoco puede servir de sustento para la restricción de un derecho la posible discriminación social que podrían sufrir los menores de edad por motivo de la orientación de sus padres o madres, aun si ésta fuera constatada, ya que es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad. El interés superior del niño o niña no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una persona por su orientación sexual.

3.2.3.1.2 ADOPCIÓN CONSENTIDA O COMPLEMENTARIA

La adopción consentida, así como la adopción en general, tiene como objeto fundamental sustituir o suplir la inexistencia de un vínculo filial materno o paterno, es decir, permitir que un niño, niña o adolescente tenga en su registro civil de nacimiento dos padres, madres o un padre y una madre, así no tengan un vínculo de sangre entre ellos. En principio la figura de la adopción sólo es viable, o bien cuando se han agotado y han fracasado los procedimientos para la conformación del vínculo filial con los progenitores, o cuando nunca se conformó el vínculo filial.¹³² El aspecto que identifica la adopción consentida es que en ésta sólo se busca establecer un único vínculo filial de un menor de edad en relación con uno sólo de los miembros de la pareja que formaron una familia, con posterioridad a la decisión reproductiva que le dio origen, razón por la cual no existe entre el adoptivo y adoptante ningún vínculo distinto a los lazos afectivos que hayan surgido en virtud del cotidiano compartir.

131 Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Atala Riffo vs Chile, 24 de febrero de 2012.

132 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia SU617 de 2014. “Por esta razón, todas las hipótesis de adopción suponen la carencia de uno o dos de los vínculos filiales originales, en el entendido de que la figura opera esencialmente como un mecanismo de protección de los menores que sustituye la carencia de las relaciones paternidad o maternidad del niño: así, cuando el menor no ha establecido nunca la relación filial o la ha perdido por causas naturales, la adopción suple este vacío; cuando opera en virtud de la propia renuncia del padre o madre, la correspondiente manifestación de voluntad tiene como efecto fundamental la extinción del vínculo[33]; y finalmente, cuando se encuentra antecedida de una declaratoria de adoptabilidad, el correspondiente acto estatal extingue el parentesco entre el padre o madre biológica y el hijo[34]. De este modo, el presupuesto fundamental de toda forma y modalidad de adopción es la carencia de la relación filial, y su finalidad básica fundamental consiste en suplir esta carencia”.

En sentencia SU-617 de 2014, la Corte Constitucional se pronunció ante una decisión que declaró improcedente la solicitud de adopción presentada por una pareja de mujeres lesbianas con fundamento en que la solicitante y la adoptante son del mismo sexo. Resolvió que impedir la adopción con la única razón de que el o la adoptante es del mismo sexo que el padre o madre biológico que va a conservar el vínculo, vulneraba el derecho de una pareja a conformar libremente su familia en el marco de la autonomía de la voluntad, y del interés superior de los niños, al punto de que llegó a las siguientes conclusiones:

- La diferencia fáctica entre las parejas homosexuales y heterosexuales es relevante en el contexto de la adopción.
- Se pueden comprometer los derechos constitucionales de los niños, cuando el Estado se abstiene de reconocer jurídicamente las relaciones de afecto y solidaridad, sólidas y estables, entre niños que tienen una única filiación, y los compañeros permanentes del mismo sexo de su progenitor o progenitora.
- Es al padre o madre biológica a quien en el ejercicio de la custodia le corresponde definir los sujetos con los que su hijo o hija entablará relaciones personales y las personas que permitirá se inserten en el núcleo familiar.
- La defensa de la institución familiar no se materializa por vía de la intrusión sistemática en sus asuntos y problemáticas internas, sino a través del reconocimiento general de su capacidad de autodeterminación y autorregulación.
- Impedir el establecimiento de la filiación a través de la adopción consentida, deja sin fuerza vinculante las relaciones familiares frente a los derechos y obligaciones que un vínculo parental comporta.
- La falta de reconocimiento jurídico del vínculo afectivo que se ha formado con el consentimiento del padre o madre biológico, y que redundan en beneficio del menor, se traduce en un déficit de protección del niño que amenaza el goce efectivo de sus derechos.

En la sentencia C-071 de 2015¹³³, en la que en sede de constitucionalidad la Corte resolvió declarar exequibles las normas de adopción,¹³⁴ en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación están incluidas las parejas del mismo sexo.¹³⁵ En

133 Corte Constitucional sentencia C-071 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

134 Ley 1098 de 2006, Artículo 66, numeral 5 y Artículo 68, numeral 5.

135 "cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente"

las consideraciones de la Corte se destacan los criterios que deben ser valorados para resolver conflictos asociados al derecho de los menores para establecer una familia, en particular para establecer vínculos de filiación.¹³⁶

1. Derecho a tener una familia. La que no puede limitarse a la tradicional de padre, madre e hijos, sino que debe entenderse de manera amplia incorporando aún a personas no vinculadas por lazos de consanguinidad pero sí de afecto, solidaridad y protección.
2. Reconocimiento del vínculo familiar. El cual no es exclusivo de la familia biológica sino que comprende la familia de hecho o de crianza, lo que conlleva que el derecho a tener una familia incluya diversas estructuras familiares.
3. Deber de intervención del Estado en casos de riesgo o abandono. Sólo en las ocasiones que la familia en la que el o la menor se encuentra no es el medio adecuado para su desarrollo puede el Estado intervenir con el fin de suplir las carencias que padece el menor, debiendo actuar de acuerdo a cada circunstancia.
4. Necesidad de proteger los lazos familiares. Es un deber del Estado proteger los vínculos familiares consolidados previamente, so pena de llegar a generar una situación de desarraigo en el menor que afectaría su derecho a tener una familia.
5. Prevalencia relativa de los vínculos de consanguinidad. Si bien la familia biológica goza de una presunción en su favor, eso no significa que esté "privilegiada" sobre otras estructuras familiares; ya que todas merecen la misma protección constitucional.
6. Intervención excepcional del Estado en vínculos familiares establecidos. Sólo ante la existencia de razones poderosas que comprometan la integridad o desarrollo armónico e integral del menor podrá el Estado afectar dichos vínculos, teniendo la obligación en estos casos de determinar los efectos que pueda ocasionar su actuación en el menor.
7. Protección de vínculos con cuidadores en situación especial. Es en estos casos el Estado debe actuar para velar por la protección del menor sin desconocer

136 Corte Constitucional sentencia C-071 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, argumento 6.10.

los derechos de su cuidador o cuidadora, y procurando mantener los vínculos familiares.

8. Pérdida de lazos naturales de filiación. En estos casos la medida de protección que correspondería es la adopción en aras de restablecerle el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.
9. Diversidad de la estructura familiar otorgada por el Estado. Si bien es el legislador el primer llamado a fijar las condiciones y requisitos de las estructuras familiares, señala que las conformadas por parejas del mismo sexo no pueden por ese sólo hecho “ser objeto de un tratamiento diferencial discriminatorio o en general que no se encuentre razonablemente justificado”.

Luego de la expedición de las sentencias antes citadas, no cabe duda que las parejas del mismo sexo casadas o en unión marital de hecho pueden acceder a la adopción consentida o complementaria para establecer el vínculo familiar de los hijos o hijas biológicas de uno de sus miembros con la persona que no lo tuviera. En atención a que cuando el Estado se abstiene de reconocer las relaciones familiares entre niños que tienen una única filiación, y el compañero o compañera permanente, esposo o esposa del mismo sexo de su progenitor, con quien este último comparte la crianza, el cuidado y la manutención del menor de 18 años, desvirtúa los lazos de amor, respeto, socorro, entre otros construidos durante años en dicho núcleo familiar, afectando a todas las personas integradas en el hogar y en “detrimento del derecho a conformar libre y responsablemente una familia” y de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, dado que “la falta de reconocimiento jurídico del vínculo familiar, amenaza el derecho constitucional fundamental reconocido en el artículo 44 de la Constitución a no ser separados de su familia”¹³⁷.

3.2.3.1.3 ADOPCIÓN CONJUNTA

La jurisprudencia constitucional en aras de mantener viva y actualizada la constitución política de acuerdo con el contexto social y jurídico en el que se aplica cada norma, ha venido en relación con las personas LGBTI, ampliando los reconocimientos legales a sus derechos y desvirtuando prejuicios en relación con

137 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

el impacto negativo y de transmisión que la orientación sexual de una persona pueda tener en otra de acuerdo con su edad.

Esta manera de comprender la realidad ha permitido que en el año 2015¹³⁸, la Corte Constitucional, con base en evidencia científica¹³⁹ y en la reafirmación del interés superior y prevalente de las y los menores de edad, indistintamente de creencias aisladas y particulares de un sector mayoritario de la población, resolviera declarar que las niñas, niños y adolescentes en situación de abandono pueden ser adoptados por parejas del mismo sexo que hayan conformado una familia de acuerdo con las disposiciones y requisitos establecidos por la ley. Reiterando que:

- La Constitución y numerosos instrumentos internacionales asignan al Estado el deber de garantizar a los niños, especialmente a aquellos en situación de abandono, el derecho fundamental a tener una familia.
- Hacer parte de una familia es condición para el ejercicio de otros derechos fundamentales de los y las menores.
- La orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar.

“La Corte reitera que la orientación sexual de una persona no está asociada ni puede confundirse con la “idoneidad moral” como requisito para adoptar, puesto que lo relevante es el interés superior del menor y la capacidad de brindar las condiciones para su desarrollo armónico e integral en entorno adecuado y estable”¹⁴⁰.

138 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

139 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, argumento 8.2, en el que se pueden revisar los diferentes conceptos que tuvo en cuenta la Corte para sostener que la evidencia científica indica que la adopción por parejas del mismo sexo no compromete ni afecta el interés superior del menor, entre estos se destaca el del área de psicología del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- que entre otros dijo: “*Aunque los hijos de padres gay y lesbianas pueden ser molestados por sus pares dada la orientación sexual de sus padres (tal como pueden experimentar otros niños por su raza o cualquier otro factor), esas molestias no ocasionan graves dificultades en el ajuste de los menores*”.

140 *Ibíd.* Argumento 8.3.

- Desde la perspectiva de la protección al interés superior del niño, la ley debe entenderse como neutra al sexo de las parejas y a la orientación sexual de quienes las conforman.
- El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia se puede hacer efectivo brindándoles cualquiera de los tipos de familia que se encuentran constitucionalmente reconocidos, bien sea de aquellas conformadas por vínculos jurídicos, de las que surgen por vínculos naturales, o de las que se conforman por la voluntad responsable de sus integrantes.
- No existe evidencia que de manera concluyente indique que los y las menores sufran o puedan sufrir algún tipo de afectación en su desarrollo armónico e integral por el hecho de ser adoptados o crecer en el entorno de una familia conformada por parejas del mismo sexo.
- No son admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre el impacto que presuntamente puedan tener en menores de edad determinadas características personales de los posibles padres o madres.
- Impedir que un niño o niña tenga una familia por el simple hecho de la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, niña o adolescente a tener una familia, compromete otros de sus derechos fundamentales y afecta injustificada, irrazonable y desproporcionadamente su interés superior.
- Los derechos de los niños y niñas deben ser protegidos por el juez o jueza al margen de la decisión de las mayorías políticas, en particular su derecho a integrar una familia y no ser separado de ésta.
- Cualquier proceso de adopción debe siempre tener como eje el interés superior del o la menor y estar dirigido a garantizarlo, así como a restablecer sus derechos.
- Las dudas y temores acerca de si la sociedad está preparada para asumir esta decisión no se disipan negando una inocultable realidad sino enfrentando sus desafíos.
- Toda distinción que se pretenda hacer por motivo de la orientación sexual de una persona o pareja, para que no se constituya en discriminación debe señalar expresamente los criterios razonables y objetivos que la justifican.

De acuerdo con esto, la Corte Constitucional concluye que al aplicar el principio del efecto útil del Derecho¹⁴¹ a las normas de adopción conjunta¹⁴² y en virtud del interés superior del menor, en dicha regulación están *“comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia”*¹⁴³.

3.2.3.2 REGISTRO DE NIÑOS Y NIÑAS COMO HIJOS O HIJAS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

La familia como institución básica de la sociedad ha estado sujeta a un conjunto de transformaciones derivadas del cambio social contemporáneo y de los avances científicos en materia reproductiva que han posibilitado la concepción más allá de las relaciones sexuales¹⁴⁴ y han llevado a que el modelo de familia tradicional nuclear y heterosexual, no pueda imponerse como la única merecedora de protección. Avances recogidos por la Constitución Política de 1991 cuando consagró en el Artículo 42, inciso 6^o¹⁴⁵ la igualdad de derechos y deberes entre los hijos concebidos naturalmente o con asistencia científica.

Las configuraciones convencionales en el ámbito del sistema universal de derechos humanos y las adecuaciones constitucionales han ampliado su marco de protección a esta diversidad de organizaciones familiares. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño defiende la inclusión de las diversas configuraciones y estructuras familiares reconociéndolas como entornos adecuados para la crianza y constitución de la identidad de los niños. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

[...] diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto este puede variar. [...] La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo

141 Según el cual “el juez está llamado a leer la norma jurídica en el sentido en que produzca efectos, no en el que la haga inane”, de modo que “entre dos sentidos posibles de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro no, debe preferirse necesariamente el primero” Corte Constitucional, sentencia C-1017 de 2012, reiterada en sentencia C-683 de 2015.

142 Ley 1098 de 2006, Artículo 64, 66 y 68, numerales 3 y 5. Ley 54 de 1990, Artículo 1 parcial.

143 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

144 Bernal. 2013. Reproducción asistida y filiación. Tres casos.

145 “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.

“tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.¹⁴⁶

Nuestro ordenamiento jurídico no es la excepción, ya que su punto de partida no es la carencia de derechos, sino el reconocimiento general de las personas como titulares de todos los derechos humanos con independencia de características particulares como el sexo o el origen familiar, y por ende es deber del Estado proteger y garantizar que éstas puedan ejercerlos. Para abordar el establecimiento de la filiación matrimonial o marital, la defensa integral de la institución de la familia sólo se puede materializar a través del reconocimiento general de la capacidad de autodeterminación y autoconfiguración de todos los tipos de familia, incluida la conformada por parejas del mismo sexo.

La diversidad en la conformación familiar unida a los avances científicos en relación con las técnicas de reproducción humana asistida, han permitido que dos personas del mismo sexo puedan decidir conjuntamente tener hijos o hijas tras acudir a procesos de inseminación artificial. Hijos o hijas que tienen derecho a que —sin consideraciones acerca de la capacidad reproductiva de la pareja al interior de la cual fueron concebidos— su situación familiar sea reconocida social y jurídicamente a través de la consignación de su realidad familiar en el registro civil de nacimiento, sin recibir un trato diferenciado por motivo de su forma de concepción o su origen familiar.

Como ya se ha dicho, los derechos de los niños son de carácter prevalente. Por tanto es obligación del Estado, la sociedad y la familia preservar su desarrollo armónico e integral mediante la garantía del ejercicio pleno de sus derechos.¹⁴⁷ Una institución orientada a la protección de estos derechos es el registro civil de nacimiento, pues este reconoce la personalidad jurídica de los niños, les concede derechos y obligaciones frente al Estado, y es condición para la materialización de otros derechos fundamentales.¹⁴⁸

146 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. 24 de febrero de 2012.

147 Constitución Política, Artículo 44.

148 En este caso, la negativa a proceder con el registro civil de nacimiento de los niños/as peticionarios desconoce sus derechos fundamentales a la dignidad humana (Art. 1 CP), igualdad y no discriminación (Art. 13 CP), reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14 CP); el derecho de los niños a la vida, integridad física, salud, seguridad social, a tener un nombre y una

El Art. 90 del Código Civil establece que la personalidad jurídica de las personas naturales comienza con el nacimiento, y el Art. 94 declara que tal derecho termina con el hecho jurídico de la muerte. En armonía con esto, el Decreto 1260 de 1970, “[p]or el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas”, consagra que “[e]l estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”¹⁴⁹. Por lo anterior, resulta innegable que el registro civil de nacimiento, primer acto del estado civil en la vida de una persona, debe corresponder con la composición de la familia en la que la persona que se inscribe fue concebida.

En ese orden, el reconocimiento por parte del Estado colombiano de las familias, diversas a la heterosexual, en relación con la filiación de sus hijos se concreta en la expedición del Registro Civil de Nacimiento conforme a la estructura de su familia en aplicación de la presunción consagrada en el Artículo 213 del Código Civil.¹⁵⁰ Dicha presunción se encuentra cubierta desde dos perspectivas: una el principio de buena fe establecido constitucionalmente, y otra tiene que ver con la existencia de acciones judiciales para su reclamación.

Adicionalmente, el registro civil de nacimiento es el único instrumento jurídico mediante el cual se prueban las relaciones filiales, a partir del cual una niña o niño puede exigir la garantía de sus derechos a: la salud en calidad de beneficiaria o beneficiario de sus madres o padres; que se le reconozca su vocación hereditaria en caso de muerte de uno o ambos miembros de la pareja que participó en la decisión reproductiva; recibir por intermedio de sus madres o padres la garantía plena de su derecho a la educación; tener el acompañamiento y orientación de sus progenitoras o progenitores;¹⁵¹ la protección de su identidad y sus relaciones

nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y al amor, la educación y la cultura (Art. 22 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Esta garantía también se encuentra reconocida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 3) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14).

149 Decreto 1260 de 1970, Art. 1.

150 El Artículo 213 del Código Civil, modificado por la Ley 1060 de 2006 en su Artículo 1. *El nuevo texto es el siguiente: El hijo concebido durante el matrimonio o durante la Unión Marital de Hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.*

151 Convención sobre los derechos del niño. Artículo 5.

familiares sin injerencias ilícitas;¹⁵² permanecer con su familia;¹⁵³ residir en el domicilio de sus cuidadoras o cuidadores legales; tener una vida privada sin ataques ni injerencias arbitrarias¹⁵⁴, entre otros.

Cabe señalar que estos casos no pueden confundirse con los de adopción, pues se trata de dos formas de filiación (matrimonial o marital y civil) sustancialmente distintas: en la primera el niño o niña nace al interior de una familia previamente conformada por dos personas que decidieron conjunta y responsablemente acudir a un proceso reproductivo con el fin de tener una hija o un hijo; por su parte, la adopción requiere la inexistencia de uno o ambos vínculos con las personas que participaron en la decisión reproductiva, y lo que hace es incorporar a un tercero a una familia previamente constituida. De tal forma que cuando las parejas del mismo sexo, casadas o en unión marital de hecho, tienen un hijo o una hija producto de un tratamiento de inseminación artificial, éste, desde el momento de su nacimiento, cuenta con ambos vínculos filiales, sin que haya razón para sustituir, suplir o adecuar forzosamente alguno de ellos en hipótesis que le son ajenas, sino únicamente proceder a su consignación en el documento dispuesto para ello, el registro civil de nacimiento.

Se reitera, entonces, que en estos casos se debe descartar su análisis a la luz de la adopción, ya que el nacimiento de los niños y niñas es producto de la decisión autónoma y responsable de la pareja de ser padres o madres mediante un procedimiento de reproducción asistida, forma de concepción avalada y protegida constitucionalmente en el Artículo 42 que establece que los hijos procreados con asistencia científica gozarán de los mismos deberes y derechos que los procreados naturalmente.

Admitir una distinción o un trato diferenciado en este caso particular, tampoco sería adecuado desde el punto de vista constitucional, porque abordar el problema jurídico desde la óptica de la relación entre un una niña o niño y sus madres o padres supone condicionar su derecho a la personalidad jurídica a una indagación sobre la forma en que fueron concebidos y sobre el origen de su familia, lo cual atenta gravemente con el principio constitucional de igualdad entre los hijos sin importar la forma en que fueron procreados, consagrado en el Artículo 42 de la Constitución Política; el derecho a la intimidad personal y familiar contenido en el

152 Convención sobre los derechos del niño. Artículo 8.

153 Convención sobre los derechos del niño. Artículo 9.

154 Convención sobre los derechos del niño. Artículo 16.

Artículo 15 de la Constitución; y el derecho a la no discriminación por el origen familiar, previsto en el Artículo 13.¹⁵⁵

Ante la negación de la inscripción de dos padres en el registro civil de nacimiento, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-696 de 2015, sostuvo que:

- Los argumentos para negar el registro de los menores obedecen a una interpretación tradicional y heterosexual de la familia, que aunque se encuentra plenamente protegida por la Constitución, no es la única unión familiar amparada.
- La diferenciación realizada en virtud del “vacío nominal” del formato del registro civil de nacimiento de los hijos e hijas de las parejas del mismo sexo vulnera de manera patente el derecho a la igualdad.
- La falta de registro de los hijos biológicos de las familias diversas, configura una consecuencia del déficit de protección que sufren éstas.
- La interpretación formalista que la autoridades aplicaron al formato del registro civil constituye una abierta contradicción con el espíritu de las decisiones del tribunal constitucional para subsanar ese déficit de protección y amparar los derechos y e intereses superiores de los niños y niñas.¹⁵⁶

Así, el operador del registro civil tiene la obligación de registrar los nacimientos de todos los niños y todas las niñas con la información de su familia de origen independiente del sexo de la pareja que la conforma, sin que tenga facultad discrecional ni valorativa alguna para este acto o la posibilidad de efectuar estimaciones de juridicidad o la exigencia de requisitos adicionales, que para el caso de las parejas del mismo sexo podrían tener origen en el cuestionamiento

155 El Artículo 16 de la Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, dispone: 1. ningún niño 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 a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. Por su parte, el Código de la Infancia y la adolescencia en su Artículo 33 dispone: los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad.

156 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia SU-696 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de la capacidad reproductiva de una familia conformada por éstas o la veracidad de la declaración de su filiación que, valga la pena señalar, nunca realizaría en el caso de una pareja heterosexual. Es de señalar que la norma que regula lo concerniente a dicho acto¹⁵⁷ no contempla como requisito la diferencia de sexos o la capacidad reproductiva de la pareja, lo que es claro en la circular 024 de 2016 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuando indica que los requisitos para inscribir en el registro civil de nacimiento a dos madres o dos padres son los mismos que para inscribir a una pareja heterosexual.

En conclusión, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y teniendo como eje la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes las familias diversas tienen reconocimiento jurídico y pueden gozar de la protección del estado. De esta manera, se fomenta el ejercicio de una maternidad y paternidad responsables en las familias conformadas por dos padres o dos madres y sus hijos, a través de un matrimonio o unión marital de hecho (filiación matrimonial y marital) o de lazos generados a raíz de la inclusión de un tercero en el núcleo familiar (filiación civil).

3.2.4. CUSTODIA Y PATRIA POTESTAD DE NIÑOS Y NIÑAS

La Ley 1098 de 2006, en desarrollo del carácter prevalente y superior consagrado por la Constitución a los Derechos de las Niñas y de los Niños estableció, junto con los derechos reconocidos a todas las personas con independencia de su edad, tres derechos específicos referidos a las relaciones entre estos y sus padres: el derecho a no ser separado de su familia,¹⁵⁸ el derecho a la custodia y el cuidado personal¹⁵⁹ y el derecho de protección,¹⁶⁰ último derecho que incluye ampararlos del abandono físico, emocional y psicoactivo de sus padres.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*, declaró al Estado chileno responsable de la violación de los derechos a la igualdad y no discriminación, a los derechos de las niñas, el derecho a la vida privada, el derecho a la honra, a la dignidad y a la protección familiar, entre otros, por retirarles a una madre la custodia de sus hijas

157 COLOMBIA, Decreto 1260 de 2970, por medio del cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas.

158 COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1098 de 2006. Artículo 22.

159 *Ibid.* Artículo 23.

160 *Ibid.* Artículo 20.

aduciendo como justificación el hecho de ejercer su orientación sexual lésbica al decidir convivir con una mujer en el mismo hogar en el que convivía con sus hijas. La Corte IDH sostuvo lo siguiente:

- Cualquiera sea el origen o la forma que asuma un tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos es *per se* incompatible con ésta. Y por lo tanto, en el caso colombiano, en virtud de bloque de constitucionalidad, inconstitucional.
- El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.
- En abstracto, el “interés superior del niño” es un fin legítimo, pero no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido si no se prueban en concreto los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas.
- El interés superior del niño tampoco puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o del padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos, por lo que la función pública no puede considerar esa condición social como elemento para decidir sobre la custodia.
- No es aceptable determinar la capacidad e idoneidad parental para garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño o niña a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre el impacto que la orientación sexual de su madre pueda tener en sus hijas.
- Un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede justificar la privación de un derecho, ya que esto conllevaría la legitimación de esta discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad.
- Para justificar la limitación de derechos fundamentales en virtud del interés superior de los niños y niñas por la orientación sexual de uno o ambos de sus padres, le impone a la autoridad o persona el deber de probar que su actuación no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.
- Exigirle a la madre que posponga su proyecto de vida y familia para que sus hijos o hijas estén con ella, implica utilizar una concepción “tradicional” sobre

el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas, renunciando a un aspecto esencial de su identidad.

Bajo esta perspectiva, en el año 2011 en el ordenamiento jurídico nacional se incluyó la Ley 1482 de 2011 que sanciona como delito los actos de discriminación, y los define como aquellos actos que impidan, obstruyan o restrinjan el pleno ejercicio de los derechos en razón, entre otras de la orientación sexual.

Recientemente, la Corte Constitucional¹⁶¹, en un caso contra una providencia judicial que aprobó un acuerdo de conciliación que impedía a la madre ver a sus hijos si tenía relación con una persona de su mismo sexo, señaló que este tipo de actuaciones constituyen una violación directa de la Constitución por desconocer los derechos fundamentales a conformar una familia y no ser separado de ella, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la madre. Con esto, se reitera la importancia de que los jueces y juezas tengan en cuenta en sus decisiones el principio de interpretación conforme con la Constitución y de no discriminación. Es decir que no es admisible que se impongan limitaciones al desarrollo de la vida afectiva de un padre o una madre por motivo de su orientación sexual.

Madres reclusas

Este marco jurídico cobra especial importancia en el caso de mujeres reclusas, ya que debido a la privación de su libertad el ejercicio de sus derechos se encuentra en gran medida restringidos y sometidos a las normas propias de este tipo de sanción por la comisión de un ilícito establecidas en el Código Penitenciario y Carcelario, así como por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

Al revisar si al permitir que los niños y niñas hijos de madres reclusas estuvieran en el establecimiento penitenciario violaba la constitución, la sentencia C-157 de 2002 la Corte Constitucional, sostuvo que todo menor de edad debía estar bajo la custodia de sus padres, pues se presupone que eso es lo que más se ajusta al interés superior del niño; su excepcional separación sólo puede fundarse en la misma razón que la regla, es decir, ésta debe darse cuando, precisamente, sea lo que más promueve el interés superior del niño. De tal forma que si estar con la madre en la cárcel es inadecuado debido a las condiciones de dichos establecimientos, el

161 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-252 DE 2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

Estado es quien tiene el deber de generar unas condiciones que no expongan los derechos de los y las menores ni les pongan en peligro.¹⁶²

Constitucional y legalmente es inadmisibile la privación de un hijo o hija y de la compañía de su madre por motivo de su orientación sexual, independientemente de si ésta se encuentra privada de la libertad o no, ya que no puede trasladarse a los menores o a ella la responsabilidad por la posible discriminación social o las condiciones de reclusión, frente a las que existe el deber de actuación en cabeza del Estado. Esta premisa, en virtud del derecho a la igualdad, también debería aplicarse en el caso de los padres.

3.2.5. VIVIENDA FAMILIAR

Como ha sido expuesto, los reconocimientos a las parejas del mismo sexo se han dado en una línea de constante evolución, en la medida en que se avanza en la comprensión de que la complejidad del desarrollo de la vida en comunidad y los fines perseguidos con el establecimiento de relaciones familiares no difiere sustancialmente entre una pareja heterosexual y una conformada por personas LGBT o I, salvo en el nivel de discriminación del que pueden ser objeto por motivo del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta situación ha requerido que la Corte Constitucional reconozca la existencia de un déficit de protección caso por caso y exhorte al Congreso de la República para que regule los “vacíos” de protección legal en los que las parejas del mismo sexo han quedado a merced de la arbitrariedad.

Ejemplo de esto son los diferentes aspectos que a partir de este subtema se empiezan a abordar referidos, ya no tanto a la complejidad y abstracciones que jurídicamente puede tener el reconocimiento de la calidad de familia o los vínculos jurídicos a través de los cuales se unen los diferentes miembros de la familia (pareja e hijos), sino a su trascendencia en las situaciones prácticas del desarrollo de la vida familiar.

162 En la sentencia en mención (C-157 de 2002) la Corte Constitucional concluyó que *“la decisión sobre el ingreso y la permanencia del menor en la cárcel es en principio de los padres. Impedir que éste ingrese a la cárcel o exigir que sea separado de su madre corresponde al Juez de Familia, no a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. En los casos en que exista desacuerdo entre los padres respecto a si el menor debe o no vivir con su madre, la decisión corresponde a dicho funcionario judicial, consultando el interés superior del menor”*.

Ap

La cotidianidad de la vida

Antes de continuar con el desarrollo del módulo, y con el fin de mejorar la comprensión del impacto que cada decisión de la Corte Constitucional ha tenido en la vida de una persona LGBTI, se sugiere realizar una lista de las actividades que ha tenido o quisiera usted realizar al decidir conformar una familia.

Aquí se presentan una lista de preguntas que buscan apoyarle en la elaboración de la lista:

1. ¿El matrimonio, la unión marital de hecho o la simple voluntad de unirse?
2. ¿Pactar la existencia o no de la sociedad conyugal o patrimonial?
3. ¿Cómo distribuiría los gastos y oficios familiares?, ¿alguno de los miembros de la pareja se quedaría en casa? Si fuera usted, ¿tendría derecho a algo?
4. ¿Radicarse en su lugar de residencia, en el de su pareja o en un lugar intermedio?
5. ¿Adquirir una vivienda conjuntamente o rentarla?
6. ¿Quisiera acceder a algún beneficio o protección del Estado para el patrimonio que llegue o haya adquirido en familia?
7. ¿Ha contemplado qué opciones legales esperaría tener en caso de separarse de su pareja?
8. Si su pareja le agrede, ¿tendría protección legal?

Ahora pregúntese: ¿cómo se sentiría si no pudiera elegir entre varias opciones las respuestas a estas preguntas?, ¿alguna de las respuestas variarían si supiera que la legislación no ha considerado su opción legalmente? Si las opciones que

Ap

ha elegido fueran ajenas al ordenamiento jurídico y cuando usted acudiera a un funcionario o funcionaria judicial le dijeran que la ley no les permite ayudarle, ¿cómo se sentiría?

Situaciones como estas han tenido que enfrentar las parejas del mismo sexo desde su conformación, inseguridades por no saber hasta qué punto la opción que han elegido será protegida, si existe una posibilidad real de protección o por qué si su elección está protegida por la Constitución, no es posible aplicar en su caso algunas leyes.

El reconocimiento jurisprudencial del carácter de familia a las parejas del mismo sexo, es un gran avance pero no basta con esto, pues requiere que su comprensión como familia trascienda en la aplicación de los instrumentos de protección que el legislativo ha diseñado para las familias y que tradicionalmente sólo han protegido a las conformadas por parejas heterosexuales, entendiendo los textos legales como derecho vivo al servicio de la sociedad en que se aplican y conforme a la finalidad con que fueron previstos, so pena de negar a las personas el acceso a la justicia.

Legislativamente, en procura de proteger a la familia, núcleo fundamental de la sociedad, en relación con la garantía de una vivienda, se diseñaron tres figuras¹⁶³ que se concentran en el apoyo a la economía y patrimonio de la familia para que ésta cuente con lo necesario para desarrollarse. Debido a la redacción legislativa limitada a la familia compuesta por un hombre y una mujer, no estaban siendo asequibles para las parejas del mismo sexo, dejándoles por fuera de esta protección legal. De ahí que fue necesario que la Corte Constitucional en sentencia C-029 de 2009, abordara la finalidad de cada una de estas figuras.

3.2.5.1. SUBSIDIO DE VIVIENDA¹⁶⁴

El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en aras de proporcionar un

163 Subsidio de vivienda, patrimonio de familia y afectación a vivienda familiar.

164 Ley 3 de 1991

alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, del que como reconocimiento del vínculo de solidaridad y la relación especial que existe entre los cónyuges o compañeros permanentes puede disfrutar la pareja. El subsidio familiar de vivienda, como su nombre lo indica, se desarrolla alrededor de la definición de familia y busca corregir desigualdades sociales a través del ofrecimiento de sistemas de financiación para la adquisición de vivienda de interés social.

3.2.5.2. PATRIMONIO DE FAMILIA¹⁶⁵

El patrimonio de familia busca poner a salvo el patrimonio de terceros, dándole el carácter de inembargable a un inmueble indistintamente de que aparezca registrado a nombre de uno de los cónyuges o compañeros o de ambos.

3.2.5.3. AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR¹⁶⁶

La afectación a vivienda familiar pretende poner a salvo al cónyuge o compañero no propietario y a sus hijos de los actos de disposición del cónyuge propietario, pues éste puede llegar a afectar el derecho a una vivienda digna del que las demás personas miembros del grupo familiar son titulares. Por esta razón, no sólo hace inembargable el inmueble, sino que también limita los actos de disposición a la suscripción de ambos miembros de la pareja.

La Corte Constitucional concluyó que de las previsiones sobre la protección y apoyo a la vivienda familiar, atienden a la necesidad de proteger un patrimonio o la vivienda de quienes han decidido realizar un proyecto de vida en común en calidad de pareja, sin que exista una razón para justificar una diferencia de trato entre las familias independientemente del sexo de sus integrantes, evidenciando que la exclusión de las parejas del mismo sexo del ámbito de aplicación de estas figuras afecta los derechos de éstas a la igualdad, a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y a la vivienda digna.

Este tipo de consideraciones obligan a declarar la constitucionalidad condicionada de estas figuras ampliando su protección, en igualdad de condiciones, a las parejas del mismo sexo.

165 COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 70 de 1931.

166 COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 258 de 1996.

3.2.6. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

El derecho u obligación de prestar alimentos, según el extremo de la relación en que una persona se ubique, ha sido definido por la Corte Constitucional como “aquel que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios”¹⁶⁷. De esto, se destaca que la obligación alimentaria se radica por ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.¹⁶⁸

Para que surja la obligación alimentaria deben darse tres condiciones: “i) la necesidad del beneficiario; ii) la capacidad del obligado para brindar la asistencia prevista en la ley, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia, y iii) el especial deber de solidaridad que existe entre uno y otro en atención a sus circunstancias recíprocas”¹⁶⁹; estas condiciones son independientes y ajenas a la orientación sexual de los integrantes de la pareja.

El régimen legal de protección de la obligación alimentaria está integrado por el Artículo 411 del Código Civil y el Artículo 233 del Código Penal, Ley 599 de 2000, normatividad que define, en cabeza de quien está la obligación, la persona acreedora y la sanción en que incurre cuando no se cumple con esta obligación, puesto que al estar relacionada con la subsistencia del alimentado, su incumplimiento afecta el mínimo vital y queda íntimamente ligado con la vigencia de derechos constitucionales fundamentales.

Sobre la obligación alimentaria que les asiste a las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional se ha pronunciado en dos oportunidades: la primera¹⁷⁰ sobre el delito de inasistencia alimentaria; la segunda¹⁷¹ sobre la obligación civil de prestar alimentos. En ambos pronunciamientos, esta corporación señaló que la finalidad de la obligación alimentaria no se limita a la protección de la familia, sino que incluye la aplicación del principio de solidaridad y equidad, propósitos que no exigen para su realización la exclusión de la pareja del mismo sexo dentro del ámbito de protección de la norma.

167 COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-092 DE 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

168 COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-919 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

169 Corte Constitucional sentencia C-029 de 2009.

170 Corte Constitucional sentencia C-798 de 2008.

171 Corte Constitucional sentencia C-029 de 2009.

A partir de estas sentencias la Corte, en relación con los derechos y obligaciones entre las parejas del mismo sexo, establece:

- Una doctrina coherente, consistente y reiterada, en virtud de la cual el déficit de protección de las parejas homosexuales en materia patrimonial no encuentra justificación constitucional alguna y debe ser corregido de conformidad con lo establecido por el Artículo 13 de la Constitución.
- La interpretación sistemática de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005 y la sentencia C-075 de 2007, no arroja ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, independiente de su orientación sexual.
- La interpretación sistemática del numeral 1 del Artículo 411 del Código Civil no arroja ninguna duda sobre el alcance de dicha disposición y su aplicación a las parejas heterosexuales u homosexuales, siempre que reúnan las condiciones establecidas por la ley.
- La obligación alimentaria hace parte del régimen patrimonial de las uniones de hecho y por tanto debe ser regulado de la misma manera en el ámbito de las parejas homosexuales y de las parejas heterosexuales.
- El dato sobre la sexualidad de las personas no puede ser utilizado para diferenciar una pareja de otra salvo alguna poderosa razón fundada en objetivos constitucionales imperativos.
- No se encuentra una finalidad imperiosa por la que deba dejarse a los miembros más débiles de las parejas del mismo sexo sin la protección reforzada que se confiere a los miembros más débiles de las parejas heterosexuales.

El asunto de los alimentos es otro aspecto en el que, como se ha visto, las parejas del mismo sexo comparten necesidades de protección análogas con las parejas heterosexuales, sin que el cobijo que se realice de las familias diversas, afecte o riña con la existencia y protección de la familia tradicional.

3.2.7. DERECHOS POLÍTICOS DE CARÁCTER MIGRATORIO

En este subtema se abordarán los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en relación con el derecho que tiene una pareja a que en virtud del establecimiento formal de su vínculo familiar, uno de sus miembros pueda residir

o domiciliarse en Colombia o en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En relación con esos derechos, sólo se cuenta con la sentencia C-029 de 2009, en la que la Corte Constitucional expresa que para determinar si una diferencia de trato resulta discriminatoria, se debe establecer: i) si los supuestos de hecho son asimilables; ii) indagarse sobre la finalidad del tratamiento diferenciado; iii) si esa finalidad es razonable y, por consiguiente, constitucionalmente admisible; iv) indagar sobre la adecuación del medio a los fines perseguidos; v) establecer si se satisface el criterio de la proporcionalidad¹⁷², señalando también que en los casos que no se trate de situaciones asimilables o no se observe una razón que justifique el trato diferente no hay lugar a realizar este análisis.

3.2.7.1. RESIDENCIA EN EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA¹⁷³

Debido a la expresa previsión constitucional sobre el control de densidad poblacional, en el Archipiélago de San Andrés y Providencia, esta normatividad restringe el derecho de las personas a fijar su domicilio en cualquier lugar del territorio nacional.

No obstante, en aras de proteger la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad de los residentes en las islas a conformar libremente una familia, la legislación permite que las parejas de estos residentes puedan establecer su residencia allí. Contexto y objetivo que en nada se diferencia de la situación que vive una pareja del mismo sexo, pero que el desconocimiento y negación de esta posibilidad, sí afecta de manera grave las opciones vitales de quienes decidan conformar parejas homosexuales, sometiéndoles a solicitar el reconocimiento de dicho derecho con base en un criterio distinto que no resulta razonable ni proporcional y por lo tanto es inadmisibile constitucionalmente.

172 Corte Constitucional sentencia C-530 de 1993, reiterada en C-029 de 2009.

173 Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

3.2.7.2. NACIONALIDAD POR ADOPCIÓN EN FAVOR DE LOS CÓNYUGES Y COMPAÑEROS PERMANENTES¹⁷⁴

La norma que establece la posibilidad de que el cónyuge, compañero o compañera permanente pueda adquirir la nacionalidad colombiana, busca dar una protección integral a la familia y reconoce la autonomía de las personas para establecer vínculos afectivos que cuando adquieren determinadas características se les atribuyen efectos en el ámbito de la nacionalidad.

Finalidad que a la luz del análisis constitucional revela que las parejas con indiferencia del sexo de sus integrantes presentan situaciones asimilables en relación con el ejercicio de su autonomía para crear relaciones familiares y su deber de protección, sin que se evidencie en la norma razón alguna diferente al hecho de la orientación sexual que justifique la exclusión de su aplicación a las parejas del mismo sexo. Esta justificación, al estar basada en una categoría sospechosa, no es admisible constitucionalmente.

De manera general, la Corte Constitucional establece, que si bien es comprensible la omisión legislativa, ya que al momento de la producción de estas normas en el contexto social y jurídico la realidad de las parejas del mismo sexo y su necesidad de protección no había sido visible ni reconocida, dicha circunstancia no justifica que ante la vigencia actual de dichas leyes, sus textos se sigan aplicando con indiferencia y desconocimiento de los principios constitucionales de dignidad de la persona humana, igualdad y solidaridad, en virtud de los cuales las parejas del mismo sexo aparecen como acreedoras de un nivel equivalente de protección y hacen que la única interpretación admisible de esos preceptos normativos sea su aplicación en igualdad de condiciones a las parejas del mismo sexo.

Adicionalmente, en relación con los derechos migratorios, la facultad discrecional de la autoridad en esta materia está condicionada por la prevalencia de los derechos constitucionales¹⁷⁵, dado que en los casos en que esté de por medio el

174 Ley 43 de 1993, por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral séptimo del Artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

175 Corte Constitucional, sentencia T-959 de 2000. *"La facultad discrecional administrativa invocada por la División de Visas del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra a partir de la vigencia de la Carta de 1991, condicionada por la prevalencia de los derechos fundamentales, mucho más cuando se trata como en el caso sub judice, de la protección de la unidad familiar como eje central de la sociedad"*.

derecho a la conformación de la familia, la autoridad “se encuentra en la obligación, a la luz de los preceptos de orden superior, de examinar las condiciones concretas y específicas de la solicitud de Visa para el ingreso de ciudadanos extranjeros a nuestro país, de manera tal, que se garanticen efectiva e inmediatamente los derechos fundamentales que se han mencionado”¹⁷⁶.

Así que no es posible impedir el ingreso o estadía de un extranjero o nacional en el territorio sin consultar los postulados constitucionales. En particular, en el caso de la solicitud de migración para cónyuges o compañeros permanentes, las autoridades tienen el deber de ponderar la situación para proteger y salvaguardar de manera prevalente la integridad de la unidad familiar, consagrada en el Artículo 42 de la Constitución Política con indiferencia de la orientación sexual o identidad de género de los integrantes de la pareja.

3.2.8. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El Artículo 229 del Código Penal y la Ley 294 de 1996¹⁷⁷, junto con las normas que las han modificado o reformado, conforman el régimen de protección desarrollado por el legislador para la violencia que se presenta al interior de las familias. En este marco normativo, si bien no se hace alusión expresa a las parejas heterosexuales, la interpretación habitual de las expresiones “cónyuges” y “compañeros permanentes” las restringía a las familias conformadas por parejas de diferente sexo, omitiendo toda consideración sobre si la ampliación de la cobertura a las familias de las parejas del mismo sexo era compatible y permitía el alcance de los fines propuestos con esta legislación.

A través de dicho conjunto de normas, el legislador ha buscado proteger el ámbito familiar de situaciones de violencia física o psicológica que puedan presentarse en su interior, incluyendo no sólo a la pareja, sino también a las personas que integran permanentemente la unidad doméstica. Al ser ignoradas cuando se presentan en el ámbito de las parejas homosexuales, estas circunstancias dan lugar a un déficit de protección por desconocer una realidad familiar que “puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia”¹⁷⁸ heterosexual. Dicho déficit amerita que la Corte Constitucional establezca

176 Ibidem.

177 Por la cual se desarrolla el Artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

178 Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009.

expresamente que estas expresiones deben aplicarse, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo y las familias constituidas por éstas.

3.2.9. INDEMNIZACIONES DEL SOAT¹⁷⁹

La aplicación de la regulación del funcionamiento del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, y en particular la definición de los beneficiarios de las indemnizaciones por muerte a parejas del mismo sexo, requirió también un pronunciamiento de la Corte Constitucional que hiciera evidente la importancia de la aplicación de las leyes a partir de su interpretación sistemática que atienda a su finalidad y al impacto que tienen en las relaciones personales, teniendo especial atención en revisar si con su aplicación se está instaurando una diferencia de trato justificable constitucionalmente.

Frente a esta norma, como en casos anteriores el tribunal constitucional señaló que su finalidad, de fijar con fuerza legal los beneficiarios del SOAT en el caso de muerte de la víctima, no pugna con el reconocimiento en calidad de beneficiarios a los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes de las parejas del mismo sexo por cuanto es evidente que la afectación que sufren como consecuencia del siniestro allí contemplado no se distingue de la que enfrentan los miembros sobrevivientes de las parejas heterosexuales.

3.2.10. NO INCRIMINACIÓN PENAL

Las normas¹⁸⁰ que contemplan la exoneración del deber de declarar, denunciar o formular queja contra el compañero permanente en los procesos de carácter sancionatorio de tipo penal, penal militar y disciplinario, a pesar de reproducir el contenido del Artículo 33 constitucional, estaban generando que las parejas del mismo sexo pudieran ser forzadas a desconocer los vínculos de solidaridad y lealtad que las unían.

A pesar de tratarse de una reproducción de un texto constitucional, la Corte, en ejercicio de su función de vigilancia de la integridad y supremacía de la constitución, consideró que en este caso se trataba de revisar si la interpretación tradicional dada al alcance legal de la expresión “compañero permanente”,

179 Artículo 244 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

180 Artículos 8, 282, 303 y 385 de la Ley 906 de 2008; Artículos 222, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 (esta Ley fue derogada por la Ley 1407 de 2010); y Artículo 71 de la Ley 734 de 2002.

limitada sólo al caso de las parejas heterosexuales, estaba en contravía del espíritu constitucional.

Al establecer que “el principio que motiva la regla del artículo 33 de la Carta es el de no incriminación de familiares, fundamentado a su vez en los valores y principios más generales de respeto a la dignidad de la persona humana, respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad de conciencia, y en la protección especial a la intimidad y unidad de la familia”¹⁸¹, y si la Corte Constitucional deja a las parejas del mismo sexo fuera de su aplicación, haría demasiado gravosas sus relaciones atentando contra la autonomía, la dignidad, la intimidad personales y el libre desarrollo de la personalidad, ya que dicha disposición se había establecido en consideración del especial vínculo de afecto, solidaridad y respeto que existe entre determinadas personas, que han decidido adelantar un proyecto de vida en común.

De mantenerse una interpretación restrictiva, se permitiría un déficit de protección en este sentido, al desconocer una realidad social que, desde la perspectiva constitucional, plantea un imperativo de atención, según el cual no es posible ignorar la realidad de las relaciones familiares conformadas por las parejas del mismo sexo. Ante la ausencia de una disposición legislativa especial, se debe aplicar la existente sin lugar a ningún tipo de diferenciación entre parejas cuando las situaciones sean asimilables.

3.2.11. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Relato de una vida juntos</i></p> <p>En junio de 2005, Juan y Rafael se encontraron en una calle de la ciudad, se miraron y empezaron a hablar, conversación que terminó compartiendo sus números telefónicos, con la promesa de seguir en contacto y volverse a encontrar.</p> <p>Así, luego de diversos encuentros y llamadas cada vez más frecuentes, se fueron enamorando y construyendo su relación. Durante su época de noviazgo aún sin decidirse a vivir juntos, se quedaban varias noches a la semana en la casa de cualquiera de los dos.</p>
------------------	---

181 Corte Constitucional sentencia C-1287 de 2001

Ap

Finalmente, luego de unos cuantos meses decidieron irse a vivir juntos, empezando en el apartamento de uno de ellos. Pero al poco tiempo ante el ofrecimiento de un mejor lugar de habitación por una amiga común, decidieron mudarse y rentar el apartamento en el que vivían para ir pagando las cuotas del nuevo.

Con este nuevo lugar para vivir, y sólo una cama y un televisor, empezaron a adquirir los diferentes muebles y enceres que requerían para su comodidad. En esta organización, Juan se encargaba de trabajar siendo el principal soporte económico, y Rafael de estudiar, hacer las labores del hogar, trabajando en las temporadas que le permitía la universidad, por lo que nunca estuvo afiliado como beneficiario de Juan.

Durante la relación en pareja, Juan fue diagnosticado con cáncer, por lo que Rafael debió asumir todos los gastos de sostenimiento de su pareja mientras Juan se dedicaba a recuperar su salud, y vivían el proceso de aceptación de dicho diagnóstico, que fue muy difícil para ambos, pero sus vínculos de afecto y solidaridad se consolidaron.

Pasaron los años, nueve años, y la crisis financiera los afectó. Quien se encargaba principalmente de cubrir los gastos se quedó sin empleo, por lo que tuvieron nuevamente que empezar a reducirse a su mínima expresión, llegando incluso a vender los inmuebles que habían adquirido.

En el momento que estaban enfrentando esta situación económica, el cáncer regresó y obligó a que Juan se internara en un centro de atención hospitalaria, los pronósticos que les daban eran buenos, les decían que era cuestión de una intervención quirúrgica y un corto tratamiento de quimioterapia. No obstante, el día en que le daban la salida Juan falleció.

Ap

Rafael, en su proceso de duelo por la pérdida de su compañero, y conociendo que Juan antes de su última enfermedad se encontraba tramitando los documentos para la pensión de vejez, acude al fondo de pensiones a solicitar la pensión de sobrevivientes.

Reflexione:

Ante esta situación, ya que Rafael prueba su relación a través de los amigos y familiares que los conocían, ¿considera viable que él acceda a la pensión de sobrevivientes? ¿Por qué?

De acuerdo con la Constitución, la seguridad social tiene la doble condición de derecho constitucional y servicio público, siendo su finalidad la de amparar a los ciudadanos y ciudadanas de los riesgos derivados de la vejez, la discapacidad o la muerte.

Para la jurisprudencia constitucional la obligatoriedad y la universalidad son principios que deben regir la seguridad social, y por lo tanto ésta debe tener cobertura para todos los residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin que sea constitucionalmente posible que los textos legales excluyan grupos de personas¹⁸², pues ello implica una vulneración al principio de universalidad. A pesar de esto, la opción del individuo que decide vivir en pareja con una persona de su mismo sexo continúa siendo una causa directa que obstaculiza que los miembros de estas parejas se vinculen al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiarios o beneficiarias.

3.2.11.1 SALUD

La primera sentencia en abordar la diversidad en las familias fue la C-521 de 2007, que sólo se refirió a la posibilidad de los compañeros permanentes heterosexuales de acceder al sistema de seguridad social en salud y estableció como único requisito para que la pareja adquiriera la calidad de beneficiaria, una declaración ante notario en la que la pareja expresara la voluntad de conformar

¹⁸² COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencias C-623 y C-1024 de 2004, así como la sentencia C-823/06, C-543 de 2007, entre otras.

una familia de manera permanente, sin que les pudieran exigir que llevaran un tiempo mínimo de convivencia, igual o superior a dos años.

Exigir un tiempo mínimo de convivencia a una pareja en unión marital de hecho que no se exigía a la pareja unida por matrimonio, en criterio de la Corte, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos.¹⁸³

Posteriormente, en el año 2011 fue necesario que la Corte examinara nuevamente al Ley 100 de 1993 en lo relativo a la afiliación como beneficiarias de los integrantes de las parejas del mismo sexo. En esta oportunidad se reiteró que se trataba de una situación asimilable a aquella en la que se encontraban las parejas heterosexuales, sin que existiera una razón constitucionalmente válida que hiciera necesaria su diferenciación. Sus planteamientos más destacados fueron:

- El déficit de protección que sufren las parejas del mismo sexo afecta derechos de jerarquía fundamental, que en materia de salud, al privarles de los beneficios que la ley ofrece a parejas heterosexuales, afecta los derechos fundamentales a la salud y a la vida, motivado en un ejercicio legítimo de la libertad.
- La exclusión de las parejas del mismo sexo constituye una vulneración de su derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad —en la concepción de la autodeterminación sexual—, así como una transgresión de la proscripción de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo. Esta exclusión no encuentra ningún tipo de justificación o fundamento razonable tanto en el sistema general de seguridad social en salud y pensiones, como en el régimen de seguridad especial de la fuerza pública.¹⁸⁴
- El mantenimiento del orden justo y de la paz social se alcanza en la medida en que se garantice la vigencia del respeto por la libre opción sexual.
- La orientación sexual es un estatus protegido en contra de la discriminación, que conlleva una garantía constitucional a la libre opción sexual.

183 Véase sentencia C-811 de 2007.

184 Corte Constitucional sentencia C-029 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

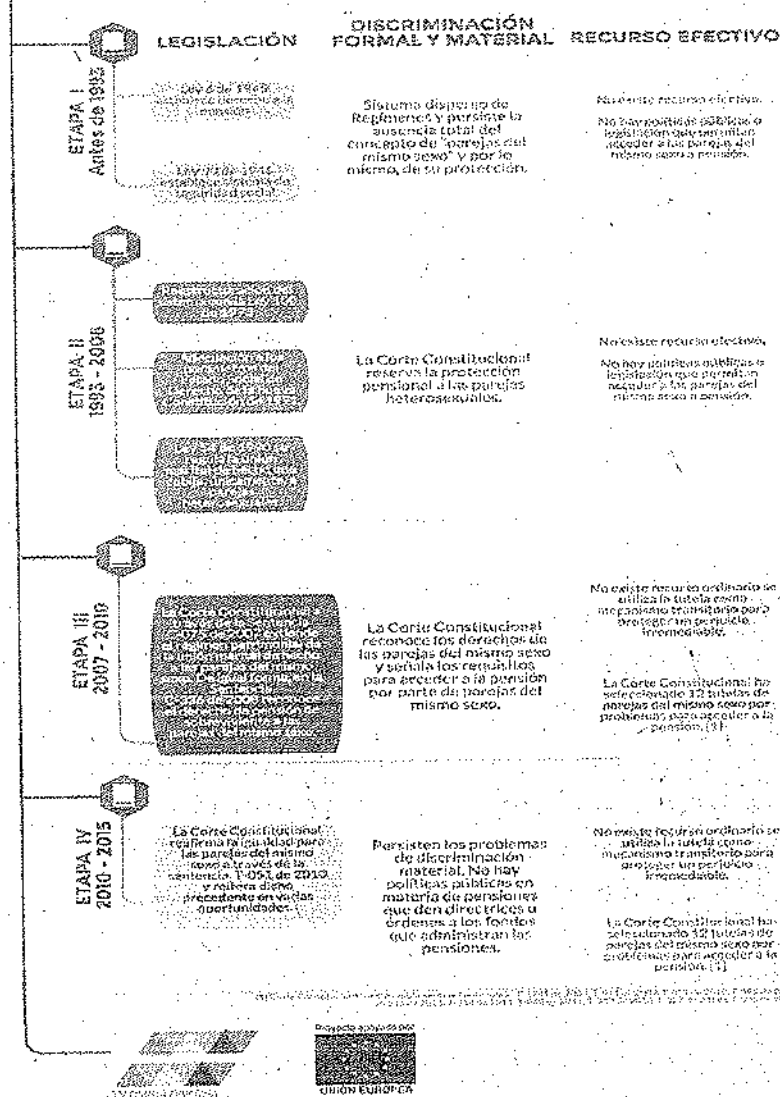
Continuando con el desarrollo de los reconocimientos jurisprudenciales, recientemente el Ministerio de Salud, a través del Decreto 2353 de 2015, ha redefinido la composición del grupo familiar en relación con la afiliación al sistema de salud y ha reconocido expresamente la posibilidad de vinculación como beneficiarios tanto a la pareja del mismo sexo como a los hijos e hijas de la pareja del o la cotizante.

3.2.11.2. PENSIÓN

El Artículo 47 de la Ley 100 de 1993 determina, entre otros, al cónyuge, compañero o compañera permanente como beneficiario de la persona fallecida. Y para conocer a quién se entiende por tal es necesario acudir a la Ley 54 de 1990 que regula la unión marital de hecho, y denomina compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho, por lo que hasta antes del año 2007, la interpretación dada a las citadas normas era de un carácter restrictivo que entendía a la pareja como una construcción heterosexual, excluyendo así de la protección constitucional a las configuraciones diversas de familia constituidas a partir de una pareja homosexual.

Ahora bien, en el año 2007 la expedición de la sentencia C-075 que resolvió que se debía aplicar a las parejas del mismo sexo el régimen de protección de la Ley 54 de 1990, no significó que la interpretación restrictiva se haya acabado, pues ha persistido la discriminación material ante la falta de acceso efectivo de las personas a la pensión de sobrevivientes por su orientación sexual amparado por la interpretación más restringida a los avances jurisprudenciales.

Cambios del régimen de pensiones en Colombia de los derechos de las parejas del mismo sexo



Fuente: Tomado del Amicus Curiae presentado por Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en el caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, en septiembre de 2015.

Como se observa en el anterior cuadro, el sistema general de pensiones excluía a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a una pensión de sobreviviente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional apoyaba y encontraba constitucional dicha discriminación. Así, hasta antes del 2008 no existía ninguna protección a los derechos pensionales de las parejas del mismo sexo. El sistema general de pensiones excluía, discriminaba e invisibilizaba a las parejas a partir de su orientación sexual.

La falta de protección y garantía de los derechos de las parejas del mismo sexo fue reconocida y probada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso X contra Colombia del 14 de mayo de 2007. En este caso, el Comité de Derechos Humanos (en adelante Comité) resolvió la demanda de un ciudadano colombiano que dependía económicamente de su compañero fallecido y a quien las autoridades negaron su petición de sustitución pensional, bajo la consideración de que la misma sólo era aplicable a parejas heterosexuales. En su decisión, el Comité concluyó que el Estado colombiano había violado el Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto había negado al actor el derecho a la sustitución pensional de su compañero permanente, sin presentar ningún argumento o prueba en virtud del cual se demostrara que la distinción entre compañeros del mismo sexo y compañeros heterosexuales no casados era razonable y objetiva.

En esa medida, implícitamente el Comité señaló que la protección de la familia, que fue el argumento utilizado por el Estado colombiano para justificar la distinción, no cumplía con los requisitos de razonabilidad y objetividad necesarios para justificar la distinción entre uno y otro tipo de parejas. En consecuencia, el Comité estableció que el actor:

tiene derecho a un recurso efectivo, incluso a que se vuelva a examinar su solicitud sin discriminación fundada en motivos de sexo u orientación sexual y que el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para impedir que se cometan violaciones análogas del Pacto en el futuro. (Subrayado fuera de texto)

A partir de esta decisión del Comité, es posible afirmar que desde el año 2007 el Estado Colombiano conoce del déficit de derechos en el que se encontraban las parejas del mismo sexo al no poder acceder a una pensión de sobreviviente. Siete años después la situación de las parejas del mismo sexo frente a la posibilidad de acceder a la pensión de sobreviviente sigue siendo discriminatoria.

El primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes fue la sentencia C-336 del 2008 en la que consideró que negar el derecho a la pensión de sobreviviente a las parejas del mismo sexo era un trato discriminatorio que constituía un déficit de protección constitucional, y por tanto existía la necesidad de ampliar la protección que ostentan los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales a los compañeros y compañeras de las parejas del mismo sexo, toda vez que

[...] no existe fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.

Esta sentencia planteó dos dificultades en su aplicación en favor de las parejas del mismo sexo: 1) señaló como prueba de la convivencia una declaración notarial conjunta, requisito que no está previsto en el caso de parejas heterosexuales e imponía a quien reclamaba la pensión de sobrevivientes una carga imposible de cumplir cuando su pareja ya había fallecido; 2) no estableció la aplicación en el tiempo que tenía la sentencia, y al ser la regla general¹⁸⁵ que las sentencias de la Corte tienen efectos hacia el futuro a menos que se señale lo contrario, en la práctica no se reconocían pensiones en favor del o la sobreviviente de una pareja del mismo sexo por hechos anteriores al 2008. De ahí que esta sentencia terminó estableciendo un trato diferenciado, en vez de ampliar la protección a las parejas del mismo sexo, que obligó a la Corte a pronunciar en reiteradas sentencias de tutela que inicialmente avalaron la interpretación restrictiva¹⁸⁶, y posteriormente establecieron una visión más amplia y garantista de los derechos de las parejas del mismo sexo.¹⁸⁷

En el año 2010, la Corte Constitucional en sentencia T-051 de 2010, señaló expresamente los efectos *inter comunis* de ésta y sostuvo que debía “existir completa

185 Ley 270 de 1996, “ARTICULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

186 Corte Constitucional sentencias T-124 de 2008 y T-911 de 2009.

187 Tomado de la intervención del perito Rodrigo Uprimny Yepes, Director del Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia durante la audiencia pública del 25 de agosto de 2015, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

claridad acerca de que la sentencia C-336 de 2008 no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante”, ya que si bien, en la sentencia C-336 de 2008 se había hecho referencia a la sentencia C-521 de 2007, el requisito allí consignado fue pensado para solicitar la afiliación en salud y no podía aplicarse, sin ningún tipo de consideración, en el caso de la pensión de sobrevivientes. Además, la afiliación a seguridad social en salud no es aplicable cuando uno de los miembros de la pareja ha fallecido, so pena de hacer nugatorio el reconocimiento del derecho.

En este sentido, en la sentencia mencionada, el tribunal constitucional dijo que no eran admisibles las prácticas administrativas de imposición de obstáculos en el acceso de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivientes a través de la apertura de investigaciones no previstas en la legislación para recaudar pruebas adicionales como visitas domiciliarias, ratificación de la solicitud bajo juramento por parte de las personas peticionarias, requerimiento de agotar el juicio sucesorio para determinar los herederos, la realización de la liquidación de la sociedad conyugal, exigencia de declaración de unión material de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante; estas actuaciones parten del principio de la mala fe de las y los solicitantes así como en juicios de valor sobre la orientación sexual de una persona y constituyen obstáculos de orden jurídico que la Corte clasificó en: (i) aplicación de norma inaplicable; (ii) exigencia de requisitos o trámites improcedentes; (iii) interpretación contraria a la Constitución; (iv) aplicación de procedimiento diferente y diferenciador; (v) inaplicación del precedente jurisprudencial y del bloque de constitucionalidad.¹⁸⁸

No obstante, aún se continúa presentando la vulneración del derecho constitucional a la garantía del debido proceso administrativo para acceder a la pensión de sobrevivientes. Esto se debe a la ambigüedad inicial del reconocimiento de esta prestación y el desconocimiento de la línea jurisprudencial¹⁸⁹ que desde el año 2010 la Corte ha proferido en torno al derecho que tienen las parejas del mismo sexo a acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes bajo las mismas condiciones que lo hacen las parejas heterosexuales, lo que conculca los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la intimidad y al respeto por la dignidad humana.

188 Corte Constitucional sentencia T-051 de 2010.

189 Corte Constitucional sentencias T-592 de 2010, T-346 de 2011, T-716 de 2011, T-860 de 2011, T-357 de 2013, T-327 de 2014 y T-935 de 2014.

Al respecto, vale la pena señalar algunos apartes las sentencias de tutela revisadas por la Corte:

- Sentencia T-860 de 2011: de acuerdo con esta interpretación el miembro supérstite de la pareja homosexual goza de todos los medios probatorios admitidos para las uniones maritales de hecho heterosexuales, a efectos de acreditar la existencia de una relación permanente de pareja con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes.¹⁹⁰
- Sentencia T-357 de 2013: es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un medio probatorio igual a las parejas heterosexuales, las cuales disponen de cinco alternativas para ello en el caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley.¹⁹¹

En relación con la aplicación en el tiempo, del reconocimiento del derecho al sobreviviente de las parejas del mismo sexo, la Corte Constitucional también tuvo que pronunciarse, y en sentencia T-592 de 2010 expresó que “la interpretación restrictiva de los efectos de dicha sentencia (la C-336) no tiene una justificación objetiva desde el punto de vista constitucional”, y desconoce el mandato de igualdad del Artículo 13 de la Constitución, por lo que extendió de forma retroactiva los efectos de la sentencia C-336 de 2008 y aplicó la jurisprudencia de la forma más favorable a situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la fecha de la sentencia. Si bien esta posición aún no ha sido consolidada, ya que en sentencia T-860 de 2011 habló de efectos retrospectivos –y ningún efecto hacia el pasado– frente a pensiones que se constituyeron en años anteriores al 2008, es la interpretación a través de la que mejor se cumple el ordenamiento jurídico en su conjunto y se respetan los principios constitucionales de solidaridad y protección integral de la familia.

Ahora bien, la finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes es proteger a la familia que tenía una dependencia económica del causante para que puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que adicionalmente a su pérdida afectiva vean alterada la situación social y económica con que contaban

190 Corte Constitucional, sentencia T-860 de 2011.

191 Corte Constitucional, sentencia T-357 de 2007.

en vida del pensionado o afiliado.¹⁹² Esta situación es similar a la de las parejas heterosexuales cuando fallece uno de sus miembros y que en nada desfavorecería la protección de las parejas heterosexuales, toda vez que el legislador no puede partir del supuesto de que en todo caso de la muerte de un pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual no existen personas legitimadas para reclamar la pensión de sobrevivientes.

Todo acto que imponga un trato diferenciado para que un miembro de una pareja del mismo sexo acceda a la pensión de sobrevivientes, es inadmisibles para el ordenamiento jurídico, pues implica la negación de la validez de su opción de vida y la imposición de una sanción (desprotección) por el ejercicio de su orientación sexual. Esto redundaría en el desconocimiento de la situación de exclusión y de discriminación en que históricamente se han hallado las personas LGBTI y reduce significativamente la protección de sus derechos, como si se tratara de ciudadanos o ciudadanas de segunda clase.

Conclusión

A partir de la evolución de la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, abordada con relación al ámbito de la vida familia o en pareja se concluyen los siguientes puntos:

- El respeto a la dignidad humana se materializa a través de la garantía del ejercicio de la libre opción sexual.
- La opción de conformar una pareja homosexual tiene pleno valor para el ordenamiento, porque es un ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre opción sexual, que ya no se restringen al ámbito individual, sino que encuentran en la vida de pareja un ámbito imprescindible para su realización.
- El valor igual de las parejas implica una dignidad igual frente al ordenamiento jurídico, que conlleva un igual reconocimiento jurídico, en virtud de la aplicación del principio a igual dignidad igual protección.
- Las parejas del mismo sexo tienen requerimientos de protección igualitaria en virtud de las condiciones sociales y culturales actuales.

¹⁹² Corte Constitucional, sentencia C-1094 de 2003.

- Limitar o desconocer el aspecto familiar que involucra el ejercicio de una orientación sexual diversa, por el sólo hecho de serlo constituye una forma de discriminación proscrita por la Constitución.
- Independientemente del sexo de los miembros de las parejas que las constituyen, las familias tienen requerimientos análogos de protección.
- Son contrarias a la constitución las interpretaciones o aplicaciones diferenciadas de los sistemas o instrumentos legales de protección familiar por motivo de la orientación sexual de la pareja. Salvo que se evidencie que este trato diferenciado responde a un fin legítimo y constitucional.
- Queda fuera de toda duda la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, así como la existencia del déficit de protección en el que se encuentran debido a la ausencia de reconocimientos legales.
- Es un imperativo constitucional la protección a las familias conformadas por parejas del mismo sexo.
- Las leyes deben aplicarse de acuerdo a su finalidad y no conforme a las consideraciones que las originaron, que pueden responder a contextos sociales y jurídicos diferentes.
- La ausencia de reconocimiento legal de la realidad de las parejas homosexuales y el consecuente vacío legal de protección es una violación del deber constitucional de otorgarles un mínimo de protección y un tratamiento discriminatorio hacia las parejas homosexuales.
- Los funcionarios del Estado o particulares que prestan un servicio público no pueden ampararse en la omisión legislativa para perpetuar el déficit de protección de las parejas del mismo sexo y sus familias.
- Los contenidos constitucionales deben ser interpretados de manera compatible con el principio *pro homine*, lo que proscribe entendimientos incompatibles con la vigencia de los derechos fundamentales o que infrinjan tratos discriminatorios por motivos sospechosos.
- Un trato diferenciado sólo es admisible si se expresa, demuestra y sustenta la existencia de un motivo razonable y proporcionado que justifique dicha diferenciación.

3.2.12. AUTOEVALUACIÓN

de

La filiación y las técnicas de reproducción asistida

Extracto de sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, radicado 11001-3110-002-2006-00537-01, Magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez de fecha 28 de febrero de 2013.

“10. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la Corte considera importante destacar que en el trasfondo de la acusación del censor se encuentra la vigencia del principio denominado por la doctrina y la jurisprudencia como de la “verdad biológica”, o “del derecho a conocer los orígenes”, según el cual es lícita y, por consiguiente, procedente la investigación sobre el origen de las personas –considerado, incluso, por algunos como un derecho inalienable del ser humano de conocer su verdadero estatus jurídico, así como la identidad de sus padres–, tema que merece un análisis particular a la luz de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es del caso puntualizar, entonces, que la inseminación artificial, método que fue alegado como el procedimiento médico seguido en la concepción del menor aquí demandado, constituye una técnica de reproducción humana asistida en la que el óvulo de una mujer receptora es fecundado con gametos masculinos procedentes bien de su pareja, ora de un tercero donador. En el primer caso se alude a una inseminación artificial homóloga, mientras que la segunda se denomina heteróloga.

Al respecto es pertinente señalar que el Decreto 1546 de 1998, modificado parcialmente por el Decreto 2493 de 2004, reglamentario de las Leyes 9ª de 1979 y 73 de 1988, reguló la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos, y en particular su trasplante e implante en seres

De

humanos, así como el funcionamiento de los denominados "Bancos de Componentes Anatómicos" y de las "Unidades de Biomedicina Reproductiva". En dicha normatividad se define, en el artículo 2º, al donante heterólogo como "la persona anónima o conocida que proporciona sus gametos, para que sean utilizados en personas diferentes a su pareja, con fines de reproducción" (negrilla fuera del texto). De lo anterior se desprende, por una parte, que en el ordenamiento jurídico nacional el citado procedimiento de reproducción humana asistida se encuentra reconocido y que las entidades encargadas de prestar dichos servicios están sometidas a regulación estatal, y, por la otra, que se ha establecido la posibilidad de mantener en secreto la identidad del donador de gametos en las inseminaciones artificiales heterólogas.

No obstante lo anterior, la Sala llama la atención sobre el vacío legal existente en el derecho colombiano, toda vez que no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos. La Corte reconoce, además, que la definición de las reglas sobre el estado civil así como de la filiación son asuntos que corresponden al Congreso de la República, como quiera que en un Estado democrático y participativo, como lo es Colombia, ese es el escenario idóneo donde debe adelantarse el debate sobre la situación de los individuos en la familia y la sociedad, y por ende es a esa Institución a la que le corresponde precisar el alcance y proyección de la normatividad en materia tan sensible, siguiendo los derroteros del artículo 42 de la Constitución Política, y, particularmente, su inciso 5º, según el cual "[l]os 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 progenitura responsable", norma esta que, sin duda, y mientras dicha normatividad se expide, debe orientar

de

la interpretación que en la actualidad haya de darse a las disposiciones civiles relacionadas con el tema.

11. Sin perder de vista las apreciaciones que en precedencia se dejan consignadas, en apretada síntesis del tratamiento jurídico que en el derecho comparado se da sobre la materia, se puede señalar, en primer término, que, en general, en tratándose de inseminación artificial heteróloga prevalece la confidencialidad del donante sobre el principio de la verdad biológica. En cuanto hace a este asunto, valga traer a colación lo expuesto, por ejemplo, en el apartado 5° del artículo 5° de la Ley 14 de 26 de mayo de 2006, de España, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que, sobre la base de un principio general de anonimato del donante y de confidencialidad sobre sus datos personales, permite a los hijos nacidos obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, la cual solo puede ser revelada en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud de los menores, o cuando sea procedente en el trámite de una causa penal; en igual sentido, en el Reino Unido, el Informe de la Comisión Warnock, sobre fecundación y embriología humana, establecía que el donante debía ser desconocido para la pareja receptora y solo permitía al hijo o hija, una vez alcanzara la mayoría de edad, obtener información sobre el origen étnico y la salud genética del donante, postura que fue reiterada mediante la Ley del 1° de abril de 2005; por otra parte, la doctrina destaca el tratamiento dado en los tribunales italianos, antes de la entrada en vigencia de la Ley 40 de 2004 sobre reproducción asistida médicamente ^{3/4} que prohibió la inseminación heteróloga ^{3/4}, que privilegiaba el interés de la pareja en formar una familia antes que el interés del menor por indagar sobre su padre biológico; se indica, igualmente, que en Noruega existe un deber de confidencialidad del personal sanitario respecto de la identidad del donante así como la imposibilidad "del nacido de conocer la identidad

de

de su padre genético"; también la Ley francesa 654 de 1994, que prohíbe al hijo investigar la identidad del donante, y solo permite que sean los médicos quienes accedan a dicha información, por motivos terapéuticos.

En segundo lugar, ha de tenerse presente que los Estados que han regulado la materia niegan, en general, la posibilidad de establecer relaciones de filiación entre el donante y el hijo o hija procreados mediante un procedimiento de inseminación artificial heteróloga. Así, por ejemplo, en Costa Rica el Decreto Ejecutivo N° 24.029-S de 1995, que rigió hasta el año 2000, establecía que el hijo que naciera como resultado de un tratamiento de inseminación heteróloga sería considerado como hijo del matrimonio receptor de la donación y que el donante no tendría ningún derecho ni obligación sobre el nacido, restricción que continúa vigente en el artículo 72 del Código Civil de ese país; la ley de Suecia, aun cuando éste es uno de los pocos países que permite indagar por la identidad del donante de esperma —en el evento en que el menor haya obtenido madurez suficiente—, señala que dicho procedimiento no tiene la virtualidad de establecer la filiación con el padre biológico; y en virtud de la Ley 653 de 1994, que incorporó el artículo 311-19 al Code Civil, en Francia no se crea ninguna relación de filiación en caso de procreación asistida con gametos de terceros donantes.

12. Se concluye, entonces, que en el derecho comparado, en general, prima el anonimato del donante en materia de inseminación artificial heteróloga, y se establece como principio rector la imposibilidad de establecer relaciones de filiación entre aquél y los hijos nacidos como fruto del respectivo tratamiento de fertilización.

13. Por otra parte, en el derecho comparado, de manera general, la realización de un tratamiento de fecundación artificial a una mujer casada está precedido de la obtención del consentimiento de su marido, manifestación que, por una parte, es el fundamento de una relación de filiación entre el

de

hijo así concebido y el esposo de quien es su madre ³/₄ lo que en el derecho nacional reforzaría la presunción establecida en el artículo 213 del Código Civil, modificado por el artículo 1° de la Ley 1060 de 2006, y podría ser extendido al compañero permanente en los casos de unión marital de hecho ³/₄, y, por otra, impide que aquél posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad así determinada, pues se considera que quien así actúa contradice los parámetros de la buena fe objetiva al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones, restricción con la cual, además, se protegen de mejor manera los intereses del menor y de la familia. Por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de fertilización realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad derivada de la presunción a la que arriba se hizo referencia.

14. La conjugación de las consideraciones previamente realizadas respecto del derecho nacional con las tendencias internacionales anteriormente reseñadas, conduce a colegir que ni las decisiones adoptadas en las sentencias de instancia, ni la que en este fallo habrá de pronunciarse, pueden considerarse lesivas de los derechos del menor demandado, particularmente si se tienen presentes los principios y valores del ordenamiento nacional así como los estándares del derecho comparado, especialmente, de ser aquél merecedor de una protección integral, o de tener un nombre y una familia, o los que, en punto de las relaciones paterno filiales, desarrollan la Ley 75 de 1968 y sus disposiciones complementarias”.

Autoevaluación:

De acuerdo con el extracto que acaba de leer, responda las siguientes preguntas:

1. ¿Cree que las normas de filiación deberían aplicarse en los casos de inseminación artificial de acuerdo con la realidad biológica?

de

2. Si le llegara a su despacho una demanda en la que una persona pretende que se declare la filiación de su hijo en relación con su pareja del mismo sexo, hijo que fue producto de un tratamiento de inseminación artificial que consintieron conjuntamente en su calidad de cónyuges:

- a. ¿Admitiría la demanda?
- b. ¿Aplicaría las normas de filiación?
- c. ¿Consideraría necesaria la aplicación del test de proporcionalidad?

Por favor, motive cada una de sus respuestas.

Estos son algunos pronunciamientos similares si desea consultarlos: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil expediente N°. 52001 3110 001 2004 00072 01, magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena de fecha 21 de mayo de 2010; sentencia SU-617 de la Corte Constitucional apartado número 5, magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez de fecha 28 de agosto de 2014; sentencia SU-696 de 2015 de la Corte Constitucional, magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado de fecha 12 de noviembre de 2015.

3.2.13. JURISPRUDENCIA

j

Jurisprudencia

3.2.1 Unión Marital de Hecho:

Corte Constitucional

- C-098 de 1996. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- C-075 de 2007. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.
- C-336 de 2008. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- C-029 de 2009. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.
- C-283 de 2011. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

J

- T-717 de 2011. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

- C-238 de 2012. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Suprema de Justicia

- Radicado 11001-3110-022-2003-01261-01, magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez.

- Radicado 73001-3110-004-2008-00084-02, magistrado ponente Fernando Giraldo Gutiérrez.

- Radicado 73001-3110-022-2010-00026-02, magistrado ponente Fernando Giraldo Gutiérrez.

3.2.2 Matrimonio

Corte Constitucional

- C-577 de 2011. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

- T-444 de 2014. Magistrada ponente María Victoria Calle Correa.

- SU-214 de 2016. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.

Corte Suprema de Justicia

- STC2282 de 2014. Magistrado ponente Fernando Giraldo Gutiérrez.

3.2.3 Filiación

Corte Constitucional

- C-814 de 2001. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

- T-276 de 2012. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- SU-617 de 2014. Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

j

- C-071 de 2015. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- C-683 de 2015. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- SU696 de 2015. Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.
- T-196 de 2016. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Suprema de Justicia

- Radicado 52001-3110-001-2004-00072-01. Magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena.
- Radicado 11001-3110-002-2006-00537-01. Magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez.

3.2.4 Custodia de niños y niñas

- T-274 de 2008. Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería.
- T-062 de 2011. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- C-157 de 2002. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinoza.
- T-388 de 2013. Magistrado ponente María Victoria Calle Correa.
- T-372 de 2013. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- T-815 de 2013. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.
- T-252 de 2016. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, “Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N°. 239.

j

3.2.5 Vivienda familiar

Corte Constitucional

- C-029 de 2009. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

3.2.5 La obligación de prestar alimentos

Corte Constitucional

- C-798 de 2008. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.
- C-029 de 2009. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

3.2.6 Derechos políticos de carácter migratorio

Corte Constitucional

- C-029 de 2009. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.
- T-959 de 2000. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.

3.2.7 Violencia intrafamiliar

Corte Constitucional

- C-029 de 2009. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

3.2.8 Indemnizaciones del SOAT

Corte Constitucional

- C-029 de 2009. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

3.2.9 No incriminación penal

Corte Constitucional

- C-029 de 2009. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

j

3.2.10 Sistema de Seguridad Social

Corte Constitucional

- C-811 de 2007. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- C-521 de 2007. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- C-336 de 2008. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- T-1241 de 2008. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- C-029 de 2009. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.
- T-911 de 2009. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- T-051 de 2010. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- T-592 de 2010. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- T-716 de 2011. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- T-860 de 2011. Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- T-357 de 2013. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- T-327 de 2014. Magistrado ponente María Victoria Calle Correa.
- T-151 de 2014. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- T-823 de 2014. Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- T-935 de 2014. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Duque vs Colombia. “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 26 de febrero de 2016.

3.3. ÁMBITO EDUCATIVO¹⁹³

3.3.1. LA SITUACIÓN GENERAL DE LA POBLACIÓN LGBTI EN EL SISTEMA EDUCATIVO

El sistema educativo ha sido históricamente uno de los espacios más hostiles para la población LGBTI. Esta situación ha sido documentada en distintos niveles. Así, por ejemplo, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año 2011, cuando elaboró el informe titulado *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*¹⁹⁴, estableció una categoría titulada “Prácticas discriminatorias: C. Discriminación en la educación”.

En esa categoría, el Alto Comisionado comenzó por reconocer que algunas instituciones discriminan por la orientación sexual e identidad de género, lo cual dificulta el ingreso de estudiantes LGBT al sistema educativo y en ocasiones, incluso, provoca la expulsión o retiro de las instituciones¹⁹⁵. Las personas que permanecen en el sistema educativo, establece el Alto Comisionado, “suelen ser víctimas de la violencia y el hostigamiento, incluido el acoso escolar, de sus compañeros y profesores”¹⁹⁶. Entre las formas como empieza a surgir el hostigamiento la UNESCO identificó que

los niños considerados demasiado afeminados por los demás niños o las niñas consideradas poco femeninas sufren burlas y en ocasiones los primeros golpes por su apariencia y comportamiento, que no encajan en la identidad de género heteronormativa en el patio de las escuelas primarias.¹⁹⁷

Otro punto que resalta el informe presentado por el Alto Comisionado es que el aislamiento y el estigma conllevan a varios problemas. Ejemplos de esto son la depresión y otras dificultades de salud, teniendo en cuenta que “[e]l aislamiento y el estigma generan depresión y otros problemas de salud y contribuyen al

193 Esta sección fue elaborada por Juan Felipe Rivera Osorio.

194 NACIONES UNIDAS, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/19/41. [En línea] (Fuente: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf)

195 *Ibid.*

196 *Ibid.*, p. 20.

197 *Ibid.* Citando a la UNESCO: “International Consultation on Homophobic Bullying and Harassment in Educational Institutions”. Concept Note, July 2011.

absentismo escolar, el abandono de la escuela y, en casos extremos, el intento de suicidio o el suicidio¹⁹⁸.

Las conclusiones encontradas y la preocupación manifestada no son únicas del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Lo mismo ha sido constatado en diferentes países por diferentes organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño, todos partes del Sistema de Naciones Unidas.¹⁹⁹ Las conclusiones del Alto Comisionado fueron sustentadas en distintas informaciones de estos organismos como también de encuestas y estudios realizados en distintos países y regiones.²⁰⁰

El 4 de mayo de 2015, el Alto Comisionado presentó el segundo informe²⁰¹ para hacerle seguimiento a lo establecido en el año 2011. En este informe, el Alto Comisionado constató que dentro de todas las regiones del mundo se siguen registrando alto niveles de acoso contra la población LGBT en el sector educativo.

Un estudio realizado por la Unión Europea, por ejemplo, encontró que 80% de la población en edad escolar que participó en sus encuestas reportan haber sido testigos de comentarios o comportamientos contra compañeros y compañeras LGBT.²⁰² Otro estudio realizado en Tailandia por la UNESCO concluye que más de la mitad de los y las estudiantes LGBT que habían participado en la encuesta

198 *Ibid.*

199 *Ibid.*, p. 20. También sugirió el Alto Comisionado de Naciones Unidas en este documento que para ver casos concretos en distintos países de diferentes comités se vieran como referencia los siguientes: Comité de Derechos Humanos sobre México (CCPR/C/MEX/CO/5), para. 21; Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre Polonia (E/C.12/POL/CÓ/5), para. 12-13; y Comité de los Derechos del Niño comentarios generales N. 3 (CRC/GC/2003/3), para. 8; y N. 13 (CRC/C/GC/13), para. 60 y 72 (g); y la conclusión de las observaciones del Comité sobre Nueva Zelanda (CRC/C/NZL/CO/3-4), para. 25; Eslovaquia (CRC/C/SVK/CO/2), para. 27-28; y Malasia (CRC/C/MYS/CO/1), para. 31.

200 Para ver sobre las fuentes de informe se sugiere leer las páginas 20 y 22.

201 NACIONES UNIDAS, Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*. A/HRC/29/23. [En línea] (Fuente: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx>)

202 *Ibid.*, "Por su parte, otro estudio, Se han registrado altos niveles de acoso en todas las regiones. Según un estudio de la Unión Europea, el 80% de los niños en edad escolar que participaron en las encuestas habían sido testigos de comentarios o comportamientos negativos contra compañeros percibidos como personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero".

“habían sido acosados el mes anterior, y más del 30% habían sido víctimas de malos tratos físicos. Estos resultados son similares a los de los estudios realizados en otros países”²⁰³.

Por esta razón, el Alto Comisionado en su informe de 2015 presentó las siguientes conclusiones:

Si bien se han hecho algunos progresos desde el primer estudio, llevado a cabo en 2011, en general las personas LGBT e intersexuales siguen viéndose afectadas por un cuadro extendido y persistente de malos tratos violentos, acoso y discriminación en todas las regiones. Estos actos constituyen violaciones graves de los derechos humanos, perpetrados a menudo con impunidad, lo que indica que las disposiciones vigentes para proteger los derechos humanos de las personas LGBT e intersexuales son inadecuadas.²⁰⁴

Lo denunciado y documentado por Naciones Unidas sólo demuestra que este es un fenómeno generalizado a nivel mundial, y en ese sentido se necesita un compromiso de los diferentes Estados en establecer medidas para combatir este flagelo.

En el caso de Colombia, se cuenta con medidas legislativas y administrativas para combatir esta situación. Pero quizás donde más se ha desarrollado la protección a la población LGBTI en el sector educativo ha sido precisamente dentro de la Rama Judicial. Aquí yace entonces la importancia de que los jueces y juezas de la República puedan apropiarse de los conocimientos que este módulo viene desarrollando, pues ha sido esta Rama la que, históricamente ha protegido a las minorías pertenecientes a grupos étnicos y raciales, religiosas, políticas y como se ha venido estableciendo, a la población LGBTI.

Teniendo en cuenta lo anterior, será necesario identificar cuál es la información disponible sobre la situación en Colombia. Los estudios sobre esta materia han sido escasos en el país. Incluso, esta situación fue corroborada por la Sala de Revisión Quinta de la Corte Constitucional dentro de la Sentencia T-479 de 2015, donde la Corte encontró que “no hay una cantidad considerable de estudios sobre el

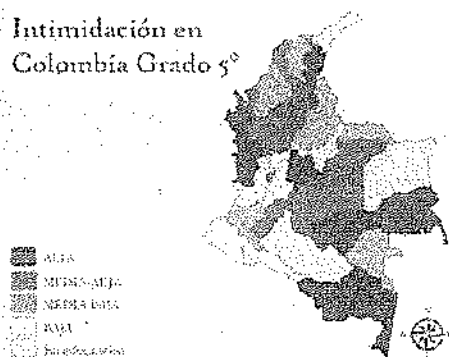
203 *Ibid.*

204 *Ibid.*

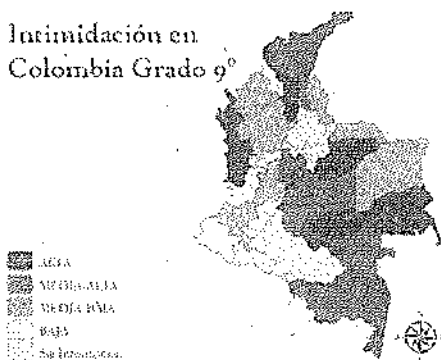
tema, lo que también podría mostrar la invisibilidad del problema y/o la escasa capacidad de Estado para enfrentarlo”²⁰⁵.

En el año 2009²⁰⁶, Enrique Chaux²⁰⁶ adelantó una investigación sobre intimidación escolar en general titulada “Variables socio-económicas, sociopolíticas y socio-emocionales que explican la intimidación escolar. Un análisis multinivel a nivel país”²⁰⁷. Esa investigación desarrolló dos mapas estadísticos que a continuación se presentarán.

Intimidación en
Colombia Grado 5°



Intimidación en
Colombia Grado 9°



Fuente: CHAUX, Enrique. “Variables socioeconómicas, sociopolíticas y socio-emocionales que explican la intimidación escolar. Un análisis multinivel a nivel país”. Disponible en www.icfes.gov.co²⁰⁸

A nivel territorial, sólo el Distrito Capital de Bogotá cuenta con alguna información estadística en la materia, recolectada a través de las denominadas

205 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-478 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz. Pie de página 148.

206 Profesor asociado del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes. Es ingeniero industrial y físico de la Universidad de los Andes, cuenta con una Maestría en Sistemas Cognitivos y Neuronales de la Universidad de Boston, con una Maestría en Riesgo y Prevención y un Doctorado en Desarrollo Humanos y Psicología de la Universidad de Harvard. Para consultar su hoja de vida, puede hacer uso del siguiente link: (Fuente: <http://psicologia.uniandes.edu.co/documentos/echaux/chauxesp.pdf>)

207 CHAUX, Enrique. Variables socio-económicas, sociopolíticas y socio-emocionales que explican la intimidación escolar. Un análisis multinivel a nivel país” [En línea] (Fuente: <http://www.icfes.gov.co/index.php/docman/investigadores-y-estudiantes-de-posgrado/seminario-internacional-de-investigacion/seminario-2011/conferencias-principales-2011/1100-enrique-chaux-variables-socioeconomicas-sociopoliticas-y-socioemocionales-que-explican-la-intimidacion-escolar/file?force-download=1>) (Consultado: Noviembre de 2015).

208 *Ibid.*

Encuestas de Clima Escolar, que se han venido realizando en el año 2006, 2011 y 2013, donde se pregunta a estudiantes sobre sus percepciones, observaciones y experiencias. Así, una de las preguntas formuladas ha sido la siguiente: “en el mes pasado, ¿cuántas veces viste que rechazaran a alguien de tu colegio porque parecía homosexual?”²⁰⁹

En el año 2013, 15.1% de las personas encuestadas respondieron: “más de una vez” mientras que otro 13.1% respondió: “una vez”, para un total de 28.2% de unas 118 000 personas encuestadas, encontraron que, en el último mes de su colegio, había existido rechazo porque una persona parecía homosexual.²¹⁰

En el año 2016, Colombia Diversa junto con Sentido, realizaron la Encuesta de Clima Escolar LGBT 2016 *Mi voz cuenta*²¹¹ en la cual se buscó preguntar a estudiantes que se identificaban LGBT sobre sus vivencias en la escuela durante el año 2015. Los resultados fueron preocupantes. 68.9% de los encuestados manifestaron escuchar comentarios homofóbicos en la escuela. 75,4% manifestaron que estos provenían del personal del colegio. Un 67% de las personas encuestadas manifestaron que se sentían inseguros e inseguras en la escuela debido a su orientación sexual. Ante las situaciones de acoso escolar, y sus denuncias, 59.4% manifestaron que nunca lo reportaron al personal escolar y 60.1% tampoco lo reportaron a un familiar. Esto demuestra que los niños, niñas y adolescentes LGBT, a pesar de los avances legales y jurisprudenciales, todavía tienen miedo y no encuentran mecanismos en su familia o en el colegio para denunciar las situaciones que viven.

Información como la antes expuesta, junto con otra que por razones de brevedad no se presentan en esta unidad, llevó a la Corte Constitucional a concluir en la Sentencia T-478 de 2015 que

la Sala observa con preocupación cómo el acoso escolar es un fenómeno extendido en el sistema educativo colombiano. [...] El acoso escolar no es una práctica aislada en el sistema educativo en Colombia. Por el contrario, es un fenómeno de

209 BOGOTÁ, Secretaría de Educación del Distrito. “Educación para la ciudadanía y la convivencia. Encuesta de Clima Escolar y Victimización 2013”. Boletín de prensa. [En línea] (Fuente: http://www.educacionbogota.edu.co/archivos/Temas%20estrategicos/Acercando_realidades/2_PRESENTACION_DE_LA_ENCUESTA_2013_CLIMA_ESCOLAR_Y_VICTIMIZACION.pdf) (Consultado en Noviembre de 2015).

210 *Ibid.*

211 COLOMBIA DIVERSA & SENTIDO. Encuesta de Clima Escolar LGBT 2016 *Mi voz cuenta*. [En línea] (Disponible en: <http://colombiadiversa.org/category/educacion/>)

características masivas que tiene causas estructurales relacionadas con estereotipos alrededor del concepto de debilidad y las formas de obtener poder [...].²¹²

3.3.2. LA POBLACIÓN LGBTIY EL SUICIDIO

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>De la información antes presentada deténgase por un momento a pensar, desde su propia experiencia y conocimiento:</p> <p>(i) ¿Cuáles son las implicaciones emocionales, y socioeconómicas que puede generar estudiar con estas condiciones?</p> <p>(ii) ¿Qué implicaciones puede tener en cuanto a la materialización de otros derechos fundamentales? Identifique dos derechos fundamentales que usted considere que se pueden ver afectados como consecuencia de un ambiente académico hostil y por qué.</p> <p>(iii) ¿Cuáles pueden ser las consecuencias de esta situación para una persona que la vive en su día a día?</p>
------------------	---

Cuando se habla de jóvenes LGBTI, es frecuente escuchar la palabra suicidio como algo intrínsecamente relacionado con la orientación sexual o la identidad de género no normativa.

Por esa razón, resulta importante evaluar cuál es la verdadera relación de la población LGBTI con el suicidio.

Carlos Alejandro Pineda Roa en su artículo *Etiología social del riesgo de suicidio en adolescentes y jóvenes lesbianas, gay y bisexuales: una revisión*, establece que

[...] existen diversas fuentes sociales que contribuyen a la ideación y al intento suicida en personas LGB y, según lo expuesto, la familia ha sido uno de los principales espacios de homonegatividad. En el contexto latinoamericano, las instituciones educativas aún ven con recelo el tema de la diversidad sexual, principalmente los colegios. No hay reglamentos o manuales de convivencia que

212 Sentencia T-478 de 2015. Óp. Cit.

incluyan explícitamente a personas lesbianas, gay y bisexuales. (Subrayado fuera de texto)²¹³

El citado autor, también ha identificado a través de la revisión bibliográfica de varios otros estudios que, por esa razón, "es un error pensar o afirmar que los homosexuales son más patológicos que los heterosexuales. La orientación sexual *per se* no es factor de riesgo de suicidio, conforme muchas investigaciones lo han venido reportando."²¹⁴ De igual forma, dentro del análisis de los casos se ha determinado que

el contexto social ha levantado barreras que impiden el libre desarrollo de su personalidad y el ascenso social de esta subcultura. A este fenómeno se le ha denominado homofobia institucionalizada, debido al fuerte arraigo del rechazo a la diversidad sexual en instituciones de salud, educativas, eclesíásticas, gubernamentales y militares que la sostienen.²¹⁵

En el caso particular de la homofobia institucionalizada, esta presenta grandes desafíos en el caso del sector educativo en la medida en que no sólo los estudiantes son expuestos a distintas formas de representaciones de la homofobia (como lo son la discriminación y el acoso), sino también se exponen a los chistes, discursos y a las posiciones ideológicas que presentan algunas personas. Pero resulta aún más grave cuando incluso las normas que rigen los establecimientos de forma clara manifiestan que la orientación sexual o la identidad de género de una persona son faltas disciplinarias.

Esta situación, donde desde todos los ámbitos se establece que la orientación sexual no heterosexual o la identidad de género no cisgénero son un error, un pecado o una situación indeseable, empieza a generar problemas de autoestima y a su vez sufrimiento. En ese sentido se ha concluido lo siguiente:

Desde la perspectiva cognitiva de la psicoterapia podemos afirmar que no es la homosexualidad en sí misma la que provoca sufrimiento en la persona homosexual ni en los demás, sino los pensamientos que esa persona tenga de este hecho. Siguiendo este argumento, es fácil entender que si el significado que tiene para una

213 Pineda, C. (2013). Etiología social del riesgo de suicidio en adolescentes y jóvenes lesbianas, gay y bisexuales: una revisión. En *Psicogente*, 16(29), 218-234.

214 *Ibid.*

215 *Ibid.*

persona el hecho de ser lesbiana, gay, bisexual o transexual es negativo, aumentará su sufrimiento.²¹⁶

Estos pensamientos negativos en las personas heterosexuales y cisgénero llevan a la hostilidad y el rechazo de las personas LGBTI. Sin embargo, en el caso de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans las sensaciones, pensamientos y perspectivas negativas llevan a la llamada homofobia interiorizada.

La "Homofobia interiorizada" se define como: "odio hacia sí mismo que ocurre como resultado de formar parte de una sociedad que estigmatiza a las personas" (Locke, 1998). Herek (1996), explica que "cuando los homosexuales comienzan a ser conscientes de su orientación, experimentan hacia ellos mismos las actitudes que han interiorizado."²¹⁷

Así, se tiene hasta este punto entonces que no sólo serán las personas LGBTI víctimas de lo que se mencione, se replique o se diga sobre ellas, sino también serán víctimas de la reproducción de esos mismos prejuicios internamente. Esta reproducción interna de la hostilidad lleva a niveles elevados de estrés²¹⁸ y aumenta la probabilidad de desarrollar trastornos psicológicos.²¹⁹

En el caso de las personas trans, la información y los estudios son aún más escasos. Sin embargo, en Estados Unidos, donde se realiza la Encuesta Nacional de Discriminación Transgénero (NTDS, por sus siglas en inglés) y donde participan más de 6.000 personas, se encontró que hay una prevalencia superior al promedio de intentos de suicidios entre los y las participantes de la NTDS que habían reportado ser víctimas de acoso, matoneo, o abuso en las instituciones educativas por parte de estudiantes o docentes debido al prejuicio.²²⁰ Dentro de esas personas

216 OSMA LÓPEZ, Jorge J. Víctimas de la homofobia: Consecuencias psicológicas. [En línea] (Fuente: http://www.acgil.org/documents/246_documents_Victimasdelahomofobia,JorgeOsma.pdf) (Consultado: noviembre de 2015), p. 1.

217 *Ibid*, p. 3.

218 *Ibid*, p. 3 (citando a Hammersmith & Wienberg, 1973).

219 *Ibid*, pp. 4-5.

220 AMERICAN FOUNDATION FOR SUICIDE PREVENTION y UNIVERSITY OF CALIFORNIA-SCHOOL OF LAW, Williams Institute. Suicide Attempts among Transgender and Gender Non-Conforming Adults-Findings of the National Transgender Discrimination Survey. Enero de 2014. [En línea] (Fuente: <http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/AFSP-Williams-Suicide-Report-Final.pdf>) (Consultado en Noviembre de 2015), p. 11. "A higher than average prevalence of lifetime suicide attempts was consistently found among NTDS respondents who reported that they had been harassed, bullied, or assaulted in school by other students and/ or teachers due to anti-transgender bias (see Table 15). Among such

participantes, el intento de suicidio variaba muy poco de acuerdo con el espacio académico (primaria, bachillerato o universidad), en el cual la victimización había ocurrido.²²¹ Dentro de las personas que participaron y habían sido víctimas del matoneo y acoso transfóbicos, entre el 50 y 54% manifestaron haber tenido intentos de suicidio.

Por su parte, la UNESCO ha corroborado la relación existente entre el matoneo por la orientación sexual y la identidad de género y el suicidio. Esta organización internacional ha logrado establecer, en un documento que hace parte de la serie “Buenas políticas y prácticas para la educación en VIH y Salud: respuestas del sector educación frente al *bullying* homofóbico”²²², lo siguiente:

Los estudios revelan una clara relación entre *bullying* homofóbico en el ámbito escolar, desarrollado en forma repetida, de larga data, y la ocurrencia de depresión, ansiedad, pérdida de confianza, retraimiento, marginación social, culpa y sueño alterado. Estudiantes sometidos a *bullying* homofóbico piensan con mayor frecuencia en dañarse a sí mismos y tienen mayor probabilidad de suicidarse, respecto de la totalidad de la población juvenil.²²³

De lo anterior, se desprende que efectivamente hay una relación entre la orientación sexual y la identidad de género no normativa, y la depresión, la ansiedad y el suicidio.

Sin embargo, la relación no es intrínseca a la población LGBTI. Todo lo contrario, esta relación es precisamente el producto de las barreras, la exclusión y la discriminación sistemática a la que se ve expuesta esta población por su orientación sexual o su identidad de género. En otras palabras, si las personas LGBTI no se vieran expuestas a situaciones como el acoso, el matoneo, comentarios peyorativos,

respondents, suicide attempt prevalence varied little according to the level of school at which the victimization occurred”.

221 *Ibid.*

222 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. Buenas políticas y prácticas para la educación en VIH y Salud: respuestas del sector educación frente al *bullying* homofóbico. Cuadernillo 8, p. 24. [En línea] (Fuente: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002229/222918S.pdf>)

223 *Ibid.* Tomandocomoreferencia a: Hillier A, Turner A, Mitchell A., (2005), Writing themselves in Again: 6 years on. The 2nd national report on the sexual health & well-being of same sex attracted young people in Australia. Melbourne: Australian Research Centre in Sex, Health and Society (ARCSHS), La Trobe University; and Taylor et al., (2011), Every class in every school: The first national climate survey on homophobia, biphobia and transphobia in Canadian schools. Final Report. Toronto: Egale Canada Human Rights.

injerencias de terceros, y otras actitudes inspiradas por el prejuicio, así como la idea de que la heterosexualidad y lo cisgénero son metas idealizadas de lo que debería ser un ser humano, este grupo poblacional no tendría índices de suicidio superiores al resto de la población.

También se debe concluir que la homofobia y la transfobia no sólo afectan a la persona de manera externa, sino que lentamente empiezan a generar problemas internos de autoestima, sufrimiento y ansiedad, que puede desencadenar en muchas otras afectaciones a la salud mental y a la integridad física y psicológica de las personas LGBTI.

Sin embargo, también es importante notar que esta situación se agravará aun más cuando convergen otras categorías de discriminación histórica, como puede ser la pertenencia a un grupo racial o étnico, o la situación de discapacidad, o por ejemplo el género, o incluso la situación socioeconómica o el contexto. En ese sentido, la experiencia de una mujer lesbiana con discapacidad podrá tener aún más fuentes de presión, opresión, discriminación y barreras, que aumentará las posibilidades de que desarrolle ansiedad, depresión y a su vez que tenga intentos o ideaciones suicidas.

3.3.3. DERECHO A LA EDUCACIÓN: CONTENIDO Y ASPECTOS

Para una mejor comprensión del derecho a la educación, es menester tomar lo que la doctrina internacional ha entendido al respecto. Destaca, por la importancia de quien lo propuso y por la aceptabilidad que dentro de la comunidad académica ha tenido, lo preceptuado por Katarina Tomasevski.²²⁴ Para esta autora,

desde la perspectiva de los derechos humanos, la educación es un fin en sí mismo, así como un medio para conseguir otros fines. La educación debería preparar a los alumnos y alumnas para la participación política, debería mejorar la cohesión social y, fundamentalmente, debería enseñar a los chicos y chicas que todos los seres humanos—incluidos ellos mismos— tienen derechos.²²⁵

En el desarrollo del concepto a la educación, la autora plantea que aquél tiene cuatro contenidos: i) Asequibilidad, ii) Accesibilidad, iii) Aceptabilidad, y iv) Adaptabilidad. A continuación se expondrán cada uno de ellos.

224 Relatora Especial para el Derecho a la Educación de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

225 TOMÁSEVSKI, Katarina. *El asalto a la educación*. Barcelona : Intermón Oxfam, 2004, p. 52.

i) Asequibilidad:

Hace referencia a dos obligaciones en cabeza del Estado: 1) el establecimiento de escuelas como manifestación del derecho a la educación como un derecho civil y político; 2) la educación como gratuita y obligatoria que sea asequible para niños y niñas.

ii) Accesibilidad:

Hace referencia a la progresividad en el acceso a la educación para todos y todas, en donde no solamente la obligatoriedad se predique del nivel educativo de primaria, sino que los gobiernos progresivamente reconozcan tal obligación respecto de los restantes niveles educativos.

iii) Aceptabilidad:

Hace alusión a la calidad con que debe contar la educación, así como también a los "estándares mínimos de salud y seguridad o requisitos profesionales para los maestros"²²⁶.

iv) Adaptabilidad:

Este componente hace referencia a la exigencia que se debe hacer a las escuelas para que se adapten a los niños y niñas que a éstas ingresan, y con esto revertir "la costumbre de forzar a los chicos y a las chicas a que se adapten a cualquier escuela que se les ofrezca. Siendo los derechos humanos indivisibles, el requisito de adaptabilidad exige garantías para todos los derechos humanos dentro de la educación, así como para mejorar los derechos humanos a través de la educación"²²⁷.

Presentados los componentes de la educación, es importante señalar que aun cuando todos los componentes revisten de importancia, conviene precisar que únicamente los componentes de aceptabilidad y adaptabilidad revestirán de mayor importancia para esta unidad. Lo anterior, si se tiene en cuenta que tales componentes girarán en torno de los estudiantes, sujetos de especial relevancia para el desarrollo de la presente unidad.

Así pues, el componente iii) Aceptabilidad, referente a la calidad de la educación, implica a su vez que las condiciones educativas que garantizan su

²²⁶ *Ibid*, p. 77.

²²⁷ *Ibid*, p. 78.

calidad sean óptimas. La calidad en la educación no es un factor que dependa exclusivamente de las condiciones académicas de quienes imparten las clases, sino que también a ella convergen diferentes situaciones que propician una educación de calidad. Tales factores, entre muchos otros, deben propender porque el o la estudiante reciba sin ninguna interferencia el conocimiento. Al respecto, vale decir que la calidad académica debe ser el resultado de la sumatoria de una serie de características que van desde una convivencia sana entre pares, hasta el trato recibido por parte de profesores a alumnos.

Con esto, la calidad no debe ser entendida como sinónimo de excelencia académica, sino que también debe ser entendida como sinónimo de un ambiente de convivencia sano que propicie la obtención del conocimiento. De nada sirve un nivel académico alto, si frente a algunas personas aquél es inoperante, toda vez que para acceder a él existe una interferencia propiciada por un entorno de convivencia no sano.

Por su parte, la Corte Constitucional, con respecto al componente de aceptabilidad, ha señalado que

[...] una educación aceptable implica: un adecuado control y vigilancia de la actividad educativa, la prohibición de castigos físicos y tratos humillantes o degradantes, la adopción de medidas destinadas a garantizar que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías étnicas y la capacitación de los docentes.²²⁸

Se observa que para la Corte el componente de aceptabilidad también implica otra serie de características no exclusivamente relacionadas con el ámbito de la calidad de la educación. El componente iv) Adaptabilidad, hace alusión a que las escuelas deben adaptarse a los y las estudiantes y no estos a aquéllas. Este componente reviste de gran importancia para la unidad que aquí se trabaja, dado que el imperativo común que hoy en día debe existir en la generalidad de colegios, es el relativo a la primacía y respeto de los derechos humanos de las personas que a ellos convergen.

Dado el surgimiento del respeto por los derechos, se origina en cabeza de las escuelas una obligación de adaptarse a este cambio, dejando de lado la imposición de doctrinas de convivencia o religiosas que imponen la adaptación de los estudiantes

228 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-743 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

a las escuelas, en donde el respeto por los derechos humanos muchas veces se ve relegado.

3.3.4. LA DISCRIMINACIÓN EN EL SECTOR EDUCATIVO

3.3.4.1. LA AGRESIÓN Y EL ACOSO ESCOLAR (O MATONEO O *BULLYING*): SUS FORMAS Y LOS ROLES DE QUIENES PARTICIPAN EN ÉL

Los motivos que subyacen a la discriminación por orientación sexual e identidad de género tienen orígenes históricos y mecanismos que pueden ser similares a la discriminación por raza, etnia, discapacidad y género. En esa medida, es necesario recordar que esto responde a que las sociedades del pasado tenían una forma única de ciudadano ideal: una persona, preferiblemente blanca, que ojalá fuese hombre, sin discapacidad, heterosexual y de un nivel socioeconómico alto. Por esa razón se generaron estructuras discriminatorias que fueron naturalizadas, invisibles, y de origen histórico que han oprimidos a todas las demás poblaciones que no cumplen con ese modelo de ciudadanía ideal.²²⁹

Se habla de naturalizadas en virtud de que las personas las asumen como naturales y comunes, y se empieza a manejar la palabra “normal” para describirlas. Se habla de invisibles, pues por el mismo hecho de ser naturalizadas e interiorizadas por la sociedad, a veces resulta difícil percibir las.

Teniendo en cuenta lo anterior, es natural entonces encontrar que las formas de intimidación, agresión o matoneo en contra de la población LGBTI sea muy similar a la que se puede presentar contra otros grupos y poblaciones históricamente discriminados. La importancia de esta sección descansa en el hecho de que permite dilucidar de qué forma se ha entendido la discriminación en el sector educativo, y sus manifestaciones principales: las agresiones escolares, que de forma reiterada se convierten en acoso escolar (o el también llamado matoneo, o *bullying*).

El Decreto 1965 de 2013, en su Artículo 39, numeral 3 definió la agresión escolar de la siguiente forma:

²²⁹ Para indagar más sobre este tema de la discriminación, sus estructuras y los privilegios, véase la siguiente conferencia: PARRA FONSECA, Andrea. ¿Qué hago yo con mi privilegio? 10 de julio de 2015. Duración: 9 minutos. [En línea] (Fuente: https://youtu.be/UGJj_n-hYDE) [Consultado: noviembre de 2015].

Es toda acción realizada por uno o varios integrantes de la comunidad educativa que busca afectar negativamente a otros miembros de la comunidad educativa, de los cuales por lo menos uno es estudiante. La agresión escolar puede ser física, verbal, gestual, relacional y electrónica.²³⁰

La Ley 1620 de 2013 (también llamada Ley de Convivencia Escolar o Ley del Sistema Nacional de Convivencia) definió el acoso escolar (o *bullying*) en su Artículo 2 de la siguiente forma:

Conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado. También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo.²³¹

La Corte Constitucional sigue lo desarrollado por Enrique Chaux²³², y dentro de la sentencia T-478 de 2015²³³ sobre el caso de Sergio Urrego, define la intimidación escolar o acoso de la siguiente forma:

[...] agresión repetida y sistemática que ejercen una o varias personas contra alguien que usualmente está en una posición de poder inferior a la de sus agresores. Esta deliberada acción sitúa a la víctima en una posición en la que difícilmente puede escapar de la agresión por sus propios medios. Sin embargo, este tipo de intimidación no tiene una expresión singular o uniforme.

[...]

La intimidación es un abuso que está asociado directamente a un desequilibrio de poder entre quien agrede y quien es agredido. A diferencia de otro tipo de conflictos, que son deseables incluso en un marco de respeto y de tolerancia como

230 COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 1965 de 2013. Art. 39. Numeral 3.

231 COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1620 de 2013. Artículo 2.

232 CHAUX, Enrique. (2012). Educación, convivencia y agresión escolar. Bogotá: Ediciones Unianandes.

233 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sala de Revisión Quinta. Sentencia T-478 de 2015. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

instrumento de formación ciudadana, la intimidación no puede ser resuelta a través de una mediación de pares, sino que se requiere de una acción institucional de prevención y acompañamiento que permita superar una situación de esta naturaleza. Incluso, esta acción institucional debe buscar prevenir las graves consecuencias que la afectación a la intimidad tiene en la vida de las personas.²³⁴

En ese mismo fallo se advierte que existen principalmente cuatro tipos de formas de acoso o intimidación:²³⁵ la física, la verbal, la relacional, y la virtual. El Ministerio de Educación contempló una adicional en el Decreto 1665 de 2013 (la gestual), y por su parte la Corte en el fallo T-478 de 2015 estableció una sexta, la normativa. A continuación, se explica cada una de ellas.

a) Intimidación física

Consiste en un acto de agresión física contra una persona.

El Decreto 1665 de 2013, en su Artículo 39, numeral 3, literal a, define la agresión física como “toda acción que tenga como finalidad causar daño al cuerpo o a la salud de otra persona. Incluye puñetazos, patadas, empujones, cachetadas; mordiscos, rasguños, pellizcos, jalón de pelo, entre otras”²³⁶.

b) Intimidación verbal

Se configura cuando alguien de manera reiterada con palabras soeces u ofensivas o el uso de apodos, agrede verbalmente a una persona por su aspecto físico o un elemento de su intimidad. El Decreto 1665 de 2013, en su Artículo 39, numeral 3, literal b, define la agresión verbal como “toda acción que busque con las palabras degradar, humillar, atemorizar, descalificar a otros. Incluye insultos, apodos ofensivos, burlas y amenazas”²³⁷.

c) Intimidación relacional o indirecta

Se puede configurar de diversas formas: (i) el uso de rumores para dañar a una persona a través del desprestigio. (ii) La exclusión de grupos como, por ejemplo, no permitir que una persona se asocie con un grupo de estudiantes, (iii)

234 *Ibíd.* Argumento 58.

235 La Corte incluso realizó un cuadro utilizando como fuente: CHAUX, Enrique. Educación, convivencia y agresión escolar, y MONKS, Claire P. y COYNE, Iain. (2011). *Bullying in Different Contexts*. Cambridge: Cambridge University Press.

236 Decreto 1665 de 2013. Art. 39. Numeral 3. Óp. Cit.

237 *Ibíd.*

las agresiones encubiertas, donde se hace uso de notas, u otros mecanismos como mensajes, para que la persona se sienta agredida y no sepa quién lo hizo.

El Decreto 1965 de 2013, en su Artículo 39, numeral 3, literal d, define la agresión relacional como "toda acción que busque afectar negativamente las relaciones que otros tienen. Incluye excluir de grupos, aislar deliberadamente y difundir rumores o secretos buscando afectar negativamente el estatus o imagen que tiene la persona frente a otros"²³⁸.

d) Intimidación virtual

Consiste en la agresión a través de medios electrónicos. Por su parte, el Decreto 1965 de 2013, en su Artículo 39, numeral 3, literal e, no utiliza la categoría virtual, sino la de agresión electrónica. Esta la define así:

Es toda acción que busque afectar negativamente a otros a través de medios electrónicos. Incluye la divulgación de fotos o videos íntimos o humillantes en Internet, realizar comentarios insultantes u ofensivos sobre otros a través de redes sociales y enviar correos electrónicos o mensajes de texto insultantes u ofensivos, tanto de manera anónima como cuando se revela la identidad de quien los envía.²³⁹

e) Intimidación gestual

El Decreto 1965 de 2013 trae una categoría que no utilizó ni Enrique Chaux en su estudio, ni la Corte Constitucional, referente a la agresión gestual. Esta se encuentra definida también en el Artículo 39, numeral 3, literal c, y la define como "toda acción que busque con los gestos degradar, humillar, atemorizar o descalificar a otros".

f) Intimidación normativa

Por último, la Corte Constitucional también aclaró en la T-478 de 2015, que "las normas de los manuales de convivencia que fomenten una discriminación a los estudiantes en virtud del ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad, constituyen un trato que claramente se circunscribe en la definición de intimidación [...]"²⁴⁰. Por lo cual, podríamos estar hablando de una sexta categoría.

238 *Ibid.*

239 *Ibid.*

240 Sentencia T-478 de 2015. Óp. Cit. Para. 59. "[...] la intimidación escolar puede tener características estructurales que se desprenden de políticas o prácticas discriminatorias auspiciadas por las directivas de un colegio. Por ejemplo, y como se verá con mayor detenimiento

g) Intimidación y sus formas: vertical, horizontal y los roles de participantes

Ahora bien, el acoso escolar y la intimidación puede ser ejercida entre pares (de forma horizontal), o de forma vertical, es decir entre personas con distintos niveles de poder dentro de la institución. Un ejemplo de esta forma vertical es docente- estudiante, o rectora-docente, entre otras. Esta relación vertical u horizontal es contemplada en la Ley 1620 de 2013, al definir el acoso (o *bullying*) dentro del Artículo 2, tercer inciso.²⁴¹

En cuanto a los roles en una situación de acoso, la Corte, con base a lo establecido por Enrique Chaux²⁴², ha identificado tres principales roles, que se consignaron en la siguiente tabla:

en un capítulo posterior, las normas de los manuales de convivencia que fomenten una discriminación a los estudiantes en virtud del ejercicio de su libre desarrollo de la personalidad, constituyen un trato que claramente se circunscribe en la definición de intimidación ofrecida por esta Corporación en este caso. Por ejemplo, sancionar a un estudiante por tener un aspecto físico que desagrade a sus maestros o a las autoridades del colegio, resulta una agresión a su intimidad y a sus derechos, que pueden generar en la persona graves consecuencias en su autoestima, que pueden significar problemas psicoactivos de consideración, en la vida adulta”.

241 COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1620 de 2013. Artículo 2, tercer inciso. Acoso escolar o *bullying*: conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado. También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo. (Subrayado fuera de texto).

242 CHAUX, Enrique. *Educación, convivencia y agresión escolar* y COLLELL i CARALT, Jordi y ESCUDÉ MIQUEL, Carme. (2006). El acoso escolar: un enfoque psicopatológico. En: Anuario de Psicología Clínica de la Salud. Volumen 2.

Tipo de rol	Conducta
El agresor	El agresor raramente actúa solo, y predominantemente tiene una tendencia a la personalidad antisocial con una baja autoestima y unos niveles de ansiedad y agresividad altos.
La víctima	Generalmente, el estudiante víctima de hostigamiento se encuentra en este tipo de categorías: i) la víctima clásica, ansiosa, insegura, débil con poca competencia social; ii) la víctima provocativa que presenta un patrón de conducta emocional similar a los agresores; y iii) la víctima que es vista como diferente por el grupo y esta diferencia la convierte en objetivo de todo tipo de intimidaciones.
Los espectadores	El espectador es aquella persona que se limita a observar el hostigamiento aunque, con frecuencia, termina participando del mismo. Esto se explica por el fenómeno del contacto social que fomenta la participación en los actos de intimidación o también por el miedo a sufrir las mismas consecuencias si se ofrece apoyo a la víctima.

Tabla 1. Roles en una situación de hostigamiento o bullying. Cuadro elaborado por el despacho de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado dentro de la Sentencia T-478 de 2015. Con base a la información recogida en: CHAUX, Enrique (2012). 243

3.3.4.2. FORMAS DE ACOSO APLICADAS Y SU FRECUENCIA

Muy pocos estudios se han realizado sobre la frecuencia y las formas de acoso escolar en Colombia. Esto ha dificultado la implementación de la política pública contenida en la Ley 1620 de 2013 y su decreto reglamentario 1965 de 2013.

Sin embargo, del marco legal existente y de los estudios en la materia, se tiene que la intimidación reiterada constituye acoso escolar, y que ésta se puede dar en seis tipos (verbal, físico, virtual o relacional y la categoría gestual—agregada por el Ministerio— y la normativa—reconocida por la Corte—) y a su vez tenemos acoso horizontal (entre pares) y vertical (entre personas con distinto poder o relaciones de poder).

De la experiencia de Colombia Diversa se construye, como un marco de referencia, la siguiente tabla que establece cuáles son las formas comunes y

frecuentes de ver estos distintos tipos de intimidación y en sus relaciones con los distintos rangos de una comunidad educativa (excluyendo padres, madres, egresados).²⁴⁴ Se excluye la gestual y la normativa de esta tabla por razones de brevedad, y porque tiene relación con un acápite que se desarrollará más adelante.

Es necesario aclarar que estas situaciones no sólo se presentan por la orientación sexual o identidad de género y sin embargo si es frecuente verlas por estas razones. Situaciones como la raza o la pertenencia a un grupo étnico, o la ruptura de roles de género, o la condición de discapacidad, también pueden resultar en relaciones y situaciones similares a las que a continuación se presenta.

Calidad víctima	Formas de acoso	Calidad del agresor o la agresora		
		Estudiante	Docente	Directiva
Estudiante	Verbal	Insultos, apodos, chistes, amenazas.	Chistes, apodos, comentarios despectivos en clase, preguntas encaminadas a hacer quedar mal al estudiante, utilizar estudiante(s) como ejemplo de algo negativo.	Apodos, comentarios despectivos, uso de la persona como ejemplo negativo en reuniones y ceremonias (sin o con la presencia de la persona afectada).
	Física	Empujones, golpes, arrojar papeles.	Poco común. Pero puede traducirse en castigos (ej. mantenerse de pie durante toda la clase).	Poco común.
	Virtual	Videos, Montajes, Comentarios despectivos, Mensajes en redes sociales de a través de cuentas falsas.	Poco común.	Poco común.
	Indirecta	Exclusión de grupos de trabajo o de deportes (ej. Dejar de última a la persona).	Rumores temerarios sobre estudiante(s) con docentes, calificaciones arbitrarias, tolerancia al acoso de estudiantes en su presencia, procesos disciplinarios no justificados.	Rumores temerarios sobre estudiante con otras personas del plantel educativo, procesos disciplinario no justificados, tolerancia o justificación del matoneo ("quién lo manda").

²⁴⁴ La comunidad educativa, de acuerdo a la Ley 115 de 1994, está compuesta por: "por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos docentes y administradores escolares" (Art. 6).

Calidad víctima	Formas de acoso	Calidad del agresor o la agresora		
		Estudiante	Docente	Directiva
Docente	Verbal	Grupal: burlas, participaciones en clase buscando humillar o sacar a relucir aspectos de la vida personal (rara vez: amenazas)	Chistes en reuniones de docentes sobre la persona, preguntas de la vida personal en público (con el objetivo de humillar a la persona o sacar a relucir algún aspecto).	Chistes en reuniones sobre la persona, insultos (poco frecuentes).
	Física	Poco común. Arrojar papeles. en clase cuando la persona no está observando.	Poco común.	Poco común.
	Virtual	Videos en redes sociales burlándose y buscando humillar, y montajes.	Poco común.	Poco común.
	Indirecta	Poco común. Pero se pueden dejar mensajes ofensivos o intimidatorios en el tablero o en el escritorio.	Chismes temerarios, divulgación de la vida privada, exclusión de reuniones o grupos de trabajo.	Procesos disciplinarios contra la persona, establecimiento de cargas desproporcionadas discriminatorias, vigilancia particular sobre la persona y supervisión adicional no justificada, rumores.
Directiva	Verbal	Poco común por relación de poder. Sin embargo se pueden presentar insultos o gritos, congregaciones grandes de estudiantes.	Poco común por la relación de poder existente.	Poco común por los pocos cargos de directiva que pueden existir en la institución educativa.
	Física	Poco común.	Poco común.	Poco común por los pocos cargos de directiva que pueden existir en la institución educativa.
	Virtual	Montajes en redes sociales, videos burlándose o buscando humillar.	Poco común.	Poco común por los pocos cargos de directiva que pueden existir en la institución educativa.

Calidad víctima	Formas de acoso	Calidad del agresor o la agresora		
		Estudiante	Docente	Directiva
Directiva	Indirecta	Poco común por relación de poder. Chiflidos en grupos grandes, dejar notas con mensajes en la oficina.	Chismes temerarios, divulgación de la vida privada.	Chismes temerarios, divulgación de la vida privada con otras personas administrativas o de docencia.

Tabla 2. Formas y tipos de acoso frecuentes entre estudiantes, directivas y docentes. Construido con el marco conceptual de Enrique Chaux y las experiencias de Colombia Diversa. Elaborada por Juan Felipe Rivera Osorio.

Con esta información, a continuación se analizarán una serie de problemas e interrogantes recurrentes en torno al sistema educativo, el marco legal y la jurisprudencia vigente. Algunas de las conductas podrían catalogarse como agresiones e incluso acoso escolar.

3.3.5. LA COMUNIDAD EDUCATIVA: DOCENTES Y DIRECTIVAS

Cuando se piensa en personas LGBTI en el sector educativo, automáticamente se asume que se habla de estudiantes. Sin embargo, no puede pasar desapercibido que hay personas LGBTI que se desempeñan en el rol de docentes, de coordinación o rectoría, entre muchos otros.

Esto amerita la verificación sobre cuál ha sido la protección que se le ha dado a este grupo de la comunidad educativa, conformado por docentes y directivas, en la legislación y la jurisprudencia.

3.3.5.1. EL CASO DE LA C-481 DE 1998: LA HOMOSEXUALIDAD COMO MALA CONDUCTA DOCENTE Y LOS MITOS SOBRE LA DOCENCIA LGBTI

El primer interrogante es si existe y si es válida cualquier prohibición a una persona por ser lesbiana, gay, bisexual, transgénero o intersexual en asumir la labor de docencia o dirección de un establecimiento educativo. Para resolver este interrogante es necesario referirnos a la Sentencia C-481 de 1998.

Esta providencia judicial se originó a raíz del Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptaron normas sobre el ejercicio que la profesión docente estableció.

El citado Decreto, en su Artículo 46, estableció un listado de las causales de mala conducta. Entre ellas, establecía el ordinal b de la citada norma, que "el homosexualismo"²⁴⁵ era una de ellas. Esta norma permitía que, de acuerdo a lo establecido por el ordinal 3° del Artículo 49 de ese mismo Decreto, se pudiera dar la "exclusión del escalafón"²⁴⁶ que determina la destitución del cargo²⁴⁷.

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de resolver este interrogante luego de que la norma fuera demandada. Para ello celebró una audiencia pública, solicitó conceptos de expertos y abrió un debate nacional en el cual participaron entidades, universidades, ciudadanos y ciudadanas que tenían interés en la norma.

Como es habitual en este tipo de audiencias, hubo intervenciones de toda clase de entidades, organizaciones de derechos humanos y expertos y expertas sobre la materia. Pero lo que más llamó la atención ese 1 de septiembre de 1998 fue la intervención del grupo Triángulo Negro. La representante se llamaba Fabiola, y se presentó con una máscara ocultando su identidad, los medios de comunicación registraron su intervención de la siguiente forma:

Con la cara tapada con una máscara negra, una profesora lesbiana se presentó ayer ante la Corte Constitucional para defender su derecho a enseñar y no sufrir represalias por sus preferencias sexuales. Cubro mi rostro por el temor a ser

245 COLOMBA, Presidencia de la República. Decreto 2277 de 1979 (4 de septiembre). Art. 46, literal b). "Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta: b. El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales;"

246 La Corte Constitucional en Sentencia C-481 de 1998 definió el escalafón docente de la siguiente forma: "este escalafón docente es un sistema de clasificación de los educadores, según su preparación, experiencia y méritos, que cubre no sólo a los educadores que laboran en establecimientos públicos sino también en colegios privados, y que constituye un requisito para ciertos beneficios y posibilidades de trabajo en este campo. Así, sólo puede incorporarse a la carrera docente quien se encuentre inscrito en el escalafón".

247 Decreto 2277 de 1979. Op. Cit. Art. 49. "Sanciones por mala conducta. Los docentes que incurran en las causales de mala conducta establecidas en este Decreto se harán acreedores a las siguientes sanciones:

1. Aplazamiento del ascenso en el escalafón por un término de seis (6) a doce (12) meses;
2. Suspensión en el escalafón hasta por seis (6) meses que ocasiona la pérdida de los derechos y garantías de la carrera docente por el término de la suspensión, y la pérdida del tiempo de suspensión para los efectos de ascenso en el escalafón.
3. Exclusión del escalafón que determina la destitución del cargo".

sancionada por mi orientación sexual y por la discriminación de que puedo ser objeto por parte de la comunidad educativa, dijo al iniciar su intervención.²⁴⁸

Una de las cosas que más tuvieron impacto en los rostros de las personas que estuvieron en la audiencia pública ese día fue ver cómo un ser humano tenía que acudir ante la justicia, ocultando su rostro, por temor a que el ejercicio del derecho a ser oída, tuviera repercusiones en su vida profesional y su vida diaria.

Sin embargo, la Corte también encontró una fuerte oposición, incluso violenta, dentro del análisis de constitucionalidad de la norma. Así quedó manifestado en la sentencia C-481 de 1998, donde la Corte sintetizó estas posturas en los siguientes párrafos:

La Corte Constitucional recibió otros escritos, que en vez de efectuar un análisis sobre la constitucionalidad de la norma, planteaban posiciones agresivas contra los homosexuales, a quienes consideraban personas enfermas, aberradas e incluso peligrosas. [...]

Otros pasajes son incluso más agresivos, pues amenazan con agredir y mutilar a todo homosexual que pretenda ser docente. Además, en general los escritos emplean un lenguaje vulgar, que por discreción y respeto a la dignidad de la justicia, esta sentencia no transcribe, pero que considera necesario referir, por cuanto denota el alto grado de emotividad e intolerancia ligado al asunto que corresponde decidir a esta Corporación.²⁴⁹

En esa medida, el debate nacional fue amplio, y la Corte conoció opiniones y posturas jurídicas y personales en ambos sentidos. Por razones de brevedad no se abordarán todas las participaciones, pero uno de los interrogantes que surgieron en este escenario constitucional fue si las personas LGB (lesbianas, gay o bisexuales), tenían una orientación sexual por causas biológicas o era el resultado de una elección personal. La Corte desarrolló cada tesis para ver sus consecuencias y concluyó lo siguiente:

248 EL TIEMPO. Maestros gay se defienden en audiencia pública. Miércoles 2 de septiembre de 1998. [En línea] (Fuente: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-791613>) (En caso de falla en el link, por favor remitirse al siguiente artículo: *EL ESPECTADOR*, ¿Cómo serían sus vidas si fueran gays o lesbianas? 3 de agosto de 2014. [En línea] (Fuente: <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/vivir/serian-sus-vidas-si-fueran-gays-o-lesbianas-articulo-508378>))

249 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Así, si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (CP, Art. 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, 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 (CP, Art. 16). Por cualquiera de las dos vías que se analice, el resultado constitucional es idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto.²⁵⁰

<i>Ap</i>	<p><i>Actividad pedagógica</i></p> <p>¿Se hace o se nace?</p> <p>En la sentencia C-481 de 1998, la Corte determinó que independientemente de si la orientación sexual es una decisión o un aspecto biológico, las personas homosexuales tienen protección constitucional.</p> <p>Haga una lectura de los párrafos 16 al 23 de la sentencia C-481 de 1998 para ver las consecuencias de cada postura y su lógica constitucional.</p>
-----------	---

Para determinar si el trato diferenciado era constitucional y se encontraba justificado, la Corte utilizó el denominado test estricto²⁵¹. En primer lugar, el

250 *Ibid.* Para. 24.

251. *Ibid.* Para. 27. La Corte Constitucional en distintas providencias ha adicionado y eliminado etapas del test, o ha unificado distintas etapas. Dentro de la sentencia C-481 de 1998, la Corte lo definió de la siguiente forma: "ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, 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

Alto Tribunal buscó qué finalidades se perseguían por la norma que establecía la homosexualidad como una mala conducta sancionable. Así, la Corte encontró dos posibles finalidades: "(i) la protección contra eventuales abusos directos contra los menores por parte de profesores homosexuales y (ii) la posible influencia indebida que podrían tener estos maestros en el desarrollo y la identificación sexual de estos infantes"²⁵².

Sobre el primer punto, la Corte reconoció que el fin perseguido, a saber, la protección a la integridad sexual y personal de niños, niñas y adolescentes era un fin imperioso que el Estado debía perseguir, y además encuentra fundamento en el Artículo 44 del texto superior, que reconoce la prevalencia de los derechos de niños y niñas. Sin embargo, la Corte establece que

conforme a los estudios sociológicos en este campo y a las pruebas incorporadas en este expediente, la medida impugnada no es adecuada para alcanzar ese fin. Así, conforme al concepto rendido por el doctor Perea, experto en la materia, los homosexuales no tienen ninguna predisposición a cometer mayores delitos sexuales que los heterosexuales, ni a abusar en mayor medida de los niños, ya que la mayoría (95%) de los pedófilos son heterosexuales. Este concepto se ve confirmado por algunos estudios internacionales a los cuáles tuvo acceso la Corte y que muestran que, hasta la fecha, no existe ninguna evidencia de que los homosexuales presenten una mayor propensión que los heterosexuales a incurrir en actos de abuso sexual con menores.

[...]

No es entonces necesario que esta Corporación examine si existen otros mecanismos alternativos menos lesivos de la igualdad para proteger a los menores, ya que la medida acusada no es ni siquiera adecuada para alcanzar la finalidad pretendida.²⁵³

En ese sentido, este posible fin que persigue la norma es imperioso pero el medio utilizado es absolutamente reprochable e inocuo para la Corte, pues no proporciona ninguna protección a los niños y niñas. Adicionalmente, para el Alto Tribunal, era un prejuicio sin sustento empírico que denota la estigmatización

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. Con ese estándar, entra la Corte a analizar la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente".

252 *Ibid.* Para. 28.

253 *Ibid.* Para. 29.

que ha afligido a la población LGBT “y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica como son el mercado de trabajo y la fuerza laboral del país”²⁵⁴.

En este punto, la Corte brinda un primer elemento fundamental. Existe la necesidad de proteger la integridad de los niños, niñas y adolescentes, pero dicha protección merece medidas adecuadas, y para determinar que algo sea adecuado no sólo requiere el soporte de la sana lógica, sino además resulta condición *sine qua non* que esta medida tenga un respaldo empírico. Lo anterior es aún más importante cuando se trata de la limitación en el ejercicio de derechos fundamentales a un grupo poblacional.

El segundo fin identificado por la Corte que podía estar detrás de la medida es la posible influencia indebida que podrían tener las y los docentes en el desarrollo y la identificación sexual de estos infantes. La Sala Plena rápidamente identifica el móvil o el temor subyacente detrás de esta justificación y es la noción de que “la homosexualidad de un docente implica un riesgo de que el alumno devenga por tal razón homosexual, lo cual es perjudicial y debe a toda costa ser evitado”²⁵⁵.

El Tribunal Constitucional es aún más estricto con la afirmación:

La Corte considera que esa tesis no es de recibo ya que no sólo simplifica en extremo el complejo proceso de formación de la identidad y la orientación sexuales de una persona, sino que conduce además a contradicciones argumentativas y reproduce estigmas contra las poblaciones homosexuales.

[...] Estas defensas de la norma acusada se fundan en una postura discriminatoria contra la homosexualidad, por cuanto consideran que es deber del Estado evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual, tesis que esta Corte no puede aceptar [...]. Por ende, en este caso no es ni siquiera claro que la exclusión de los homosexuales persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa, [...].

En segundo término, [...] la formación de la orientación sexual de una persona es un proceso muy complejo, en el cual inciden múltiples factores, incluso orgánicos, [...]. En tal contexto, no es razonable suponer que la simple presencia de un profesor con una determinada orientación sexual provoque una orientación igual

254 *Ibid.* Para. 29.

255 *Ibid.* Para. 31.

en sus alumnos pues, si así fuera, como bien lo anotaron varios intervinientes, resultaría inexplicable que existieran hijos y alumnos homosexuales de padres y maestros heterosexuales. [...].²⁵⁶


En mérito de lo expuesto, la Corte terminó declarando inexecutable la norma acusada. Pero más allá de lo que pudo implicar esto en el régimen disciplinario, el fallo del alto tribunal tiene varios elementos fundamentales.

En primer lugar, el fallo rechazó la tesis de que las personas homosexuales son más propensas o representan un riesgo para la integridad física y sexual de los y las estudiantes. Esta conclusión se ve respaldada en estudios científicos e intervenciones de expertos.

En segundo lugar, el fallo rechaza la noción de que hay orientaciones sexuales más deseables que otras. La Corte fue tajante en establecer que existe una protección a la orientación sexual de las personas, independientemente de cuál sea.

En tercer lugar, el fallo desmitificó y levantó un estigma histórico: que la homosexualidad se traspasa y se enseña. Para este fin, el Alto Tribunal hace uso de estudios, pero también de un cuestionamiento sencillo y al mismo tiempo importante: ¿si la homosexualidad se transmite, por qué existen hijos e hijas homosexuales de padres y madres heterosexuales?

La Corte también es enfática en establecer que de ninguna forma esto se traduce en que un homosexual que abuse de un niño o una niña no deba ser sujeto de investigación y sanción: "si eso ocurre, esa persona debe ser investigada y sancionada de manera ejemplar, pero no por haber asumido una opción sexual diversa a aquella de la mayoría sino por haber cometido una conducta que atenta directamente contra los derechos prevalentes de los niños"²⁵⁷.

	<p style="text-align: center;"><i>Actividad pedagógica</i></p> <p>¿Pueden ser extensibles las consideraciones de la Corte Constitucional en el análisis de la sentencia C-481 de 1998, al caso donde los manuales de convivencia de las instituciones educativas que prohíban la homosexualidad en sus docentes? ¿Por qué?</p>
---	--

256 *Ibid.* Para. 31.

257 *Ibid.* Para. 30.

3.3.5.2. EL ACOSO CONTRA DOCENTES Y DIRECTIVAS: ENTRE LA LEY 1620 DE 2013 DE CONVIVENCIA ESCOLAR Y LA LEY 1010 DE 2006 DE ACOSO LABORAL

En este punto también resulta pertinente precisar mediante qué mecanismos puede una directiva, un docente o una docente, solicitar la protección de sus derechos cuando se encuentran vulnerados por el acoso relacionado con su orientación sexual o su identidad de género dentro del ámbito escolar. Como se ha venido manifestando, el acoso escolar contra docentes y directivas puede provenir de estudiantes, de otros/as docentes, y de otras directivas. En esa medida, es necesario recordar que la Ley 1620 de 2013, sobre convivencia escolar, contempló el escenario de que los y las docentes fueran víctimas de acoso escolar por parte de estudiantes ante la indiferencia o complicidad de su entorno²⁵⁸. Sin embargo, la Ley no contempla el escenario universitario. Con esa claridad, cuando una docente o un docente se enfrenta a situaciones de intimidación y acoso por parte de sus estudiantes, nos encontramos ante un caso de acoso escolar, cuyo mecanismo y formas de atención se verán más adelante.

De lo anterior surge la siguiente duda: ¿qué sucede cuando se presenta un caso donde la persona, sea directiva o docente, es víctima de sus colegas (acoso horizontal) o de un superior jerárquico —o persona con mayor poder— (acoso vertical)? Este tipo de situaciones no son concebidas por la Ley 1620, sino que, por el contrario, debe aplicarse el régimen general de acoso en materia laboral, contenido en la Ley 1010 de 2006.

- Esta normativa definió el acoso laboral en su artículo 2, como

[...] toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo²⁵⁹.

Adicionalmente, el citado artículo enunció de forma no taxativa las modalidades bajo las cuales se puede configurar el acoso laboral, entre ellas: maltrato laboral²⁶⁰,

258 Ley 1620 de 2013. Art. 2. *Op. cit.*

259 COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1010 de 2006. Artículo 2.

260 *Ibid.* "Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeña como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa

persecución laboral²⁶¹, discriminación laboral²⁶², entorpecimiento laboral²⁶³, inequidad laboral²⁶⁴ y desprotección laboral²⁶⁵.

Para mantener la unidad de materia educativa y LGBTI sólo se desarrollará el concepto de discriminación laboral que fue definida en el mismo Artículo como “todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral”²⁶⁶.

Como se abordó en acápites anteriores, en ocasiones la jurisprudencia constitucional ha encaminado el criterio de género en la legislación y de sexo en la Constitución como la categoría con la capacidad de realizar una agrupación de la orientación sexual y la identidad de género. Ahora bien, la norma cuenta con un texto abierto al afirmar que un trato diferenciado por “situación social que carezca de razonabilidad desde el punto de vista laboral”, permite a quien interprete la norma poder realizar el ejercicio de manejar la orientación sexual y la identidad de género dentro de esta categoría abierta del Artículo 2 de la Ley 1010 de 2006.

Una buena forma para realizar este ejercicio es la argumentación presentada en la C-481 de 1998. Esta puede servir como apoyo para los jueces y las juezas de

o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral”.

261 *Ibid.* “Toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral”.

262 *Ibid.* “Todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral”.

263 *Ibid.* “Toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos”.

264 *Ibid.* “Asignación de funciones a menosprecio del trabajador”.

265 *Ibid.* “Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador”.

266 *Ibid.*

la República al momento de resolver los casos que les lleguen sobre situaciones de acoso que se presenten a docentes por su orientación sexual y su identidad de género, ya sea conociendo los casos en sede de tutela, en los procesos ordinarios laborales, o incluso en el control contencioso (a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) de actos administrativos sancionatorios.

Sin embargo, inmediatamente debe formularse las siguientes preguntas: (i) ¿aplica la protección de esta norma únicamente para personas que tienen un contrato laboral?; (ii) ¿qué implicaciones tiene pertenecer a un régimen privado o público, si se admite que las instituciones educativas pueden ser públicas (oficiales) o privadas. Respecto de la primera pregunta, la Ley 1010 de 2006, en el parágrafo del Artículo 1 determinó que la ley “no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación. Tampoco se aplica a la contratación administrativa”²⁶⁷.

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este primer interrogante, luego de que el enunciado normativo fuera demandado. Uno de los argumentos del demandante era que en su criterio, las personas bajo contrato laboral y de prestación de servicios debían recibir la misma protección frente al acoso laboral.²⁶⁸

Para el Alto Tribunal fue claro que existía un elemento diferenciador entre las relaciones laborales y la prestación de servicios. Este elemento era la dependencia (o subordinación). En esa medida, en los contratos laborales este elemento era esencial y se encontraba presente, mientras que en el contrato de prestación de servicios no.²⁶⁹ Esto para la Corte impedía que se pudiera dar un trato igualitario a situaciones que son en muy principio distintas.

Sin embargo, la Corte puntualizó a la hora de interpretar el Artículo 1 que

²⁶⁷ *Ibid.* Art. 1.

²⁶⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-960 de 2007. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁶⁹ *Ibid.* “El elemento diferenciador determinante entre las relaciones laborales y los contratos de prestación de servicios es la dependencia o subordinación. Pues en las primeras dicho elemento se encuentra presente mientras que en los segundos no.

Así, los dos grupos de personas en principio no son comparables y no es exigible constitucionalmente un mismo trato”.

la norma prevé que cuando exista subordinación en un contrato de prestación de servicios el régimen del acoso laboral sí será aplicable en virtud de lo señalado en dicho artículo. De tal forma que el propio legislador extiende dicho régimen a las situaciones en las cuales sin importar el nombre del contrato que enmarque una relación personal, exista en realidad jerarquía o subordinación. Así la ley trata de manera igual las situaciones iguales, a la luz de su finalidad primordial.²⁷⁰

Con esta conclusión, la Corte estableció con claridad que la regla a aplicar para en casos de contratos de prestación de servicios era el contrato realidad²⁷¹; es decir que independientemente de la denominación o apariencia del contrato, si este contiene los elementos de subordinación, prima esta esencia, sobre su forma. En ese sentido, los contratos de prestación con este elemento serán cubiertos por el régimen contenido en la Ley 1010 de 2006.

Ahora bien, para responder el segundo interrogante sobre si existe alguna diferencia relevante en el tratamiento del acoso laboral en el sector público o privado, o mejor dicho, en colegios públicos o privados, es necesario analizar las rutas con las que cuenta cada uno. En el caso de los colegios públicos y las universidades oficiales, los docentes, las docentes, y las directivas, cuando se encuentran vinculadas mediante contrato laboral (o prestación de servicios con subordinación), si el acoso proviene de un servidor público, podrán hacer uso de la queja o denuncia para darle tratamiento, en primer lugar²⁷², en el Comité de Convivencia Laboral y en caso de que la conducta persista, no se llegue a un acuerdo

270 *Ibid.*

271 *Ibid.* Véase sentencia C-282 del 2007. M. P. Álvaro Tafur Galvis (citando parcialmente la sentencia T-1109 de 2005 M. P. Humberto Sierra Porto): "*Tanto la ley como la jurisprudencia han establecido la presunción de existencia de una relación laboral al margen del nombre asignado al contrato, lo que ha sido denominado como contrato realidad, es decir "aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma"*."

272 De acuerdo con la Ley 1010, en su Artículo 9, numeral 2, "La víctima del acoso laboral podrá poner en conocimiento del Inspector de Trabajo con competencia en el lugar de los hechos, de los Inspectores Municipales de Policía, de los Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo, a prevención, la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral. La denuncia deberá dirigirse por escrito en que se detallen los hechos denunciados y al que se anexa prueba sumaria de los mismos. La autoridad que reciba la denuncia en tales términos conminará preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales referidos en el numeral 1 de este artículo y programe actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones entre quienes comparten una relación laboral dentro de una empresa. Para adoptar esta medida se escuchará a la parte denunciada".

o se incumpla lo acordado²⁷³, se adelante el proceso disciplinario sancionatorio como falta gravísima del Código Disciplinario Único.²⁷⁴ En el caso del Distrito Capital, la Secretaría de Educación cuenta, para el caso de los colegios, con un Comité de Convivencia y Conciliación Laboral.²⁷⁵

En el caso de las instituciones privadas, cuando falla el procedimiento ante el Comité de Convivencia Escolar, “el Comité informará a la alta dirección de la empresa, cerrará el caso y el trabajador puede presentar la queja ante el inspector de trabajo o demandar ante el juez competente”²⁷⁶. En esa medida, la persona del sector privado no cuenta con la vía disciplinaria, pero puede acudir a la jurisdicción ordinaria con competencia laboral.

¿Podría entonces acudirse a la acción de tutela? La Corte Constitucional respondió este interrogante en la sentencia T-882 de 2006, donde consideró que en el régimen público, de acuerdo a la ley, el acoso laboral constituye una falta disciplinaria gravísima, mientras que en el régimen privado, el acoso laboral cuenta con amplias herramientas para ser abordado.²⁷⁷ Teniendo en cuenta dicha diferencia, en esa oportunidad la Corte concluyó lo siguiente:

273 COLOMBIA, Ministerio de Educación Nacional. Resolución Art. 6. “7. En aquellos casos en que no se llegue a un acuerdo entre las partes, no se cumplan las recomendaciones formuladas o la conducta persista, el Comité de Convivencia Laboral, deberá remitir la queja a la Procuraduría General de la Nación, tratándose del sector público. En el sector privado, el Comité informará a la alta dirección de la empresa, cerrará el caso y el trabajador puede presentar la queja ante el inspector de trabajo o demandar ante el juez competente”.

274 COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1010 de 2006. Art. 10. “El acoso laboral, cuando estuviere debidamente acreditado, se sancionará así: 1. Como falta disciplinaria gravísima en el Código Disciplinario Único, cuando su autor sea un servidor público”.

275 BOGOTÁ, Secretaría de Educación Distrital. Resolución 2810 del 19 de noviembre de 2012.

276 Ley 1010 de 2006. Art. 10. *Óp. Cit.*

277 COLOMBIA, Corte Constitucional. T-882 de 2006. M. P. Humberto Sierra Porto. “En el ámbito de lo privado, el acoso laboral puede ser sancionado de la siguiente forma (i) como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo; en tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; (ii) con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador que lo tolere; (iii) con la obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de riesgos profesionales el cincuenta por ciento (50%) del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral; (iv) con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo; y (v) como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo,

[...] la Sala encuentra que cuando el acoso laboral tiene lugar en el sector público, la víctima del mismo cuenta tan sólo con la vía disciplinaria para la protección de sus derechos, mecanismo que no sólo es de carácter administrativo y no judicial en los términos del artículo 86 Superior, sino que no resulta ser eficaz para el amparo del derecho fundamental a gozar de un trabajo en condiciones dignas y justas. Aunado a lo anterior, como se ha señalado, para el caso del sector público el legislador no previó la puesta en marcha de medidas preventivas, como sí su sucede en el ámbito privado. En efecto, no sólo la vía disciplinaria no es tan rápida como la tutela, sino que además, por medio de ella, no se puede lograr el traslado del trabajador, o al menos, la impartición de una orden al superior para que cese de inmediato en su conducta. Aunado a lo anterior, el mencionado mecanismo no tiene efectos frente a particulares, como por ejemplo, las Aseguradoras de Riesgos Profesionales cuando quiera que éstas se nieguen a practicar exámenes médicos para calificar el origen de una enfermedad profesional (estrés laboral).

Así las cosas, la Sala estima que para los casos de acoso laboral que se presenten en el sector público, la vía disciplinaria puede no ser un mecanismo efectivo para la protección de los derechos de los trabajadores, y por ende la tutela resulta ser el instrumento idóneo en estos casos, sin perjuicio, por supuesto, de la responsabilidad disciplinaria que se le pueda imputar al sujeto activo de acoso laboral.²⁷⁸

En el caso de la situación de acoso dentro del sector privado, la Corte precisó que:

[...] cuando el acoso laboral tenga lugar en el sector privado, la Sala estima que la acción de tutela resulta, en principio, improcedente dado que el trabajador cuenta con una vía judicial efectiva para amparar sus derechos, cual es acudir ante el juez laboral a fin de que éste convoque a una audiencia de práctica de pruebas dentro de los treinta días siguientes, providencia que puede ser apelada.²⁷⁹

Esta postura ha sido reiterada por el Consejo de Estado en Sección Segunda²⁸⁰. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha

según la gravedad de los hechos, cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno”.

278 *Ibid.*

279 *Ibid.*

280 COLOMBIA, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 19 de agosto de 2010. Consejero Ponente. Hugo Fernando Bastidas. Radicado número: 25000-23-15-000-2010-01304-01(AC): “Entonces, al igual que la Corte Constitucional, la Sala estima que para los casos de acoso laboral que se presenten en el sector público, la vía disciplinaria puede no ser un mecanismo efectivo para la protección de los derechos de los

determinado que los procesos de acoso laboral, al ser procesos especiales y no ordinarios, no pueden ser atacados mediante recurso de casación,²⁸¹ por lo cual no existen pronunciamientos de fondo sobre la materia.

Para concluir, se tendría entonces que los y las docentes, así como las directivas que sufran una situación de acoso por sus pares y por superiores, podrán acudir al régimen de acoso laboral contemplado en la Ley 1010 de 2006. En el caso de los privados, tendrán herramientas preventivas y contractuales, y deberán acudir al Comité de Convivencia Laboral. De no llegar a un acuerdo o incumplirse, podrán acudir a la jurisdicción ordinaria con competencia laboral. Con respecto al sector público, el Comité de Convivencia remitirá el caso a la Procuraduría General de la Nación o a la oficina competente, y se adelantará el proceso disciplinario sancionatorio contra el agresor o agresora. Esto posibilita que las víctimas, en este sector, hagan uso de la acción de tutela. No ocurre lo mismo para quienes sean víctimas de acoso laboral en el sector privado. Cuando el acoso provenga por parte de estudiantes hacia docentes, estamos ante el fenómeno de acoso escolar, regulado por la Ley 1620 de 2013. Este régimen legal no incluirá a las personas que vivan esta situación en la educación superior.

3.3.6. ESTUDIANTES LGBTI Y LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS

3.3.6.1. DISTINCIONES PRELIMINARES: LAS DISTINTAS CATEGORÍAS EN JUEGO

Por estudiantes LGBTI nos referimos entonces a estudiantes gay, lesbianas, bisexuales, trans e intersexuales. Sin embargo, es importante reiterar en este punto lo siguiente: ser lesbiana, bisexual o gay, es una cuestión que se limita exclusivamente a la orientación sexual. Ser parte de alguna de estas poblaciones, no implica que la persona sea más femenina, o masculina, o que se identifique con otro género.

Cuando hablamos de personas trans, principalmente estamos hablando de hombres o mujeres trans, y de personas que no se identifican con un género en

trabajadores. Y, por ende, la tutela resulta ser el instrumento idóneo, sin perjuicio, por supuesto, de la responsabilidad disciplinaria que se pueda imputar al sujeto activo de la conducta que sanciona la Ley 1010 de 2006".

281 Véase, COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Autos: auto del 2 de agosto de 2011, rad. 47.080 y auto del 19 de marzo de 2014 Radicado N°. 62854.

particular. En ese sentido, se hace referencia únicamente a la identidad de género. Cuando hablamos de personas intersexuales, estamos hablando de una cuestión biológica que tiene que ver con la genitalidad y la biología de la persona. Estamos hablando entonces de personas que pueden tener la genitalidad masculina y femenina, desarrolladas ambas absolutamente o una parcialmente. Por esa razón es necesario distinguir estas categorías, pues las necesidades, el ejercicio de los derechos y los conflictos que con ocasión a ese ejercicio puedan surgir, son totalmente distintos.

Lo anterior no excluye, por supuesto, la posibilidad de que puedan existir casos que agrupen varias categorías o conceptos: una mujer trans (es decir, que se le asignó el sexo masculino al nacer por su genitalidad —pene— y que se identificó como mujer y tomo medidas en ese sentido), que a su vez sea bisexual (le gustan hombres y mujeres); o en su defecto un hombre intersexual heterosexual, es decir, una persona que tiene genitalidad masculina y femenina, pero que, por ejemplo, sus órganos masculinos fueron más desarrollados, por lo que se le asignó ese género que él mismo se reconoció de tal manera y siente atracción por mujeres.

Con este horizonte, se debe formular entonces, ¿cuáles son las necesidades y cuáles son los conflictos y barreras que surgen regularmente para la población LGBTI? Para responder este interrogante, en primera medida se analizarán los problemas exclusivos de cada grupo (por orientación sexual, por identidad de género, y por intersexualidad) y luego se desarrollarán los problemas transversales a toda la población. Los temas relacionados con los manuales de convivencia se presentarán en un acápite posterior²⁸².

3.3.6.2 DERECHOS, CONFLICTOS Y NECESIDADES: ESTUDIANTES LESBIANAS, GAY Y BISEXUALES

La orientación sexual (como fue desarrollado en las primeras unidades del módulo), cuenta con la protección constitucional cristalizada en los derechos al libre desarrollo de la personalidad del Artículo 16 de la Constitución (como un aspecto del proyecto de vida), y del derecho a la igualdad del Artículo 13 de la Constitución que prohíbe la discriminación por ese motivo.

282 3.3.7 Manuales de Convivencia y sus Limitaciones.

Estos derechos y su ejercicio, materializado en la facultad de los y las estudiantes a definir su orientación sexual, encuentran barreras recurrentes de tres tipos: (i) la patologización o tratamiento de la orientación sexual como enfermedad; (ii) las prohibiciones de manifestaciones de afecto; (iii) las prácticas violatorias de la privacidad contra estudiantes lesbianas, gay y bisexuales.

a) Patologización o el tratamiento de la orientación sexual como enfermedad

Sobre el primer punto, relacionado con la patologización o el tratamiento de la orientación sexual no heterosexual como enfermedad, es relevante recordar que el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) eliminó la homosexualidad como una enfermedad psiquiátrica. Por su parte, la Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones ha tenido la oportunidad, no sólo de levantar el estigma y el prejuicio, sino que además ha desarrollado la protección de la orientación sexual como una categoría amparada por el libre desarrollo de la personalidad.

En la Sentencia T-565 de 2013, este Alto Tribunal manifestó que la orientación sexual no sólo hace parte del núcleo esencial del derecho a la dignidad, libertad y autonomía, sino que además la orientación sexual hace parte de la esfera íntima del individuo y se ejerce bajo una entera autonomía,²⁸³ y esto incluso lo manifestó en relación con las facultades regulatorias que podía tener una institución educativa.

A pesar de la jurisprudencia de la Corte y lo establecido por la OMS, los casos conocidos por Colombia Diversa muestran que la orientación sexual no normativa se maneja como una confusión del o la estudiante, una situación que requiere de alguien que le oriente y como se asume la homosexualidad o bisexualidad como una patología. De ahí, se aplican calificaciones como “desviación”, “vulgaridad”, o “algo grotesco” cuando una persona revela su orientación sexual.

Estos calificativos, como el “tratamiento” que se da para “enderezar” la orientación sexual de alguien, se encuentran dentro de las actitudes que la Corte

283 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas. “Las decisiones que toma el sujeto respecto a su reconocimiento en la identidad y orientación sexual hacen parte del núcleo esencial de su dignidad, libertad y autonomía. Debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Corte ha contemplado que la regla de prohibición de discriminación fundada en la opción sexual resulta aplicable, de manera específica, en el ámbito educativo. aquellos tópicos relativos a la decisión sobre la opción sexual, entendida en su doble condición de identidad u orientación, son asuntos que competen a la esfera íntima del individuo y que ejerce bajo su completa autonomía”.

ha descrito en el pasado como vulneraciones del derecho contemplado en el Art. 16. En este sentido, vale la pena recordar que la sentencia C-336 de 2008 determinó que “se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”²⁸⁴.

En muchos casos se encuentra de forma reiterada que a estudiantes LGB se les obliga a asistir a un acompañamiento psicológico dentro y fuera de la institución educativa. Para este fin, es necesario recordar en palabras de la Corte Constitucional en la Sentencia T-062 de 2011 que hay pocos aspectos “más estrechamente relacionado con la definición ontológica de la persona que el género y la inclinación sexual. Por ende, toda interferencia o direccionamiento en ese sentido es un grave atentado a su integridad y dignidad, pues se le estaría privando de la competencia para definir asuntos que a él solo conciernen”²⁸⁵.

b) Las prohibiciones de manifestaciones de afecto

El debate sobre las manifestaciones de afecto es quizás uno de los que más polémica ha generado dentro de las instituciones, así como en la sociedad en general. Como bien lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-478 de 2015,

[...] en el ámbito educativo, los estudiantes pasan buena parte de sus primeros años de vida y formación de su personalidad juntos, por lo que es normal que se presenten situaciones relacionadas con la sexualidad de los jóvenes. Sin embargo, la realidad muestra que el tratamiento de dichas situaciones suele resultar poco pacífico cuando las aspiraciones de las instituciones educativas en torno al manejo de esta faceta de la personalidad, están en contravía con las manifestaciones de los educandos.

Dentro de la práctica diaria, cuando se le cuestiona a las instituciones educativas sobre la necesidad de tener prohibiciones en las manifestaciones de afecto en general, y en relación con los y las estudiantes LGBTI, surgen una serie de respuestas. Por un lado, arguyen algunas instituciones que se trata de una medida para combatir el embarazo en niños, niñas y adolescentes, pues al prohibir los

284 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-336 de 2008. M. P. Manuel José Cepeda Espinoza.

285 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas.

besos, y el afecto en general, se impide, en criterio de las instituciones, que los y las estudiantes puedan tener mayor excitación sexual. Por otro lado, se menciona que esto también surge por la necesidad de tener las instituciones educativas únicamente como espacios académicos. Por último, también se manifiesta que en el caso particular de la población LGBTI, existe una necesidad de no dar "mal ejemplo" a otros y otras estudiantes, en especial de grado menor.

Debido a que todavía es un tema donde existe discusión literaria y la jurisprudencia ha abordado el tema esporádicamente como un eje central de una providencia judicial, resulta entonces necesario aplicar el denominado test de razonabilidad, en virtud de que presenta una normativa que buscará limitar, posiblemente, el ejercicio de dos derechos fundamentales: el derecho a la igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. A su vez, este test de proporcionalidad será estricto²⁸⁶ en virtud de que (i) la medida recae principalmente sobre un grupo históricamente discriminado (población LGBTI, en particular jóvenes), (ii) porque este grupo obtiene protección constitucional como grupo de especial protección, bajo lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la medida versa sobre él mismo, (iii) y la medida posiblemente afecta el goce efectivo del derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

La jurisprudencia ha establecido varias etapas para realizar este test. Para mayor claridad, en este punto se sugiere hacer uso de los siguientes pasos, teniendo en cuenta que la jurisprudencia varía el número de pasos y en ocasiones

286 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-354 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. *"En el test estricto de razonabilidad los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes, en la medida en que, en desarrollo del mismo, el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso, y el medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino, además, necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, en el test estricto se incluye, como cuarto paso, la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida deben exceder claramente las restricciones impuestas por la medida sobre otros principios y valores constitucionales. Se ha aplicado el test estricto de razonabilidad: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos, prima facie, afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental, o, 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio".*

su denominación, pero confiando en que los siguientes pasos contienen, en su esencia, todos los elementos del test.

- a) ¿Persigue la medida un fin legítimo, importante e imperioso?
- b) ¿Es la medida adecuada y conducente para el fin que se persigue?
- c) ¿Es la medida la única disponible, proporcional o la menos lesiva para los derechos fundamentales afectados con su implementación?
- d) ¿Afecta la medida el núcleo del derecho fundamental en cuestión?
- e) La medida al ser ponderada con las posibles afectaciones, resulta favorable.

Como se puede observar, las apreciaciones y consideraciones del o la intérprete podrán dar resultados distintos en este test. Sin embargo, en aras de ilustrar este ejercicio se procederá, de forma sencilla y breve a realizarlo. En este punto, vale la pena recordar que la jurisprudencia ha determinado que una vez se falla en uno de los pasos del test, no resulta necesario seguir realizando el resto de pasos.

En cuanto al fin legítimo que persigue la medida, se han expuesto tres: 1. Combatir el embarazo en niños, niñas y adolescentes, 2. La necesidad de tener las instituciones educativas únicamente como espacios académicos. 3. Una necesidad de no dar “mal ejemplo” a otros y otras estudiantes, en especial de grado menor.

Sobre la primera justificación y fin, relacionado con el embarazo en niños, niñas y adolescentes, se tiene, en criterio de los suscritos, que el fin perseguido es imperioso, como una medida de proteger la integridad física, emocional y mental de las personas, pero también como una forma de proteger los proyectos de vida de ser afectados por un embarazo no deseado conscientemente. Ahora bien, ¿prohibir los besos es una medida adecuada y conducente para combatir el embarazo infantil? La respuesta no resulta de todo clara. Si bien dentro de los actos íntimos, los besos pueden ser una etapa de las relaciones sexuales, poco convincente es la idea de que estos sean una etapa que lleve más adelante al embarazo. Siguiendo este hilo lógico, existirán otras medidas, más efectivas y menos lesivas para los derechos de toda la población estudiantil, como puede ser la educación sobre derechos sexuales y reproductivos, (que por cierto se contempló nuevamente en la Ley 1620 de 2013). En el caso de gay y lesbianas, la medida también será absurda, pues a menos de que se acuda a procesos de reproducción asistida, no será posible llegar a un embarazo.

En cuanto a la segunda justificación, relacionada a la necesidad de tener las instituciones educativas únicamente como espacios académicos, es necesario preguntarse si es un fin legítimo, importante e imperioso. Lo anterior, porque si bien es cierto que los colegios tienen un rol de formación en los niños, niñas y adolescentes, esto no se limita a un currículo académico. Así, la Ley 115 (Ley General de Educación) en su Artículo 1 determina con claridad que “la educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes”²⁸⁷. Por su parte, el Artículo 5 de la misma Ley, es claro en reconocer los fines de la educación. Entre ellos se encuentran:

1. El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos.

2. La formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad.²⁸⁸ (Subrayado fuera de texto)

El ordenamiento jurídico, al no ser quien pone una restricción en las manifestaciones de afecto, y teniendo la educación un aspecto mucho más amplio que el ámbito académico, y siendo el afecto parte del desarrollo de la personalidad (amparado por el Artículo 16 de Constitución), podría concluirse que limitar las manifestaciones de afecto, es una forma de negar el desarrollo de la personalidad, y en particular un proceso de formación integral, que incluye un ámbito afectivo. De suerte, entonces, que la limitación debería verse ponderada con el fin perseguido: la educación académica, y en esa medida, un punto intermedio sería limitar estas manifestaciones dentro de los espacios como las clases, por ejemplo, pero no en el tiempo libre de los y las estudiantes.

Una tesis similar fue compartida por la Corte Constitucional en la sentencia T-909 de 2011, donde donde el Alto Tribunal tuvo la oportunidad de analizar el caso de una pareja de hombres que al besarse en un centro comercial en Cali, fueron obligados a abandonar el establecimiento. En ese caso, la Corte manifestó lo siguiente:

287. COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 115 de 1994.

288. *Ibid.* Art. 5. Numeral 1.

[...] besarse de modo romántico con la pareja, sea o no homosexual, hace parte de los espacios de libertad individual que toda persona natural posee a la luz de su dignidad para vivir como se quiere, para su libre desarrollo personal y para el derecho a no ser molestado en esa elección específica que sólo a él o ella interesa. Y como el legislador no lo ha restringido como derecho de libertad (y sólo lo podría hacer bajo supuestos exigentes de racionalidad y proporcionalidad), no lo puede hacer ni un centro comercial en sus estatutos, ni una empresa de vigilancia por más que tengan como función colaborar con las autoridades de policía.²⁸⁹

Frente al último motivo que se ha esgrimido, será entonces relevante traer a colación la lógica de la sentencia C-481 de 1998. Cuando se plantea que las manifestaciones de afecto entre parejas del mismo sexo, se están afirmando dos cuestiones: la primera, que existe una orientación sexual legítima y una ilegítima, y en ese sentido, existe un temor de que la orientación sexual ilegítima —la homosexualidad o bisexualidad influncie a otra persona, a optar por ella, cosa, que según esta lógica, es negativa; la segunda va íntimamente relacionada: la orientación sexual se puede enseñar y transmitir, y ahí también radica el mal ejemplo. Por esa razón, el móvil detrás de esta justificación resulta homofóbico. Es una forma sutil de manifestar que la homosexualidad y la bisexualidad son negativas, y deben ser evitadas a toda costa.

Siguiendo lo establecido en la sentencia C-481 de 1998, sobre la docencia como mala conducta, la Corte dejó claro que no es posible admitir, ni tampoco encontrar, un sustento constitucional a un fin arraigado en el prejuicio y el estigma histórico de la población LGBT. Por esa razón, este fin perseguido podría considerarse inconstitucional.

c) Las prácticas violatorias de la privacidad contra estudiantes lesbianas, gays y bisexuales.

La práctica violatoria de la privacidad por excelencia en cuanto a estudiantes LGB es revelar su orientación sexual a otras personas (o en palabras coloquiales, sacarlos del closet). Esto puede ser:

- Hacia su(s) padre(s) y/o madre(s) o persona cuidadora.
- Hacia otras personas integrantes del plantel educativo (estudiantes y docentes).

289 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-909 de 2011. M. P. Juan Carlos Henao.

Salir del clóset o revelar la orientación sexual a otra persona es tal vez uno de los actos que más ansiedad, coraje y liberación puede causar a lesbianas, gay y bisexuales. Es un acto tan íntimo que muchas veces se analiza en qué ocasiones hacerlo, por qué hacerlo, y esta decisión puede tener consecuencias negativas, si el entorno familiar o escolar tiene animadversión o tiene poco conocimiento sobre el tema.

Como bien lo ha contemplado la Asociación de Psicología Americana (APA), "muchas personas dudan en revelarse debido al riesgo de enfrentarse a los prejuicios y a la discriminación. Algunas personas optan por mantener en secreto su identidad; algunas deciden revelarse en circunstancias limitadas; otras deciden revelarse públicamente"²⁹⁰.

Con esto en mente vale la pena evaluar si las situaciones frecuentes que envuelven esta revelación de la orientación sexual deberían ameritar una protección constitucional para los y las estudiantes.

Normalmente, en cuanto a la revelación a padres y madres o acudientes se presentan dos escenarios: 1) La persona le revele su orientación sexual a un o una docente, o la persona de psico-orientación del colegio, y esta se la transmite a una directiva, que solicita una reunión con padres, madres o acudientes de la persona. 2) La persona incurre en una falta disciplinaria relacionada con la orientación sexual (se da un beso con una persona de su mismo sexo por ejemplo), y el colegio inicia un proceso disciplinario que tiene como etapa la información a padres, madres o cuidadores del niño, niña o adolescente.

Para resolver este interrogante jurídico se deben tener en cuenta varios elementos. En su Artículo 44, la Constitución Política establece la prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes. A su vez, enumera una lista de derechos, y es claro el texto superior en afirmar que "gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia"²⁹¹. Esto mismo se reitera a lo largo del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) en sus Artículos 7, 8, 9 y 10.

290 AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (APA). Respuestas a sus preguntas para una mejor comprensión DE LA orientación sexual y la homosexualidad, pp. 3-4. [En línea] (Fuente: <https://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>) (Consultado en noviembre de 2015).

291 COLOMBIA, Constitución Política de 1991. Art. 44.

Dentro de los derechos protegidos, se podría inferir que se encuentra el libre desarrollo de la personalidad, ampliamente mencionado en este módulo, pero también el derecho a la privacidad. Sobre este derecho, la Corte Constitucional ha reconocido que

el objeto de este derecho es “garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros” y que “la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad” forma parte de esta garantía. Así mismo, la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad “permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores” y que la protección “de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares” es un “prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo.

En este orden, la Corte ha establecido que el área restringida que constituye la intimidad “solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley” y ha precisado este derecho puede ser limitado únicamente por “razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente.”²⁹²

En ese orden de ideas, se podría señalar que la privacidad debe ser un derecho reconocido a niños, niñas y adolescentes, y a su vez, en principio, deben ser prevalentes en caso de conflictos con otra normatividad. Y ese derecho incluye la protección de la esfera de privacidad personal, y para ser revelada requiere el consentimiento de la persona titular del derecho.

La Corte también ha reconocido que en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad

los y las estudiantes, incluso aquellos de corta edad, tienen un ámbito protegido en relación con su autonomía personal, lo que los hace titulares de posiciones jurídicas reconocidas por la Constitución. Así, se ha considerado que ese grado de autonomía tiene carácter progresivo, de modo que a mayor edad amplía su espectro

292 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2013. (Citando y reiterando las siguientes sentencias: Sentencia T-787 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-640 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo. Sentencia T-696 de 1996 M. P. Fabio Morón Díaz).

y, por ende, la mayor posibilidad del alumno de tomar decisiones autónomas sobre sus opciones vitales.²⁹³

Por esa razón, revelar la orientación sexual de un niño, niña o adolescente a estudiantes, otros y otras docentes, o directivas, constituiría una vulneración del derecho a la intimidad, más aún cuando la persona no tiene la intención revelar su orientación sexual, situación que hace parte de la autonomía reconocida por su libre desarrollo de la personalidad. En el caso de los padres, madres o acudientes, la respuesta puede resultar, para algunas personas, más complejas. La Ley 115 de 1994, en su Artículo 7, pone de manifiesto que les corresponde "c) informarse sobre el rendimiento académico y el comportamiento de sus hijos, y sobre la marcha de la institución educativa, y en ambos casos, participar en las acciones de mejoramiento;"²⁹⁴. Por su parte, el Artículo 42 del Código de Infancia y Adolescencia, dispone como obligación de las instituciones educativas: "5. Abrir espacios de comunicación con los padres de familia para el seguimiento del proceso educativo y propiciar la democracia en las relaciones dentro de la comunidad educativa"²⁹⁵.

De los extractos normativos referenciados, surge la duda de si un colegio debe poner de presente a los padre(s), madre(s) o acudiente(s), la orientación sexual de sus estudiantes. Este interrogante no ha sido del todo resuelto directamente por la jurisprudencia.

Una posible respuesta sería que no es necesario. Esto en virtud de que los niños, niñas y adolescentes, son titulares de derechos fundamentales, que les conceden cierto grado de autonomía y privacidad. Dentro de estos derechos se encuentran protegido su derecho a definir una orientación sexual, que a su vez está protegida por su intimidad. La decisión de revelarla está en cabeza del niño, niña y adolescente. Una interpretación de la normativa contenida en el Artículo 7 de la Ley 115 de 1994, referente a los comportamientos y a la obligación del Código de Infancia y Adolescencia de su Artículo 42, numeral 5, permite concluir que no habría un fundamento para que las instituciones educativas revelen la orientación

293 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 2013. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

294 Ley 115 de 1994. Óp. cit. Art. 7. Literal c).

295 COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1068 de 20 Art. 42: "Obligaciones especiales de las instituciones educativas. Para cumplir con su misión las instituciones educativas tendrán entre otras las siguientes obligaciones: 5. Abrir espacios de comunicación con los padres de familia para el seguimiento del proceso educativo y propiciar la democracia en las relaciones dentro de la comunidad educativa".

sexual de sus educandos a otros, ni siquiera a los padres y madres, por ser ésta un rasgo identitario y no afectar *per se* el rendimiento académico o el comportamiento de los y las estudiantes.

3.3.6.3. DERECHOS, CONFLICTOS Y NECESIDADES: ESTUDIANTES TRANS E INTERSEX

La identidad de género (como fue desarrollado en las primeras unidades del módulo), cuenta con la protección constitucional a través de los derechos al libre desarrollo de la personalidad del Artículo 16 de la Constitución (como un aspecto del proyecto de vida), y del derecho a la igualdad del Artículo 13 de la Constitución que prohíbe la discriminación por este motivo.

Por su parte, la intersexualidad es una característica biológica, que si bien en principio se puede distinguir plenamente de la identidad de género, puede llevar a que las personas intersex transiten de un género a otro, incluso más cuando su calidad de intersex no ha sido debidamente informada por los padre(s) o madre(s) de la persona. Por esa razón se agrupa en este punto esa categoría.

Estos derechos, y su ejercicio materializado en la facultad de los y las estudiantes a definir su orientación sexual encuentran barreras recurrentes, de tres tipos: (i) el nombre identitario, (ii) el uso del uniforme que corresponde con su género, (iii) el uso de instalaciones que corresponde con su género.

a) El nombre identitario

Dentro del tránsito de género que realizan las personas trans, una de las primeras etapas es la de autoreconocimiento con otro género, y a su vez se toman medidas para comenzar con este proceso de construcción identitario.

La selección del nombre. Las personas trans adoptarán nombres que corresponden con el nuevo género, y así, por ejemplo, una persona que al asignarse su sexo al nacer como masculino, y el nombre dado por su familia fuese Carlos, buscará adoptar un nombre que corresponde con su identidad como mujer, como puede ser Carla, Camila, Johana, entre otros.

En esa medida, surge la duda de si las personas trans, con su nombre identitario, deberían ser reconocidas por las instituciones educativas con ese nombre. Aunque en principio se podría argumentar que las instituciones sólo se

encuentran obligadas a identificar a las personas trans por su nombre y sexo legal; tal determinación desconoce el proceso de identidad de género adelantado bajo el Artículo 16 Constitucional relativo al libre desarrollo de la personalidad, y a su vez respondería a la aplicación de una norma de carácter general (reconocer a las personas con su nombre) a una situación materialmente distinta, que debe ser tratada, en esa medida, de forma distinta.

Esto no es otra cosa que la aplicación del derecho a la igualdad en uno de sus mandatos de trato diferenciado. Para recordar este punto, es menester tener en cuenta que, como bien lo ha establecido la Corte Constitucional,

el principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.²⁹⁶ (Subrayado fuera de texto).

Los y las estudiantes trans se encuentran en un proceso de reconocimiento y desarrollo de su identidad de género, identidad que a su vez rompe con el habitual cisgenderismo²⁹⁷, como se ha dicho, protegido por la Constitución. Esta es una situación aunque puede tener similitudes con el caso de otros y otras estudiantes, en el que niños, niñas y adolescentes estudian y se desarrollan en su sentido académico, ciudadano y humano. El caso de las personas trans reviste una particular trascendencia, pues a diferencia de lo que puede ser parte del proceso de una persona cisgénero, los niños y niñas trans adelantan un proceso que redefine situaciones tan básicas e íntimas como el nombre, su expresión de género, su estética, vestimentas y su relación con el mundo. Es un proceso de cuestionamiento y a su vez un proceso de cristalización de la identidad.

En ese sentido, el trato a los niños y niñas trans no puede surtir por las reglas generales. Mal haría una institución educativa en pensar, por ejemplo, que es lo mismo para un niño trans que para un niño cisgénero, que se le llame por su nombre legal. En el caso del primero, constituye una negación de su identidad

296 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012. M. P. Humberto Sierra Porto.

297 Para la definición de este término, véase unidad de conceptos de este documento.

de género y su construcción identitaria; en el caso del segundo, hace parte de un atributo más de su identidad que no está cuestionándose.

Este trato igualitario puede dar lugar a una vulneración del derecho a la igualdad. Esta tesis ha sido compartida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, pues esta corporación ha determinado que:

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional.²⁹⁸ (Subrayado fuera de texto).

Este mandato de trato especial de protección también encontrará origen en la calidad de niño, niña y adolescente y la prevalencia de sus derechos (Art. 44 constitucional), así como en la amplia jurisprudencia que ha catalogado a las personas LGBTI como sujetos de especial protección constitucional.

b) El uso del uniforme que corresponde con su género

Una de las preguntas que deberían abrir esta discusión está relacionado con el rol de los uniformes por género hoy en día. ¿No resulta discriminatoria y extraña una idea según la cual las mujeres usan faldas y los hombres pantalón en pleno siglo XXI?

Los uniformes de los establecimientos educativos pueden perseguir un fin legítimo como podría ser igualar a los y las estudiantes en un aspecto como puede ser la ropa. Esto puede reducir los índices de matoneo y la discriminación y hostigamiento originado por origen social y familiar. Sin embargo, la medida resulta algo contra productiva cuando se hace por géneros, y a su vez los divide, sobre todo si se tiene en cuenta que los uniformes con falda muchas veces traen el debate relacionado con la longitud de la falda y la importancia de llevarla de determinada forma.

²⁹⁸ *Ibid.*

Este último punto podría ser más desarrollado, pero vale la pena cuestionar cuál es el objetivo de esa medida. Si es una cuestión de no “tentar” a los hombres, como erróneamente se ha argumentado en algunos espacios de discusión con instituciones educativas, esta justificación no hace más que amparar la idea errónea de que deben ser las mujeres quienes deben cargar con la obligación de prevenir que los hombres “se sientan tentados” a abusar sexualmente de ellas. Tal concepción es una medida machista que no puede tener anclaje en la Constitución de un Estado Social de Derecho.

Ahora bien, sin ir más allá a evaluar la cuestión de si los uniformes son convenientes y en qué medida deberían serlos, resulta pertinente resolver un caso que cada vez resulta más recurrente en la práctica judicial y en la práctica escolar. ¿Puede una mujer trans utilizar uniforme femenino? ¿Puede un hombre trans utilizar uniforme masculino?

Este interrogante fue resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-562 de 2013, donde el Alto Tribunal conoció el caso de una adolescente trans que se le impidió ingresar a su institución educativa con el uniforme femenino, pues contravenía el manual de convivencia de la institución. En esa oportunidad evaluó la medida a través de un juicio de razonabilidad estricto²⁹⁹, porque

recae sobre una medida —la norma del manual de convivencia que establece un uniforme para damas y otro para varones— que limita el goce de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la educación de una persona trans, porque la restricción que se establece al derecho al libre desarrollo de la personalidad se apoya en el uso de un criterio cuyo empleo se encuentra excluido por el derecho a la igualdad.³⁰⁰

A la hora hacer el test de razonabilidad estricto, la Corte encuentra que aunque el fin perseguido por el colegio es mantener la disciplina y establecer el uso de uniformes por género es una medida para hacerlo “dicha determinación no

299 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-562 de 2013. M. P. Mauricio González Cuervo. “En este juicio no sólo se exige que el fin de la medida sea legítimo e importante, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios constitucionales afectados con la misma”.

300 *Ibid.*

cumple un fin imperioso constitucionalmente, porque con ella no se busca cumplir un objetivo constitucional urgente o inaplazable"³⁰¹. En esa medida, para la Corte

la norma del reglamento estudiantil al establecer un uniforme para damas y otro para varones, no implicaría vulneración alguna a los derechos de los estudiantes, pero si con ello se impide el goce del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del estudiantado, y más aún cuando con ello se restringe el acceso a la educación de una persona que no se siente identificada con el uniforme de su sexo biológico, poniendo por encima el cumplimiento del reglamento, dicha medida no cumple con un fin constitucional imperioso.

Esto por cuanto si bien la disciplina y el orden en los establecimientos educativos cumplen un fin constitucional, no es urgente o inaplazable el cumplimiento de este fin cuando con ello se hace nugatorios otros derechos fundamentales de alguno o algunos de los integrantes de la comunidad educativa, en este caso de Kim.

En el caso concreto, es procedente ordenar el inicio de un proceso de adaptación para la estudiante y, de ser necesario, la inaplicación de la norma del reglamento estudiantil que establece un uniforme para cada estudiante acorde con su sexo.³⁰²

En esa medida, la Corte Constitucional con su sentencia, dejó claro que para el Alto Tribunal, a las personas trans no se les puede desconocer el derecho de portar un uniforme que corresponde con su género, y que las medidas en los manuales de convivencia, o en la práctica, que sancionen este uso y adicionalmente pongan en riesgo el derecho a la educación de los y las estudiantes trans sería inadmisibile.

c) El uso de instalaciones que corresponde con su género

La jurisprudencia nacional todavía no se ha pronunciado sobre el caso concreto de las personas trans que soliciten hacer uso de las instalaciones, como vestier, baños entre otros, que correspondan con su identidad de género. Sin embargo, otros Estados han tenido el desafío de abordar este tipo de situaciones. Este fue el caso de la Corte Suprema de Maine, uno de los estados federales de los Estados Unidos de América.

En este caso, Nicole Maine, una adolescente trans de 17 años, presentó una demanda contra su colegio, luego de que a Nicole no se le permitiera usar el baño de mujeres, porque un estudiante alegaba que si Nicole podía, él también debería poder (siendo el estudiante un hombre). Ante esta situación, la demanda contra

301 *Ibid.*

302 *Ibid.*

la institución educativa se enmarcaba en que la institución había violado el Acta de Derechos Humanos del Estado de Maine (MHRA por sus siglas en inglés). El MHRA prohíbe la discriminación con base en la orientación sexual en espacios públicos y en oportunidades educativas³⁰³.

En su fallo, la Corte Suprema Judicial de Maine reconoce los esfuerzos de la institución educativa, y que precisamente por estos, que buscaron incorporar y adaptar a Nicole, se vio una fuerte oposición de un estudiante (y su abuelo). En este caso, la obligación de la institución educativa era clara. Ésta debía cumplir lo establecido por el MHRA, a pesar de la incomodidad que esto pudiese causar en la institución educativa.³⁰⁴

Ahora bien, para la Corte, el MHRA planteaba una dificultad. Su texto original establecía que las instituciones educativas debían ofrecer a los niños, niñas y adolescentes baños separados por sexo, pero una modificación de veinte años después, agregó la categoría de protección contra la discriminación por orientación sexual.³⁰⁵ Para la Corte, resulta necesario armonizar estas dos disposiciones de la misma ley.

En ese sentido, para la Corte es claro que la legislación no determina cómo los y las estudiantes trans deberían hacer uso de los baños, y en esa medida, corresponde a las instituciones decidirlo, siempre respetando los mandatos del MHRA. Para la Corte, Nicole es una niña, pues así lo ha reconocido ella, su familia, y su terapeuta, e incluso el colegio lo reconoció, hasta el momento en el que otro estudiante y su familia presentaron quejas. En esa medida, la decisión de negarle al acceso al baño no obedece, para la Corte, a una cuestión objetiva (Nicole no dejó de ser mujer), sino que constituyó una forma de discriminación por obligarla, como mujer, a utilizar otros baños. En ese sentido, precisó la Corte que Nicole fue tratada de forma distinta por ser una niña trans.

La Corte Suprema del Estado de Maine, terminó por concluir que

303 MAINE, Supreme Judicial Court. John Doe et al. v. Regional School Unit 26. Sentencia del 30 de Enero de 2014. [En línea] (Fuente: http://www.courts.maine.gov/opinions_orders/supreme/lawcourt/2014/14me11do.pdf) [Consultado en diciembre de 2015]. (Traducción propia), p. 6.

304 *Ibid.* 7.

305 *Ibid.* p. 2.

las decisiones sobre cómo manejar las situaciones relacionadas con la legítima identidad de género de los y las estudiantes no debe ser tomada a la ligera. Mientras que, en este caso, fue claramente establecido que el bienestar psicológico y el éxito educativo de una estudiante dependía en ser permitido que usara el baño consistente con su identidad de género, y que negar ese acceso al baño apropiado constituye una forma de discriminación por orientación sexual que viola el MHRA.³⁰⁶

El fallo de la Corte Suprema del Estado de Maine puede ilustrar el debate que realizaron jueces y juezas de otro Estado con el objetivo de resolver el caso. Es criticable en cuanto confundió, o tal vez por la práctica judicial, como sucedió en Colombia con los términos identidad sexual o sexo, el concepto de la orientación sexual y la identidad de género.

Sin embargo, más allá de la cuestión conceptual, el fallo del Estado de Maine muestra una forma de cómo se manejó esta situación en cuanto a las presiones que pueden ejercer otras personas por permitirlo, y también desarrolló la noción de que las personas trans, una vez se identifican con su género identitario, deberían recibir un trato acorde (en lo relacionado con instalaciones como baños u otros derechos —como la libreta militar por ejemplo—) de acuerdo a su identidad de género y no a su genitalidad.

3.3.6.4. CONCLUSIONES GENERALES: LOS Y LAS ESTUDIANTES LGBTIY SU PROTECCIÓN EN EL SISTEMA EDUCATIVO

El último fallo —que los y las discentes reconocerán ampliamente citado es el fallo T-478 de 2015, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz— constituye un hito en materia de derechos LGBTI, pero también en el ideal de lo que debe ser el sistema educativo. Una de sus conclusiones más importantes terminó condensada en el siguiente fragmento:

[...] Uno de los ámbitos más importantes para la protección del derecho a la igualdad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad es el respeto

306 *Ibid.*, p. 13. "Decisions about how to address students' legitimate gender identity issues are not to be taken lightly. Where, as here, it has been clearly established that a student's psychological well-being and educational success depend upon being permitted to use the communal bathroom consistent with her gender identity, denying access to the appropriate bathroom constitutes sexual orientation discrimination in violation of the MHRA". (Traducción propia).

absoluto por la expresión de la identidad de género o la orientación sexual. En el ámbito escolar, esta protección debe ser aún más estricta pues los menores de edad tienen el derecho a ser formados en espacios democráticos y plurales. Así, la prohibición de discriminación por razón de género o de orientación sexual es absoluta y ningún tercero, ya sean otros estudiantes o las autoridades del colegio, pueden perseguir o amedrentar a los estudiantes que deciden asumir voluntariamente una opción sexual diversa. Cualquier actitud en ese sentido, [...], constituye un trato de hostigamiento que debe ser reprochado y a toda costa prevenido.³⁰⁷

3.3.7. MANUALES DE CONVIVENCIA Y SUS LIMITACIONES

3.3.7.1. CONTEXTO NORMATIVO GENERAL DE LOS MANUALES DE CONVIVENCIA

La Ley 115 de 1994, en su Artículo 87 dice que “los establecimientos educativos tendrán un reglamento o manual de convivencia, en el cual se definan los derechos y obligaciones, de los estudiantes. Los padres o tutores y los educandos al firmar la matrícula correspondiente en representación de sus hijos, estarán aceptando el mismo”³⁰⁸.

Por su parte, el Artículo 17 del Decreto 1860 de 1994, que reglamenta el artículo de la Ley 115 de 1994, reitera la necesidad de los manuales, pero también adiciona la necesidad de que los manuales contengan reglas sobre:

- a) Higiene personal y salud que preserve el bienestar de la comunidad educativa.
- b) Criterios de respeto y valoración de bienes propios de los estudiantes y colectivos.
- c) Pautas de comportamiento sobre medio ambiente escolar.
- d) Normas sobre mutuo respeto entre profesores y estudiantes.
- e) Procedimientos para resolución de conflictos entre personas de la comunidad educativa.

³⁰⁷ Sentencia T-478 de 2015. *Óp. Cit.*

³⁰⁸ COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 115 de 1994. Art. 87. Reglamento o manual de convivencia.

- f) Pautas de presentación personal con el objetivo de prevenir discriminación en el colegio.
- g) Sanciones disciplinarias, sus definiciones y el derecho a la defensa de estudiantes.
- h). Reglas de elecciones de voceros y representantes.
- i) Calidades y condiciones de servicios prestados.
- j) Funcionamiento de medios de comunicación internos como periódicos, revistas, entre otros.
- k) Reglas para uso de bibliotecas.

En esta medida, la gran mayoría de instituciones educativas del país cuentan con manuales de convivencia alrededor de estos lineamientos. Sin embargo, la Ley 1620 de 2013, denominada Ley de Convivencia Escolar, estableció en su Artículo 21 que los colegios, tanto públicos como privados, deben incluir en sus manuales de convivencia

nuevas formas y alternativas para incentivar y fortalecer la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, que permitan aprender del error, respetar la diversidad y dirimir los conflictos de manera pacífica, así como de posibles situaciones y conductas que atenten contra el ejercicio de sus derechos.

Por su parte, el Decreto 1965 del 11 de septiembre de 2013, desarrolló aún más las obligaciones bajo la Ley 1620, estableciendo en su Título III la obligación de incorporar en el Manual de Convivencia, definiciones, principios y responsabilidades relativos a los derechos humanos (Art. 28), Lineamientos Generales para la Actualización del Manual de Convivencia (Art. 29), y estableció un plazo de seis meses a partir de la publicación del Decreto (es decir, hasta marzo de 2014) para que los colegios cumplieran con la citada Ley y Decreto (Art 30).

La Corte Constitucional en la sentencia T-478 de 2015, ordenó al Ministerio de Educación Nacional en el plazo máximo de un (1) año

- i) una revisión extensiva e integral de todos los Manuales de Convivencia en el país para determinar que los mismos sean respetuosos de la orientación sexual y la identidad de género de los estudiantes y para que incorporen nuevas formas y alternativas para incentivar y fortalecer la convivencia escolar y el ejercicio

de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, que permitan aprender del error, respetar la diversidad y dirimir los conflictos de manera pacífica, así como que contribuyan a dar posibles soluciones a situaciones y conductas internas que atenten contra el ejercicio de sus derechos; [...].³⁰⁹

A la luz de este marco, es necesario resolver varios interrogantes: ¿de qué forma pueden las instituciones educativas abordar la orientación sexual y la identidad de género, en contravía de lo establecido por la Ley 1620 y la Corte Constitucional?, y (ii) ¿cuáles son los límites generales adicionales de los manuales de convivencia a la hora de regular la conducta y los comportamientos de sus estudiantes?

3.3.7.2. LOS MANUALES DE CONVIVENCIA HOMOFÓBICOS Y TRANSFÓBICOS

Como se expuso en acápites anteriores, en ocasiones pueden ser los mismos manuales de convivencia los que constituyen una forma de intimidación, que para efectos del módulo, hemos denominado intimidación normativa. Esto sucede cuando se presentan normas que discriminan la orientación sexual o la identidad de género o cuyo efecto termina siendo el mismo. Frente a este punto es necesario recordar la diferencia entre disposiciones y normas.

La Corte, haciendo uso de la teoría jurídica y la doctrina constitucional, ha determinado que “por disposición se entiende “cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes”. Por su parte, la norma es el contenido de sentido de la disposición, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación”³¹⁰.

Este punto es fundamental para comprender que incluso si los enunciados normativos pueden parecer neutrales, pero en su aplicación e interpretación son discriminatorios, de igual forma se producen violaciones de derechos

309 Sentencia T-478 de 2015. *Op. Cit.*

310 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. M. P. Humberto Sierra Porto. Citando a: GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre interpretación jurídica*, México, UNAM, 1999, p. 11. y DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 35. Esta posición ha sido reiterada en varias ocasiones. Al respecto, véase sentencias C-502-12, C-1046-01.

fundamentales y fenómenos de intimidación. En ese sentido, existirán dos tipos de manuales de convivencia:

- **Manuales de convivencia explícitamente homofóbicos y transfóbicos:**
Los manuales que expresamente califican la homosexualidad o los actos homosexuales como faltas graves dentro de las instituciones educativas.
- **Manuales de convivencia implícitamente homofóbicos o transfóbicos:**

Los manuales de convivencia que tienen unos preceptos ambiguos y amplios, lo cual permite a las personas que las personas que ostentan un cargo directivo o de docencia dentro de las instituciones educativas, tienen la facultad arbitraria, desde su prejuicio, de determinar si la conducta de un estudiante configura o no dentro de la falta.

Para ejemplificar esto, tomemos la forma como actúa un manual de convivencia explícitamente homofóbico y transfóbico (MCEHyT) vs. uno implícitamente homofóbico y transfóbico (MCIHyT) en su forma de discriminar.

	MCEHyT	MCIHyT
Enunciado	Se prohíbe la homosexualidad y el transgenerismo en la institución educativa.	Se prohíben las manifestaciones excesivas, grotescas y vulgares, de afecto.
Interpretación (Norma)	“La homosexualidad y el transgenerismo están prohibidas dentro del colegio. Estas conductas o inclinaciones serán sancionadas”.	“Los besos homosexuales contravienen el orden natural y moral de la sociedad, y por eso es grotesco. En esa medida, los besos entre parejas del mismo sexo dentro del colegio, se consideran una manifestación vulgar y grotesca que debe ser sancionada”.
Consecuencia	Limitación de derechos de personas LGBT	Limitación de derechos de personas LGB

Fuente: Colombia Diversa.

Si bien, la redacción de las normas puede ser distinta, y la forma como se interpreta y aplica puede variar en el grado de qué tan directo se llega a la conclusión, ésta termina siendo igual y su efecto es el mismo. Adicionalmente,

como se establecerá más adelante³¹¹, las normas que sustentan los procesos disciplinarios deben establecer pautas claras para que quien sea investigado dentro de estos procedimientos, cuente con la garantía y la claridad de las etapas, como también de la conducta punible que está siendo investigada.

3.3.7.3. LÍMITES GENERALES DE LOS MANUALES DE CONVIVENCIA A LA HORA DE REGULAR CONDUCTAS DE ESTUDIANTES

Desde su jurisprudencia temprana, la Corte Constitucional ha sido enfática en aplicar el Artículo 4 del texto superior (sobre la prevalencia de las normas constitucionales) como una forma de restringir la autonomía con la que cuentan las instituciones educativas a la hora de regular las conductas de sus estudiantes. Así, en la Sentencia T-065 de 1993, la Corte ya venía manifestando que los reglamentos estudiantiles, deben estar acordes en su contenido con los valores, principios y derechos constitucionales. En ese sentido, el Alto Tribunal advirtió que no se puede negar el núcleo esencial del derecho a la educación con la aplicación de normas (por parte de los planteles educativos) que desconozcan el libre desarrollo de la personalidad³¹².

Ha sido precisamente este derecho el principal límite para los manuales de convivencia. Así, la Corte Constitucional también ha puntualizado que “[...] si el manual desconoce los valores y principios constitucionales y los derechos y deberes consagrados en la Carta, carecerá de legitimidad y podrá ser inaplicado según el caso específico”³¹³. La Corte se ha pronunciado en una serie de casos

311 3.3.8. Procesos disciplinarios, Administrativos y Penales relacionados con las Instituciones Educativas.

312 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-065 de 1993. M. P. Ciro Angarita Barón. “Los reglamentos estudiantiles, al igual que todos los ordenamientos internos de entidades privadas o públicas, deben estar acordes, en su contenido, con los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución colombiana. Las entidades educativas no pueden negar el núcleo esencial del derecho fundamental al servicio público de la educación con fundamento en la aplicación de normas que atentan contra principios y derechos tales como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la tolerancia”.

313 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero: “[...] si el manual desconoce los valores y principios constitucionales y los derechos y deberes consagrados en la Carta, carecerá de legitimidad y podrá ser inaplicado según el caso específico”.

relacionados con esta libertad de los y las estudiantes, y a su vez con las limitaciones que tiene el manual de convivencia, como se verá a continuación.

En la sentencia T-015 de 1999, el Alto Tribunal resolvió el caso de una estudiante de un colegio confesional que alegaba que había sido expulsada por celebrar una unión libre con otra persona. En esa oportunidad, la Corte Constitucional reconoció que la decisión libre de definir un estado civil o vivir en unión libre con otra persona hacía parte del fuero íntimo de la persona y a su vez no entorpecía su rendimiento académico, por lo cual no podía ser objeto de censura en el manual de convivencia.³¹⁴

La Corte también ha tenido la oportunidad de conocer casos de mujeres embarazadas a las cuales se les niega el cupo de la institución educativa por su embarazo. Este fue el caso de la sentencia T-1011 de 2001, donde se encontró que

el embarazo de una estudiante, nunca puede constituirse en un hecho que limite o restrinja su derecho a la educación, no obstante existir una norma contemplada en el manual de convivencia que señale que el estado de gravidez de una alumna amerita su expulsión, debe ésta ser inaplicada, por ser contraria a la Carta Política, en la medida que su único propósito, será avalar la vulneración del derecho a la educación, al debido proceso y el libre desarrollo de la personalidad de quien se encuentra en dicho estado.³¹⁵

Por su parte, la T-839 de 2007 resolvió el caso de una estudiante que se le condicionaba el ingreso a una institución educativa en virtud de que portaba un piercing, objeto que se encontraba prohibido por el manual de convivencia, tanto

314 *Ibid.* "Si una estudiante toma la decisión de escoger una opción de vida como puede ser la de definir un nuevo estado civil y vivir en unión libre con otra persona, y tales condiciones no entorpecen su actividad académica ni alteran el cumplimiento de sus deberes, no es razonable controvertir a través de los manuales de convivencia aspiraciones legítimas de vida de las personas o entrar a valorar la escogencia libre de otras personas respecto de las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia específica. Imposiciones que coarten a través del manual de convivencia opciones plausibles de vida en las personas como pueden ser la definición de un estado civil o la decisión de vivir con un compañero permanente, conducen a la violación injustificada del derecho al libre desarrollo de la personalidad e incluso a la educación. Al ser esta una opción perteneciente estrictamente al fuero íntimo de la persona y no perturbar las relaciones académicas en sí mismas consideradas, no puede ser por consiguiente causal de expulsión del centro educativo".

315 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-1011 de 2001. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

en su porte como su uso.³¹⁶ En esa oportunidad, la Corte concluyó que los adornos de uso personal hacen parte del derecho a la propia imagen,

[...] en virtud del cual, todas las personas son autónomas para decidir cómo se presentan ante los demás. Por otra parte, la decisión de usar piercing no afecta los derechos de terceros y mucho menos va en contravía del ordenamiento jurídico, siendo estas las únicas limitantes que contempla la Constitución frente a este derecho.³¹⁷

En la sentencia T-565 de 2013 se abordó el caso de una niña trans, que al reconocerse como tal, y al decidir llevar su cabello largo, se vio cuestionada por el rector de la institución educativa. En esa oportunidad concluyó la Corte que

las decisiones que toman los educandos respecto de su propia apariencia, particularmente el corte del pelo o el uso de maquillaje y accesorios recae, a juicio de la Corte, en que sólo concierne a la persona. Por ende pertenecen al núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de modo que *prima facie*, no procede el establecimiento de restricciones, ni menos aún prohibiciones previstas en el manual de convivencia, acreedoras de sanción disciplinaria. Esto al menos por dos tipos de razones: (i) el vínculo innegable entre las decisiones sobre la propia apariencia y la construcción libre de la personalidad del sujeto; y (ii) la ausencia de vínculo entre dichas decisiones y los derechos de terceros o el normal funcionamiento del entorno académico.

Una conclusión que se puede tener de las providencias anteriormente citadas es que efectivamente las instituciones educativas encuentran límites en cuanto a la regulación que pueden formular sobre el comportamiento, la identidad y los aspectos íntimos de los y las estudiantes.

316 El manual de convivencia del colegio establecía lo siguiente: “1. Numeral 3.2.1. Parágrafo 5, p. 49: “los estudiantes no deben portar, ni traer a la institución: 1. Piercing; 2. Patinetas; 3. Joyas; 4. Pasamontañas o cachuchas; 5. Otros objetos que no hagan parte del uniforme; 6. Si el estudiante utiliza teléfono celular, este deberá permanecer apagado y/o con tono vibrador durante las horas de clase. Caso contrario será decomisado por el docente devuelto únicamente al acudiente, el día viernes de la semana que se decomisó; de no ser reclamado se entregará en la clausura del año lectivo; 7. Se permite el uso de walkman o discman y balones únicamente en horas de descanso y en los sitios asignados”.

317 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2007. M. P. Clara Inés Vargas.

3.3.8. PROCESOS DISCIPLINARIOS, ADMINISTRATIVOS Y PENALES RELACIONADOS CON LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS

Como se estableció anteriormente, los colegios como las universidades, tienen la posibilidad de adoptar reglamentos internos que regulen los derechos, las conductas y los procedimientos dentro de la institución educativa. Sin embargo hay ocasiones donde los sucesos que ocurren dentro de la institución educativa, que escapen los ámbitos de la misma. Estas situaciones pueden ser objetivo de investigaciones penales, disciplinarias o administrativas sancionatorias.

A continuación, se desarrollará la competencia de cada uno de estos procesos. Esto puede ser útil para que los jueces y juezas compulsen copias a las autoridades competentes para conocer ciertas conductas, o en su defecto se abstengan de hacerlo.

3.3.8.1. RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL: PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO CONTRA LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA

El Artículo 67 de la Constitución Política determina con claridad que le responde al Estado regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación, como también verificar su adecuado funcionamiento³¹⁸. La Ley 115 de 1994 en su Artículo 153, establece que es responsabilidad de las entidades territoriales certificadas en educación, la administración del servicio educativo. Lo anterior incluye “[...] organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo: nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar, licencias y permisos a los docentes, directivos docentes y personal administrativo: orientar, asesorar y en general dirigir la educación en el municipio [...]”³¹⁹.

318 Constitución Política. Art. 67. *Óp. Cit.* “Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.”

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”.

319 Ley 115 de 1994. Art. 153. *Óp. Cit.*

Por su parte, el Decreto Único Reglamentario del sector educación (Decreto 1075 de 2015), determina, en su Artículo 2.3.7.2.3, que las entidades territoriales certificadas de educación (las Secretarías de Educación), tienen dentro de sus funciones, ejercer la inspección, la vigilancia y el control de la prestación del servicio educativo que realizan los establecimientos educativos de su jurisdicción.³²⁰ A su vez, el mismo Decreto 1075 de 2015, determina, en su Artículo 2.3.7.4.1, que las violaciones a disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias por parte de los establecimientos serán sujetos a sanción.³²¹

Por esta razón, cuando se presentan situaciones como el acoso escolar, que no fueran debidamente tramitadas o manejadas por la institución educativa, o cuando por ejemplo, es la institución misma, a través de sus normas, la cual incurre en estas conductas, las personas o terceros pueden acudir a presentar quejas ante las Secretarías de Educación de la jurisdicción, con el objetivo de que se comiencen procedimientos administrativos sancionatorios. De igual forma, podrán los jueces y las juezas, cuando conozcan de situaciones de vulneración de derechos fundamentales, violaciones de la Ley 1620 de 2013 o su decreto reglamentario, u

320 COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 1075 de 2015. Art. 2.3.7.2.3 "Además de lo señalado en la Ley y en el reglamento, las entidades territoriales certificadas en educación cumplirán en su respectiva jurisdicción, las siguientes funciones generales para el ejercicio de la competencia de inspección y vigilancia: e) Ejercer la inspección, la vigilancia y el control de la prestación del servicio educativo que realizan los establecimientos educativos de su jurisdicción, de acuerdo con el reglamento que expida para ello".

321 *Ibid.* Art. 2.3.7.4.1. "Las violaciones a las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias por parte de los establecimientos de educación formal o no formal, serán sancionadas sucesivamente por los gobernadores y los alcaldes distritales o municipales dentro de su competencia, de conformidad con la escala que a continuación se establece, salvo que por su gravedad o por constituir abierto 1. Amonestación pública que será fijada en lugar visible del establecimiento o institución educativa y en la respectiva educación, por la primera vez. 2. Amonestación pública con indicación de los motivos que dieron origen a la sanción, a través de anuncio en periódico de alta circulación en la localidad, o en su defecto de publicación en lugar visible, durante un máximo de una semana, si reincidiere. 3. Suspensión de la licencia de funcionamiento o reconocimiento de oficial, hasta por seis (6) meses, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 195 la Ley 115 1994, conlleva la interventoría por parte de la secretaría de educación competente, a través de su interventor asesor, cuando incurra en la misma violación por la tercera vez. 4. Suspensión de la licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial, hasta por un año, que conlleva a la interventoría por parte de la secretaría de educación a través un interventor asesor, cuando incurra en la misma violación por la cuarta vez. Cancelación de la licencia de funcionamiento o reconocimiento de oficial, cuando incurra en la misma violación por quinta vez".

otras normas relacionadas por las instituciones educativas, compulsar copia a estas entidades con el fin de que realice la investigación correspondiente.

3.3.8.2. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL: PROCESO PENAL

Dentro de las instituciones educativas también es posible que surjan hechos que puedan dar lugar a investigación en materia penal. De igual forma, se debe tener presente que de acuerdo con el Decreto Reglamentario 1965 del Artículo 40, que clasifican las situaciones de acoso entre tipo I, tipo II y tipo III, determina que las tipo III “corresponden a este tipo las situaciones de agresión escolar que sean constitutivas de presuntos delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, referidos en el Título IV del Libro 11 de la Ley 599 de 2000, o cuando constituyen cualquier otro delito establecido en la ley penal colombiana vigente”³²².

Dentro del manejo que se le debe dar a estas situaciones, establece el mismo Decreto en su Artículo 44, que la Presidencia del Comité Escolar de Convivencia debe poner en conocimiento inmediato y por el medio más expedito, la situación a la Policía Nacional.³²³ Por último, la Corte en la Sentencia T-478 de 2015 realizó una consideración que puede resultar fundamental en este punto. En esa medida, dicha Corporación hizo “[...] un llamado a que no se privilegien las actuaciones penales para resolver conflictos que tiene una honda influencia en la vida futura de los menores de edad, sino que se piense en la opción punitiva como ultima ratio en la resolución de conflictos al interior de los centros académicos”³²⁴.

3.3.8.3. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL: PROCESO DISCIPLINARIO ACORDE CON EL REGLAMENTO O MANUAL DE CONVIVENCIA Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Más allá de las consideraciones presentadas en el acápite anterior, en relación con la imposibilidad de que las instituciones educativas prohíban las orientaciones

322 Decreto 1965 de 2013. Art. 40. Óp. Cit.

323 *Ibid.* Art. 44. “Informar de manera inmediata a los padres, madres o acudientes de todos los estudiantes involucrados, actuación de la cual se dejará constancia. 3. El presidente del Comité Escolar de Convivencia de manera inmediata y por el medio más expedito, pondrá la situación en conocimiento de la Policía Nacional, actuación de la cual se dejará constancia”.

324 Óp. Cit. Sentencia T-478 de 2015.

sexuales e identidades de género no normativas, resulta importante reiterar lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-478 de 2015:

Los espacios educativos no pueden convertirse en trincheras en donde ningún concepto puede ser refutado o donde las opiniones ajenas no pueden ser escuchadas, ni la diversidad entonces puede proliferar, si se tiene en mente siempre la idea, de que la respuesta está en los procesos punitivos. [...] La comunidad colombiana no se construye en los estrados judiciales ni en los medios de comunicación, y si ello va a ser así, eso sólo demuestra que estamos abocados al fracaso del sistema educativo, en la medida en que ya no existirán espacios de disenso y comunicación, en donde las diferentes ideas puedan ser cuestionadas y deconstruidas para dar nacimiento a otras mejores, y en donde se pueda entre todas las partes, aceptar las diferencias y crear puntos en común para avanzar como sociedad. Lo anterior será claramente más apremiante, en circunstancias que involucren derechos fundamentales de menores de edad y la necesidad de una construcción autónoma y libre de su propia identidad, frente a temas tan importantes para la personalidad de cada ciudadano, así como su orientación sexual e identidad de género.³²⁵

Esto se plantea en procura de que los conflictos dentro del sistema educativo se puedan dirimir, en principio, sin necesidad de acudir a estrados judiciales o autoridades administrativas y también en la búsqueda de superar un modelo punitivo. Para lograr esto, la primera condición es buscar la superación de una visión castigadora y judicializada como forma de vencer los conflictos escolares, cuando en las situaciones que se abordan no se esté en presencia de actos que puedan ser considerados tipos penales. Sobre este mismo punto también existe regulación por parte de la Ley 1620 de 2013, la cual establece en su Artículo 21 lo siguiente:

En el marco del Sistema Nacional de convivencia escolar y formación para los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar, y además de lo establecido en el artículo 87 de la Ley 115 de 1994, los manuales de convivencia deben identificar nuevas formas y alternativas para incentivar y fortalecer la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, que permitan aprender del error, respetar la diversidad dirimir los conflictos de manera pacífica; así como de posibles situaciones y conductas que atenten contra el ejercicio de sus derechos.³²⁶ (Subrayado fuera de texto).

325 Op. Cit. T-478 de 2015.

326 Ley 1620 de 2013. Art. 21. Op. Cit.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1965 de 2013, contempló en su Artículo 29 que los manuales deben contener por lo menos

las medidas pedagógicas y las acciones que contribuyan a la promoción de la convivencia escolar, a la prevención de las situaciones que la afectan y a la reconciliación, la reparación de los daños causados y el restablecimiento de un clima de relaciones constructivas en el establecimiento educativo cuando estas situaciones ocurran.³²⁷

La invitación pedagógica que viene haciendo la Ley 1620, su Decreto Reglamentario 1965 de 2013 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es a superar los procesos disciplinarios de carácter punitivo para reemplazarlo por procesos pedagógicos que permitan a los y las estudiantes, entender y aprender de sus errores y tener espacios de diálogo para la superación de los conflictos. Sin embargo, más allá de estas consideraciones, también es importante precisar la importancia del derecho al debido proceso en los procedimientos sancionatorios dentro de las instituciones educativas.

La Constitución Política plantea, en su artículo el Artículo 29, que el debido proceso aplicará a actuaciones judiciales y administrativas. Sin embargo la Corte Constitucional ha entendido que “esta figura también se aplica a los procedimientos llevados a cabo por las entidades privadas, máxime cuando prestan un servicio público, como lo es la educación”³²⁸.

En este sentido, la Corte ha establecido que toda sanción debe estar precedida de un procedimiento que (i) permita al investigado realizar el derecho de defensa y contradicción, (ii) que la persona investigada sea oído, (iii) que las pruebas tanto a favor como en contra sean examinadas, (iv) que las conductas por las cuales se sanciona deben estar tipificadas, es decir, previamente escritas y detalladas en el manual de convivencia. De no cumplirse con estos requisitos, una sanción constituiría una vulneración al debido proceso.³²⁹ En cuanto a los primeros tres elementos, lo que se esperaría es que las instituciones educativas realizaran un proceso debidamente documentado, que permita a la persona defenderse y presentar sus posturas.

327 Decreto 1965 de 2013. Art. 29. Numeral 5. Óp. Cit.

328 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

329 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-1032 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

En relación con el cuarto elemento, relativo a la tipificación, en un aspecto formal se requiere que "la norma debe describir con precisión razonable los elementos generales de la falta, [...]"³³⁰. En esa medida, conductas tipificadas en el manual de convivencia, de manera abstracta o que dependen de la interpretación subjetiva de la persona que realiza el proceso disciplinario, podría considerarse como una violación al debido proceso a estudiantes.³³¹

Ahora bien, desde un punto de vista de fondo, en cuanto al contenido de la sanción, es menester tener en cuenta que la Corte Constitucional ha determinado que

las sanciones deben ser razonables, esto es, deben perseguir un fin constitucionalmente legítimo, proporcionales, es decir, acordes a la conducta que se reprime teniendo en cuenta los bienes jurídico constitucionales que están de por medio, y necesarias frente a las faltas que se cometen, esto es, que la conducta del estudiante fuera tal que impidiera la convivencia, de modo que no admitiera otra respuesta que la sanción impuesta.³³²

Si la sanción no cumple con estas características, se entiende que hay una violación al derecho fundamental a la educación y al debido proceso con la imposición de las mismas. Estos cinco elementos del debido proceso también serán predicables de procesos disciplinarios universitarios. La Corte incluso ha puntualizado que en el caso de los procedimientos sancionatorios de instituciones universitarias,

en resumen, la efectividad del derecho al debido proceso dentro de los procedimientos sancionadores aplicados por las instituciones universitarias, sólo queda garantizada si el mencionado procedimiento comporta, como mínimo, las siguientes actuaciones: (1) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción; (2) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las

330 *Ibid.*

331 *Ibid.* "Es indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso del poder disciplinario y que permitan a la comunidad educativa conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garanticen los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos".

332 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar (con la indicación de las normas reglamentarias que consagran las faltas) y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; (3) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; (4) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos (de manera oral o escrita), controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; (5) el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; (6) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (7) la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones de las autoridades competentes.³³³

3.3.9. EL SISTEMA NACIONAL DE CONVIVENCIA ESCOLAR

La Ley 1620 de 2013 es el instrumento legal mediante el cual se establece el Sistema Nacional de Convivencia Escolar en Colombia. Este sistema no es otro sino el encargado de fomentar y prevenir la convivencia escolar, así como también de sancionar a quienes han perturbado tal ambiente. Al respecto, el Artículo 1 de esta Ley señala que su objeto es:

[...] contribuir a la formación de ciudadanos activos que aporten a la construcción de una sociedad democrática, participativa, pluralista e intercultural, en concordancia con el mandato constitucional y la Ley General de Educación –Ley 115 de 1994– mediante la creación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, que promueva y fortalezca la formación ciudadana y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes, de los niveles educativos de preescolar, básica y media y prevenga y mitigue la violencia escolar y el embarazo en la adolescencia.³³⁴

Dentro de los objetivos del Sistema, señala la Ley en mención que son:

1. Fomentar, fortalecer y articular acciones de diferentes instancias del Estado para la convivencia escolar, la construcción de ciudadanía y la educación para el

333 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-141 de 2015. M. P. María Victoria Calle. (Citando la sentencia T-301 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Reiterado también por las sentencias T-1233 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-1224 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-263 de 2006, M. P. Jaime Araujo Rentería, T-196 de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-720 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

334 COLOMBIA, Ley 1620 de 2013. Artículo 1.

ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los niños, niñas y adolescentes de los niveles educativos de preescolar, básica y media.

2. Garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes en los espacios educativos, a través de la puesta en marcha y el seguimiento de la ruta de atención integral para la convivencia escolar, teniendo en cuenta los contextos sociales y culturales particulares.

3. Fomentar y fortalecer la educación en y para la paz, las competencias ciudadanas, el desarrollo de la identidad, la participación, la responsabilidad democrática, la valoración de las diferencias y el cumplimiento de la ley, para la formación de sujetos activos de derechos.

4. Promover el desarrollo de estrategias, programas y actividades para que las entidades en los diferentes niveles del Sistema y los establecimientos educativos fortalezcan la ciudadanía activa y la convivencia pacífica, la promoción de derechos y estilos de vida saludable, la prevención, detección, atención y seguimiento de los casos de violencia escolar, acoso escolar o vulneración de derechos sexuales y reproductivos e incidir en la prevención y mitigación de los mismos, en la reducción del embarazo precoz de adolescentes y en el mejoramiento del clima escolar.

5. Fomentar mecanismos de prevención, protección, detección temprana y denuncia de todas aquellas conductas que atentan contra la convivencia escolar, la ciudadanía y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes de preescolar, básica y media, particularmente, las relacionadas con acoso escolar y violencia escolar incluido el que se pueda generar a través del uso de la internet, según se defina en la ruta de atención integral para la convivencia escolar.

6. Identificar y fomentar mecanismos y estrategias de mitigación de todas aquellas situaciones y conductas generadoras de situaciones de violencia escolar;

7. Orientar estrategias y programas de comunicación para la movilización social, relacionadas con la convivencia escolar, la construcción de ciudadanía y la promoción de los derechos humanos, sexuales y reproductivos.

8. Contribuir a la prevención del embarazo en la adolescencia y a la reducción de enfermedades de transmisión sexual.³³⁵

Ahora bien, una vez expuestos los objetivos que persigue el Sistema, conviene señalar que este consagra, quizás, la herramienta más importante para investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos de las personas a las que se

dirige esta Ley. Tal herramienta no es otra que la relacionada con la creación de la Ruta de Atención Integral.

La Ruta de Atención Integral³³⁶ es el conjunto de procesos y protocolos que deben seguir las instituciones que conforman el Sistema, en los casos en donde se afecte la convivencia escolar y en general que afecten los derechos humanos de estudiantes, para generar una acción inmediata frente a las vulneraciones de derechos.

Sin embargo, la respuesta de las autoridades para activar la Ruta, va a depender de las categorías bajo las que se catalogue determinada situación, dependiendo de la gravedad de que se trate. Al respecto, el Decreto 1965 de 2013, que reglamenta la Ley 1620 del mismo año, en su Artículo 40 señala:

Las situaciones que afectan la convivencia escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, se clasifican en tres tipos:

1. **Situaciones Tipo I.** Corresponden a este tipo los conflictos manejados inadecuadamente y aquellas situaciones esporádicas que inciden negativamente en el clima escolar, y que en ningún caso generan daños al cuerpo o a la salud.

2. **Situaciones Tipo II.** Corresponden a este tipo las situaciones de agresión escolar, acoso escolar (bullying) y ciberacoso (Ciberbullying), que no revistan las características de la comisión de un delito y que cumplan con cualquiera de las siguientes características:

- a) Que se presenten de manera repetida o sistemática;
- b) Que causen daños al cuerpo o a la salud sin generar incapacidad alguna para cualquiera de los involucrados.

336 COLOMBIA, Ley 1620 de 2013. Artículo 4: “La Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar define los procesos y los protocolos que deberán seguir las entidades e instituciones que conforman el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, en todos los casos en que se vea afectada la convivencia escolar y los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes de las instituciones educativas, articulando una oferta de servicio ágil, integral y complementario. En cumplimiento de las funciones señaladas en cada uno de los niveles, las instituciones y entidades que conforman el Sistema deben garantizar la atención inmediata y pertinente de los casos de violencia escolar, acoso o vulneración de derechos sexuales y reproductivos que se presenten en los establecimientos educativos o en sus alrededores y que involucren a niños, niñas y adolescentes de los niveles de educación preescolar, básica y media, así como de casos de embarazo en adolescentes”.

3. Situaciones Tipo III. Corresponden a este tipo las situaciones de agresión escolar que sean constitutivas de presuntos delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, referidos en el Título IV del Libro II de la Ley 599 de 2000, o cuando constituyen cualquier otro delito establecido en la ley penal colombiana vigente.³³⁷

Con respecto a las situaciones Tipo I, el procedimiento que se debe seguir para su manejo es el relacionado con: i) la reunión inmediata de las partes involucradas para que expongan sus puntos de vista y traten de solucionar el problema; ii) la fijación de la forma de solución de manera imparcial en donde se trate siempre de resarcir los daños, y iii) realizar el seguimiento al caso y cerciorarse si es necesario o no acudir a las otras dos situaciones restantes.

En las situaciones Tipo II, el procedimiento que se debe seguir es:

1. En casos de daño al cuerpo o a la salud, garantizar la atención inmediata en salud física y mental de los involucrados, mediante la remisión a las entidades competentes, actuación de la cual se dejará constancia.
2. Cuando se requieran medidas de restablecimiento de derechos, remitir la situación a las autoridades administrativas, en el marco de la Ley 1098 de 2006, actuación de la cual se dejará constancia.
3. Adoptar las medidas para proteger a los involucrados en la situación de posibles acciones en su contra, actuación de la cual se dejará constancia.
4. Informar de manera inmediata a los padres, madres o acudientes de todos los estudiantes involucrados, actuación de la cual se dejará constancia.
5. Generar espacios en los que las partes involucradas y los padres, madres o acudientes de los estudiantes, puedan exponer y precisar lo acontecido, preservando, en cualquier caso, el derecho a la intimidad, confidencialidad y demás derechos.
6. Determinar las acciones restaurativas que busquen la reparación de los daños causados, el restablecimiento de los derechos y la reconciliación dentro de un clima de relaciones constructivas en el establecimiento educativo; así como las consecuencias aplicables a quienes han promovido, contribuido o participado en la situación reportada.

³³⁷ COLOMBIA, Decreto 1965 de 2013. Artículo 40.

7. El Presidente del Comité Escolar de Convivencia informará a los demás integrantes de este comité, sobre la situación ocurrida y las medidas adoptadas. El comité realizará el análisis y seguimiento, a fin de verificar si la solución fue efectiva o si se requiere acudir al protocolo consagrado en el artículo 44 del presente decreto.
8. El Comité Escolar de Convivencia dejará constancia en acta de todo lo ocurrido y de las decisiones adoptadas, la cual será suscrita por todos los integrantes e intervinientes.
9. El Presidente del Comité Escolar de Convivencia reportará la información del caso al aplicativo que para el efecto se haya implementado en el Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar.³³⁸

En las situaciones Tipo III, la gravedad del conflicto aumenta a su máxima expresión, de tal forma que el procedimiento que se sigue para su manejo es:

1. En casos de daño al cuerpo o a la salud, garantizar la atención inmediata en salud física y mental de los involucrados, mediante la remisión a las entidades competentes, actuación de la cual se dejará constancia.
2. Informar de manera inmediata a los padres, madres o acudientes de todos los estudiantes involucrados, actuación de la cual se dejará constancia.
3. El Presidente del Comité Escolar de Convivencia de manera inmediata y por el medio más expedito, pondrá la situación en conocimiento de la Policía Nacional, actuación de la cual se dejará constancia.
4. No obstante, lo dispuesto en el numeral anterior, se citará a los integrantes del Comité Escolar de Convivencia en los términos fijados en el manual de convivencia. De la citación se dejará constancia.
5. El Presidente del Comité Escolar de Convivencia informará a los participantes en el comité, de los hechos que dieron lugar a la convocatoria, guardando reserva de aquella información que pueda atentar contra el derecho a la intimidad y confidencialidad de las partes involucradas, así como del reporte realizado ante la autoridad competente.

338 COLOMBIA, Decreto 1965 de 2013. Artículo 43.

6. Pese a que una situación se haya puesto en conocimiento de las autoridades competentes, el Comité Escolar de Convivencia adoptará, de manera inmediata, las medidas propias del establecimiento educativo, tendientes a proteger dentro del ámbito de sus competencias a la víctima, a quien se le atribuye la agresión y a las personas que hayan informado o hagan parte de la situación presentada, actuación de la cual se dejará constancia.
7. El Presidente del Comité Escolar de Convivencia reportará la información del caso al aplicativo que para el efecto se haya implementado en el Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar.
8. Los casos sometidos a este protocolo serán objeto de seguimiento por parte del Comité Escolar de Convivencia, de la autoridad que asuma el conocimiento y del Comité Municipal, Distrital o Departamental de Convivencia Escolar que ejerza jurisdicción sobre el establecimiento educativo en el cual se presentó el hecho.³³⁹

De las situaciones atrás descritas se observa que en cuanto ascienden en su numeración, incrementa también la gravedad de la situación. Como es de esperarse, el procedimiento para el manejo de cada una de estas es más complejo, atendiendo a la gravedad de la violación a los derechos.

Ahora bien, es de gran importancia hacer notar que dicho Sistema, a pesar de que la Ley y el Decreto que lo consagró se expidieron en el 2013, en la actualidad ha visto seriamente rezagada su implementación. Como norma de papel, ha representado un gran avance a la hora de proteger los ambientes escolares de cualquier tipo de perturbación a los derechos humanos. Sin embargo, su eficacia instrumental, dos años después, se puede considerar en entredicho.

Al respecto, sólo basta con mencionar el caso de Sergio Urrego^{340, 341}, un estudiante de grado 11 de bachillerato quien se suicidó por ser discriminado

339 COLOMBIA, Decreto 1965 de 2013. Artículo 44.

340 El caso de Sergio Urrego puede ser consultado aquí: <http://www.elspectador.com/noticias/bogota/pruebas-de-sergio-articulo-515085>.

341 La Corte Constitucional en Sentencia T-478 de 2015 con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz se pronunció sobre la presunta discriminación en contra de Sergio; declarando la efectiva discriminación por razón de su orientación sexual. En la sentencia, la Corte pone en evidencia el deplorable estado en que se encuentra la implementación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar. La sentencia se puede consultar aquí: [http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/T-478-15%20ExpT4734501%20\(Sergio%20Urrego\).pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/T-478-15%20ExpT4734501%20(Sergio%20Urrego).pdf).

en razón de su orientación sexual por parte del colegio en el que estudiaba. Las funcionarias y funcionarios judiciales, verán en esta normatividad una gran oportunidad para hacer cumplir la ley, en los casos en donde la implementación de la misma no esté vigente en determinados sitios. El reto es el de garantizar la primacía de los derechos humanos por encima de cualquier preferencia por orientación sexual, identidad de género o expresión de género, en términos de la población LGBTI.

3.3.10. EL CASO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y EL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)

El SENA es uno de los espacios de formación más importantes para todas las personas. Es común que los colegios oficiales realicen convenios con el SENA en el que sus estudiantes desarrollen materias y adelanten estudios técnicos en sus últimos años de bachillerato. Esto lleva a que algunos estudiantes de bachillerato tomen clases en el SENA, y se presenten conductas o situaciones que no se encuentren dentro de los alcances de regulación de un manual de convivencia (ej. Estudiante que toma una clase en el SENA y se le hace matoneo por parte de estudiantes del SENA).

Durante muchos años, existió una queja recurrente, sobre todo de las personas trans, de que el SENA tenía prácticas discriminatorias que no reconocían su identidad de género. Esta queja también se formulaba por instituciones educativas que decían que podían tratar de salvaguardar los derechos de los y las estudiantes, pero que no podían protegerlos/las de lo que sucediera fuera del plantel educativo.

Constantemente, cuando se presentaban estas situaciones, algunas universidades argumentaron su autonomía educativa y la falta de obligaciones legales que soportaran las peticiones de las personas trans y las personas LGBT, que en general eran víctimas de discriminación o que solicitaban ajustes razonables para permanecer en la de educación superior o técnica. Un caso que involucraba al SENA llegó a la Corte Constitucional durante el año 2016.

Erika Comas Gómez es un hombre transgénero (contrario a lo que su nombre pudiese indicar en principio), y era un estudiante del SENA. Erika solicitó a la entidad que se le permitiera (i) el uso del uniforme masculino y (ii) que el personal docente hiciera uso de su género identitario, a la hora de referirse a él, a partir de los artículos y pronombres masculinos.

Al no recibir respuesta, Erika interpuso una acción de tutela contra la entidad. En su respuesta, el SENA argumentó que Erika se encontraba registrado con sexo femenino, y por lo tanto, respondieron:

Si usted se registró e ingresó a este Establecimiento Público, con un documento de identidad que la distingue como persona natural del sexo femenino, no le es permitido al SENA darle un trato diferente alguno (sic), so pena de incurrir en conductas que podrían acarrear (sic) diversos tipos de responsabilidad para nuestros servidores públicos y contratistas.³⁴²

El asunto terminó en la Corte Constitucional, donde se resolvió a través de la sentencia T-363 de 2016. En este fallo, el Alto Tribunal también analizó uno de los puntos relacionados con la aparente disonancia entre el género con el cual se identifica Erika (masculino) y su nombre, que podía ser asociado con lo femenino. A propósito de este punto, estableció la Corte que:

Ante la innegable relevancia del nombre para la fijación de la identidad, las personas que adelantan procesos de reafirmación de su identidad de género toman diversas decisiones respecto a su nombre. En el marco de los procesos identitarios algunas personas optan, por ejemplo, por modificarlo formalmente, para que sus documentos e identificación legal se adapten mejor a su identidad; otras, conservan el nombre legal y adoptan un nombre "identitario" o hay quienes mantienen el nombre asignado al nacer. Al margen de las distintas opciones relacionadas con el nombre, la Sala destaca que las decisiones sobre dicho atributo de la personalidad comportan claras medidas encaminadas a fijar la individualidad y son la expresión de la autodeterminación de los sujetos, por ende deben ser respetadas por las autoridades públicas y la sociedad en general.

En consecuencia, resultan inadmisibles exigencias sociales, legales, administrativas o judiciales dirigidas a que una persona modifique su nombre para que adopte uno que aparentemente corresponda mejor con la identidad de los sujetos. Lo anterior, por cuanto la identidad es una construcción individual, que depende de cada persona y del plan de vida que desarrolle. Así lo ha reconocido en diversas oportunidades esta Corporación, al señalar que: *"[l]a fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad, y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (Art. 18 C.P.).*

[...]

342 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-363 de 2016 M. P. Gloria Stella Ortiz.

De manera que, a pesar de la distinción que demarca el nombre, un trato acorde con la dignidad humana deberá responder al reconocimiento de los sujetos y a las manifestaciones de las notas distintivas de su individualidad. Esos aspectos deben considerarse, de forma particular, frente a las expresiones de la identidad de género, pues la eventual asociación —fruto de la construcción social— de un nombre con un género no puede demarcar el trato hacia el sujeto si su auto-reconocimiento y la expresión de su identidad, no se ajusta a dicha asociación.³⁴³ (Subrayado fuera de texto).

En concreto, sobre la autonomía universitaria, la Corte estableció que:

Las instituciones gozan de una amplia autonomía para decidir el tipo de proyecto vocacional que desean y su gestión administrativa, la cual se refuerza en el caso de las instituciones de educación superior, por mandato del artículo 69 de la Carta Política, que prevé la autonomía universitaria, en el marco de la cual se faculta a dichas instituciones para que establezcan sus propias directivas y se rijan por sus propios estatutos, según la ley.

[...]

Sin desconocer la relevancia de la autonomía universitaria, la Corte ha indicado que dicha garantía no constituye un poder omnímodo, pues ésta, desde su previsión en la Carta Política, se supeditó a la ley y debe enmarcarse dentro de los límites que impone la misma Constitución y los valores supremos que establece, los cuales obligan a la observancia y el respeto irrestricto de los derechos fundamentales

[...]

La autonomía universitaria constituye una prerrogativa que busca resguardar el pluralismo, la independencia y asegura la libertad de pensamiento. Con todo, dicha autonomía encuentra límites demarcados por los derechos fundamentales, los que se traducen, por ejemplo, en el respeto del debido proceso en la aplicación de procesos disciplinarios o sancionatorios que se adelanten en contra de los estudiantes, la prohibición de brindar tratos discriminatorios, la observancia de las garantías fundamentales en todas las actuaciones administrativas que emprendan, la prevalencia del derecho a la educación, entre otros.³⁴⁴ (Subrayado fuera de texto).

343 *Ibid.*

344 *Ibid.*

La Corte, en este fallo, luego de reiterar la jurisprudencia en la materia, termina por fijar las siguientes subreglas que resultan útiles para la resolución de casos similares y análogos. A continuación se citan:

a) La indumentaria y demás aspectos relacionados con la apariencia física construyen la imagen que expresa la propia identidad, razón por la que esas manifestaciones están protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

b) Las instituciones educativas tienen la obligación de brindar a los estudiantes un trato acorde con su identidad de género y no pueden someter el goce de sus derechos fundamentales a requisitos formales.

c) La identidad de género no guarda una relación necesaria con el nombre legal, ni con los documentos que reflejan dicho nombre, sino que son las personas quienes establecen su identidad a través de los elementos y acciones que estimen pertinentes y suficientes para ese propósito. En consecuencia, un trato digno debe atender al auto-reconocimiento de los sujetos.

d) Como quiera que el nombre es un elemento distintivo fuertemente ligado con la construcción de la identidad individual, las decisiones relacionadas con dicho atributo son manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y deben ser respetadas.

e) Del mandato 13 Superior se desprenden deberes positivos de adoptar medidas que fomenten la libre expresión de las identidades *trans* en todos los ámbitos, incluido el educativo, y una prohibición de restricción, de acuerdo con la cual las medidas que limiten las manifestaciones de la identidad de género están sometidas a una especial carga de justificación.

f) La autonomía universitaria que resguarda la independencia, y asegura la libertad de pensamiento, encuentra límites en la Constitución Política, los derechos fundamentales y la ley.³⁴⁵

Sobre el caso concreto de Erika, y el condicionamiento del SENA al cambio de sus documentos legales, la Corte estableció:

El cambio del documento de identidad como requisito para brindar un trato respetuoso de las manifestaciones de la individualidad, constituyó una barrera injustificada al ejercicio de los derechos fundamentales del estudiante y desconoció el alcance de la identidad de género, si se considera que: (i) dicha identidad, entendida como la vivencia **interna e individual** del género tal como cada

345 *Ibid.*

persona la siente profundamente, puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento; (ii) el trato digno debe atender a las manifestaciones del auto-reconocimiento del sujeto, las cuales no pueden ser ignoradas bajo pretextos formales fundados en una categorización binaria de hombre/mujer, la cual puede reevaluarse por el reconocimiento de otras identidades y sobre el que esta Corporación ha adelantado una profusa pedagogía constitucional; (iii) en la medida en que la identidad de género corresponde a una construcción individual, resultan inadmisibles las exigencias dirigidas a que ésta se manifieste a través de formas específicas, por ejemplo mediante la modificación de los documentos de identidad; y (iv) las decisiones relacionadas con el nombre son individuales y no admiten injerencias de terceros, pues éstas llevarían a condenar a los sujetos a una identificación que no reconocen.³⁴⁶

Estas consideraciones de la Corte podrían ser relevantes para otros casos de educación superior e incluso podría plantearse si es viable considerarlas para asuntos educativos en general. En resolución de este fallo judicial, el Alto Tribunal ordenó al SENA tomar medidas de carácter particular en favor de Erika, así como diseñar políticas institucionales para el respeto por la orientación sexual y la identidad de género de los y las estudiantes.³⁴⁷

346 *Ibid.*

347 *Ibid.* "CUARTO: ORDENAR a la Directora del Servicio Nacional de Aprendizaje, Regional Atlántico, que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, diseñe un plan que adapte el servicio de educación que provee, al respeto y la promoción que merecen las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad, particularmente las expresiones de la identidad de género y la orientación sexual. El plan deberá fundarse en el reconocimiento de la orientación sexual y de la identidad de género como expresiones de la libertad individual y de la autodeterminación, íntimamente relacionados con la dignidad humana, de conformidad con la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional vigente.

A partir de ese reconocimiento, se deberán prever medidas para garantizar el respeto de los procesos de afirmación de la identidad de género de los estudiantes y de la construcción de su individualidad, así como su acompañamiento cuando éstos lo soliciten. Dentro de las medidas específicas del plan se incluirán como elementos mínimos: (i) el desarrollo de actuaciones administrativas que faciliten los procesos de afirmación de la identidad de género; (ii) la implementación de mecanismos de sensibilización sobre la protección de los derechos de las personas trans; (iii) el diseño e implementación de rutas de atención efectivas para la protección de sus derechos en casos de violencia y discriminación; (iv) la implementación de sistemas de información más inclusivos y menos rígidos; y (v) la promoción de grupos de interés, foros y actividades académicas que desarrollen temas de orientación sexual e identidad de género".

de

Autoevaluación

El Colegio Betania es una institución educativa de carácter confesional católico. Mariana y Eduardo decidieron inscribir a su hija Diana en la institución educativa, pues consideraban que la formación académica que ésta brindaba era importante. Además, es de los únicos colegios en su municipio, y tampoco tenían una gran variedad de opciones.

Diana lleva estudiando muchos años en su institución educativa. Un día, teniendo 15 años y encontrándose en grado décimo, sólo faltándole un año para graduarse, Diana empezó a realizar cambios en su forma de vestir. Al comienzo, sus padres y el colegio, lo vieron como un tema de moda, pues ella empezó únicamente utilizando un corte de cabello corto. Optó por utilizar con más frecuencia el uniforme de educación física, que era unisex: una sudadera negra y una camisa blanca.

Si bien el uso del uniforme de educación física no era lo normal para todas las clases, tampoco se encontraba prohibido en el manual de convivencia. Sin embargo, Diana también empezó a solicitarles a sus amigos y amigas que la llamaran Diego. En este punto, un profesor de sociales escuchó sobre esta situación y lo puso en conocimiento de la coordinadora académica. Preocupada, la coordinadora envió una carta a Mariana y Eduardo, la madre y el padre de Diana, informándoles sobre la situación y pidiéndoles una reunión.

En esa reunión, que contó con la presencia de Diana, ella les comentó que no se sentía cómoda siendo mujer. Que por eso no había celebrado su fiesta de quince años y que desde hace ya un tiempo había pensado sobre esto y quería construir una vida como hombre.

La reacción de las demás personas en la reunión no se hizo esperar. Eduardo, su padre, dijo que esta situación era culpa del colegio y que nunca debieron permitirle a su hija portar

de

el uniforme unisex. La coordinadora, por su parte, sugirió enviar a Diana al psicólogo. La madre de Diana, a pesar de lo aterrada y sorprendida, se opuso a ambos, y dijo que independientemente de todo, Diana, o Diego, como ahora se quería llamar su hija/o, era sangre de su sangre y sería leal e incondicional a lo que necesitara. La reunión terminó sin un acuerdo sobre el nombre, sobre el uniforme y sobre qué hacer.

Días después, Diego (que se encuentra registrado como Diana en el colegio) empezó a vivir una situación de matoneo intenso. La coordinadora envió un correo a la comunidad educativa solicitando apoyo para "guiar a la estudiante Diana por un buen camino y alejarla de las malas costumbres". Esto alertó a otros/as acudientes, y llevó a que, preocupados, comentaran a sus hijos e hijas la situación. Esto terminó en que muchos estudiantes se enteraran de la situación y estos/as a su vez empezaran a hacer matoneo.

La situación se tornó muy compleja. A Diego le dejaban calzones en el casillero, para recordarle que era una mujer. Le escribían lesbiana en el tablero antes de entrar a clase, a pesar de que Diego nunca hubiese manifestado que le gustaran las mujeres. Esta situación molestó considerablemente a Mariana, la madre de Diego, quien creía que su hijo no estaba obligado a vivir esta situación.

Le envió una carta al colegio solicitándole que tomara medidas para prevenir el acoso y promover los derechos fundamentales de su hijo y de los demás estudiantes que fueran distintos. El Comité Escolar de Convivencia del Colegio celebró una sesión para debatir la situación. Se debatió si se debía hacer una campaña para visibilizar la diversidad o si era mejor modificar el manual de convivencia para la situación de Diego y permitirle utilizar uniforme masculino, o si debían hacer talleres con sus hijos/hijas y docentes para fomentar el respeto por la diversidad.

de

Los representantes de padres y madres, junto con la de docentes, votaron en contra de cualquier medida. Argumentaron que esto promovía la homosexualidad y la ideología de género. El rector se abstuvo de votar. La representante de estudiantes dijo que la situación que vivía Diego era inaceptable y que la homosexualidad no se "pegaba".

Ante esta situación Mariana, en representación de Diego, presentó una acción de tutela contra el colegio. Solicitó que se amparen los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la educación de su hijo Diego.

Argumenta esta vulneración en la negativa de reconocer su identidad de género en torno al uniforme y su nombre identitario en el tratamiento diario, la discriminación que vive y la inacción de la institución educativa para tomar medidas. En la tutela anexa pruebas y testimonios que demuestran todos los hechos hasta aquí narrados.

El colegio responde alegando su autonomía educativa y su libertad de cultos para oponerse, tanto a la medida particular de uniforme y nombre identitario, como a tomar medidas en torno al matoneo. De acuerdo a la institución educativa, esta es una situación natural y es el ejemplo del rechazo de la comunidad educativa a la ideología de género y que medidas y campañas dentro del Comité de Convivencia sería promover la homosexualidad. Además, demuestra que en el acta de la reunión con los padres de "Diana", no hubo un acuerdo y que por el contrario el señor Eduardo incluso estuvo en desacuerdo en esa reunión.

La asociación de padres presenta en su despacho otro escrito, a título de "intervención ciudadana" en la que alegan que la mayoría de los padres está en contra. Un grupo de docentes, por su parte, apoyan la acción incoada por la señora Mariana, alegando que es una oportunidad para hacer pedagogía sobre el valor de la diferencia, la convivencia y la paz.

de

De acuerdo a lo narrado:

1. Si tuviera que ponerle una etiqueta a Diego/Diana, ¿cuál sería? (lesbiana, gay, bisexual, mujer/hombre trans o intersex).
2. ¿Cómo identificaría usted en su fallo a la persona cuyos derechos podrían estar siendo vulnerados? ¿Como Diana o como Diego? ¿Haría alguna aclaración? ¿De qué forma se consignaría en el fallo?
3. ¿Qué derechos fundamentales encuentra usted en conflicto?
4. ¿Cómo fallaría esta acción de tutela? En caso de ser favorable a la accionante, ¿qué medidas ordenaría a la institución educativa?
5. ¿Cambiaría radicalmente su postura o su fallo, si esta situación se presentara en el ámbito de la educación superior o técnica? ¿Por qué?

j

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- SU-641 de 1998. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Restricciones sobre apariencia personal. No es LGBT, pero es fundamental para entender relación manuales de convivencia y derechos fundamentales. Patrones estéticos.

- SU-642 de 1998. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Juicio de Proporcionalidad. Derechos Fundamentales. No es LGBT. Relación manuales derechos fundamentales. Libre desarrollo de la personalidad.

- C-481 de 1998. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

j

Docentes LGBT y educación.

- T-435 de 2002. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Prohibición de sancionar estudiante por orientación sexual.

- T-839 de 2007. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas.

No es LGBT. Uso del piercing. Reiteración de jurisprudencia. Libre desarrollo de la personalidad.

- T-565 de 2013. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Estudiante Trans y maquillaje, cabello largo y uniforme.

- T-562 de 2013. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Estudiante trans y uniforme.

- T-804 de 2014. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Estudiante trans, vestimenta, inversión de la carga de la prueba, discriminación.

- T-141 de 2015. Magistrada Ponente María Victoria Calle.

Estudiante afro trans, educación superior, Universidades.

- T-478 de 2015. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz. Caso Sergio Urrego.

LGBT y Sistema Nacional de Convivencia Escolar.

- T-363 de 2016. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz. *Estudiante trans, educación superior, nombre legal, identidad de género, y SENA.*

3.4. ÁMBITO PENAL, CARCELARIO Y CONFLICTO ARMADO³⁴⁸

3.4.1. INTRODUCCIÓN DEL ÁMBITO PENAL

En este apartado, resaltaremos las principales herramientas jurídicas existentes para proteger a aquellas personas que han sido victimizadas por su pertenencia a la población LGBT. Dada la relativa novedad tanto jurisprudencial como legal del enfoque diferencial para proteger a este sector poblacional, debe señalarse que muchas de estas herramientas se encuentran en una discusión apenas naciente —o se trata de herramientas existentes vistas desde una nueva óptica— y que, por tanto, se encuentran abiertas a la argumentación jurídica. Desde estas páginas se hará una defensa del concepto de violencia basada en prejuicios en oposición a la noción de crimen de odio para, posteriormente, darle aplicación en algunos aspectos fundamentales, tanto de la parte general como especial de nuestra legislación penal y procesal penal. En todo caso, antes de realizar esta distinción conceptual resulta necesario abordar algunos aspectos necesarios sobre el origen de estas formas de violencia que servirán de base para la misma.

3.4.2. LA MASCULINIDAD DOMINANTE Y LA VIOLENCIA: REFLEXIONES DESDE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y LA CRIMINOLOGÍA FEMINISTA³⁴⁹

Para la criminología feminista, como vertiente de la criminología crítica, una de las preguntas esenciales ha consistido en por qué la mayor parte de hechos delictivos son cometidos por hombres y cómo los métodos aplicables para explicar la criminalidad masculina resultan ajenos a la criminalidad femenina, así como abordar las diferentes formas en que se desenvuelve el sistema judicial dependiendo del género de víctima e infractor/a.³⁵⁰ Al respecto, se ha sostenido que el actual sistema social se centra en el hetero-patriarcado, donde la norma general es la adscripción a la orientación sexual heterosexual y la preponderancia al hombre

348 Esta sección fue elaborada por Samuel Augusto Escobar Beltrán.

349 En similar sentido a la exposición que se hará en esta sección véase ESCOBAR, S. 'Del odio al prejuicio: reflexiones sobre la subjetividad y su prueba en los instrumentos penales antidiscriminación' en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* Vol. 18 No. 22, (2016) p. 182-186.

350 NEWBURN, T. *Criminology*, 2da edición. Londres, Routledge. (2013). P. 316 y subsiguientes. Así mismo, ver P. 830.

heterosexual.³⁵¹ Ello pone de presente que la determinación del comportamiento considerado desviado por parte de la sociedad en general, o por determinados grupos, está sujeto a las veleidades de los procesos de definición social –por ello, la sociología de la desviación se aproximó a la definición de las orientaciones sexuales diversas a partir de cómo eran percibidas por quienes se definían como hombres heterosexuales.³⁵² En tanto existe una jerarquía social dentro de dicho modelo, es menester distinguir entre la masculinidad dominante o normativa, a la cual no sólo se encuentran sometidas la mujeres, y con mayor fuerza las mujeres que no se identifican dentro de los cánones sobre sexualidad, identidad y roles de género³⁵³, sino también los hombres que, de alguna forma u otra, no se ajustan o se percibe que no se ajustan a semejante visión de lo masculino.³⁵⁴ Así, quienes no

351 “En efecto, en las sociedades occidentales industrializadas existe un sistema jerárquico de valores sexuales donde los heterosexuales casados y reproductivos se encuentran en la cúspide de la pirámide, seguidos por heterosexuales no casados, aquellos que prefieren una sexualidad solitaria, prostitutas, lesbianas y hombres homosexuales, transexuales, travestis y sadomasoquistas (Rubin, 1984). De acuerdo con esto, la heterosexualidad es considerada la norma y las sexualidades subordinadas o “desviadas” son ridiculizadas, controladas y reprimidas”. MESSERSCHMIDT, J. *Crime as structured action: gender, race, class, and crime in the making*, Londres, Sage. (1997). P. 10. Traducción del autor de este texto.

352 Véase, por ejemplo, KITSUSE, J. *Societal Reaction to Deviant Behavior: Problems of Theory and Method* en H. Becker (Coord.) *The Other Side*, New York (1976) Free Press.

353 “La feminidad aparece así construida como un discurso ideológico orientado al control de las mujeres donde el concepto de rol viene enteramente definido, como señala Smaus, sobre la base de estrictos deberes reproductivos en relación al futuro marido y a los futuros hijos.... Debe reconocerse, en efecto, el decisivo valor de la familia como lugar de gestación de los roles de conformidad femenina. Ella constituye “el más privado de los universos” donde se sitúa el origen del poder patriarcal y el control de la transmisión cultural de los valores androcéntricos que marcan la separación entre lo masculino y lo femenino. O, lo que es lo mismo, entre la supremacía masculina y la fidelidad de las mujeres a los roles sexuales y reproductivos que le vienen impuestos”. MAQUEDA ABREU, M. L. *Razones y Sinrazones para una Criminología feminista*, Ed. Dykinson, Madrid (2014), p. 49.

354 “Una sociología de la masculinidad ha surgido del trabajo feminista en materia de género y de la participación de los hombres en el feminismo, así como del creciente campo en estudios LGBT. Connel (1995) estudió los conceptos claves de patriarcado, dominación, opresión y explotación a través de los cuales los hombres son considerados poderosos (y las mujeres “el otro”), y sugirió que la masculinidad es negociada y practicada en diversas formas y contextos. Este entendimiento parte de perspectivas feministas sobre la construcción social del género y pone la lucha por el poder en el centro del análisis sobre las masculinidades. Con el paso del tiempo, el enfoque en la masculinidad se ha transformado en el entendimiento que hay diversas masculinidades complejas como la masculinidad dominante o hegemónica (asociada con la heterosexualidad, la rudeza, el poder, la autoridad y la competencia) y las masculinidades

hacen parte de este paradigma hegemónico sobre la masculinidad y la feminidad, se convierten en objeto de burla, represión y control.³⁵⁵

La criminología, como las demás ciencias sociales, ha aceptado desde hace varios años de que el género y la sexualidad son aspectos que se construyen socialmente en el día a día a través de interacciones comunicativas. Se ha señalado que uno de los mecanismos mediante el cual se constituyen y negocian las jerarquías en el sistema social yace en la violencia³⁵⁶. Un estudio típico de esta corriente de pensamiento es el desarrollado por POLK al abordar las causas de numerosos homicidios en Australia, que principalmente correspondieron a confrontaciones en las cuales se pretendió defender violentamente la noción hegemónica del honor masculino; se trata de casos en los que en la confrontación se insultó o cuestionó

subordinadas (asociadas con los hombres gay, por ejemplo)". HEIDENSOHN, F. y SILVESTRI, M. 'Gender and Crime' en M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (Coord.) *The Oxford Handbook of Criminology*, 5ª edición, Oxford, Oxford University Press (2012), p. 348. Traducción del autor de este texto.

- 355 MESSERSCHMIDT, J. *Crime as structured action...* Óp. Cit., p. 10. En similar sentido, y refiriéndose en otra obra a las causas explicativas de la violencia escolar, el mismo autor señala: Por ejemplo, refiriéndose a una causa explicativa de la violencia escolar, MESSERSCHMIDT señala: "En efecto, estudios sobre la sexualidad en las escuelas señalan que la construcción de la heterosexualidad es una práctica cotidiana en el bachillerato y que la orientación sexual es una fuente importante de una identidad socialmente aceptada (Connely, 1996; Mac an Ghaill 1994; Martin 1996). Particularmente, dentro de los grupos masculinos el sexo no estriba simplemente en "ser heterosexual"; uno no debe ser homosexual (Holland, Ramazanoglu y Sharpe 1993; Thorne 1993; Wood 1984). Los chicos adolescentes utilizan la sexualidad para establecer jerarquías al construir discursos y prácticas que son heterosexualmente dominantes y subordinantes frente a la homosexualidad. Una de las formas, entonces, para validar la masculinidad en las escuelas es expresarse y definirse como heterosexual tanto realizando prácticas heterosexuales como degradando la homosexualidad". MESSERSCHMIDT, J. 'Becoming "Real Men": Adolescent Masculinity Challenges and Sexual Violence en *Men and Masculinities*, Vol. 2 N°. 3 (2000), p. 300. Traducción del autor de este texto.
- 356 "En análisis propuesto por Messerschmidt ha sido el esfuerzo más extenso para aplicar el marco teórico de Connell al estudio del crimen. Este autor ha desarrollado la idea de que el género es un "logro situacional" y que el crimen es una forma de hacer o construir género. Siguiendo a Connell, Messerschmidt aborda aspectos de clase y raza de la mano con el género en la construcción de su teoría de la acción estructurada (1997). En línea como la criminología crítica, radical y con el realismo de izquierda, el autor enfoca su atención en grupos marginalizados y excluidos de los mercados laborales, pero en vez de argumentar que estos factores empujan hacia la criminalidad, el describe cómo aquellos hombres que no pueden acceder a los recursos económicos y materiales utilizan el crimen como un método para construir masculinidad y reafirmar su virilidad". HEIDENSOHN, F. y SILVESTRI, M. 'Gender and Crime'... Óp. Cit., p. 349. Traducción del autor de este texto.

la "propiedad" de un hombre sobre una mujer, tocando indirectamente la noción de masculinidad, o casos en los que se retó directamente dicha noción.³⁵⁷ De ahí que para aquellos que se adscriben a esta perspectiva, una de las principales explicaciones etiológicas de la violencia reside en su utilización como medio para mantener y, en algunos casos, redimensionar el concepto de masculinidad dominante y los paradigmas sociales imperantes sobre las jerarquías sexuales.

En todo caso, debe señalarse que si bien esta tesis goza de prestigio, no es la única que tiende a explicar la criminalidad, puesto que es necesario abordar el contexto de cada caso. Por ejemplo, en materia de criminalidad organizada quizás resulten más ricas, en términos explicativos, corrientes de pensamiento propias del clasicismo contemporáneo como la teoría de la decisión racional, la cual postula que los delinquentes realizan un análisis económico sobre los costos y riesgos de la conducta punible versus sus réditos.³⁵⁸

No obstante, debe señalarse que la tesis de la masculinidad dominante no excluye otras explicaciones al fenómeno delincuencial ni se limita a la simple diferencia de género entre víctima y agresor, ya que la complejidad del entramado social permite que conculguen varias explicaciones. Lo cual se aúna al fenómeno de la inter-seccionalidad en la medida en que las categorías de dominación y subordinación interactúan en numerosas formas³⁵⁹. A título de ejemplo, basta señalar que no es idéntica la experiencia discriminatoria que pueda sentir un

357 Tras un estudio de 84 casos de homicidios en confrontaciones entre 1985 y 1989 en Victoria, Australia, señala el autor: "El homicidio en confrontaciones tiene fuente en la disposición masculina, primero, a retar el honor masculino de otros hombres y, segundo, en la disposición a responder a estos retos mediante la violencia física". POLK, K. 'Masculinities, honour and confrontational homicide' en T. Newburn y E. Stanko (Coord.) *Just Boys Doing Business?: Men, Masculinities and Crime*, Londres, Routledge (1995), p. 169. Traducción del autor de este texto. Para una explicación sencilla véase NEWBURN, T. *Criminology...* Óp. Cit., p. 287 y subsiguientes.

358 Para una explicación sencilla véase NEWBURN, T. *Criminology...* Óp. Cit., p. 287 y subsiguientes.

359 "En otras palabras, la capacidad de ejercer poder es, por lo general, un reflejo de la posición propia en las relaciones sociales... El poder, entonces, es una relación que estructura la interacción social no sólo entre hombres y mujeres, sino también entre hombres y entre mujeres. No obstante lo anterior, el poder no es absoluto y, en algunos eventos, puede variar de acuerdo con diversos ejes de poder y ausencia del mismo. Esto es, en una situación un hombre puede ejercer poder (por ejemplo como un esposo patriarcal) y en otras puede experimentar la total ausencia del mismo (por ejemplo, como un trabajador en una fábrica). Así, la masculinidad y la feminidad sólo pueden ser entendidas como construcciones fluidas, relacionales y situacionales". MESSERSCHMIDT, J. *Crime as structured action...* Óp. Cit., p. 9. Traducción del autor de este texto.

hombre gay blanco y con poder adquisitivo, a la de una mujer trans afrodescendiente y de escasos recursos. En ese orden de ideas, se colige en este acápite que el fenómeno de la delincuencia violenta —que bajo la noción de violencia simbólica también cobija los actos de discriminación y hostigamiento—, no puede escindirse de la adscripción social a un modelo determinado de la masculinidad y de la feminidad que rechaza categóricamente la diversidad en materia de orientación sexual y de identidad género; frente a lo cual, las instituciones del Estado deben intervenir en procura de garantizar los derechos fundamentales de quienes no hacen parte del mismo.

3.4.3. EL CRIMEN DE ODIO VERSUS LA VIOLENCIA POR PREJUICIO

3.4.3.1. INTRODUCCIÓN Y DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE EL ODIO Y EL PREJUICIO³⁶⁰

Usualmente, al abordar la violencia contra las mujeres y las personas pertenecientes a la población LGBT, así como frente a otros grupos que requieren de un enfoque diferencial, desde la academia, se suele hablar de crímenes de odio. Son delitos que requieren por parte del sujeto activo un elemento subjetivo especial como la animadversión.³⁶¹ En similar sentido, al abordar la causal de mayor punibilidad por móviles discriminatorios, el Tribunal Supremo Español ha considerado necesario demostrar la hostilidad del sujeto activo hacia el grupo objeto de especial protección.³⁶² Incluso, tal ha sido la posición adoptada por parte de la Corte Constitucional al abordar inicialmente su estudio de los tipos penales de discriminación y hostigamiento.³⁶³ No obstante, para quien haya observado atentamente la anterior discusión, se percibirá que existe una dudosa aproximación

³⁶⁰ Nuevamente véase ESCOBAR, S. *Óp. Cit.*

³⁶¹ Véase, por ejemplo, como se utiliza el término crimen de odio (hate crime) para explicar el agravante nuevo del Código Penal Chileno en materia de discriminación. SALINERO ECHEVARRÍA, S. 'La Nueva Agravante Penal de Discriminación. Los "Delitos de Odio"', *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, 263-308. (2013).

³⁶² DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J. (2013), 'La nueva configuración de la agravante por discriminación en el código penal español'. En R. Posada (ed.). *Discriminación, Principio de Jurisdicción Universal y Temas de Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes. P. 330-333.

³⁶³ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-671/14, M. P. H. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

en la materia puesto que, si la violencia es un mecanismo de negociación y reafirmación de jerarquías sociales, claramente su ámbito trasciende el del odio como un sentimiento profundo. Más aún, debe señalarse que, contrario a lo señalado por los partidarios de la expresión crimen de odio, la legislación estadounidense, que fue pionera en la materia, realmente reprocha los crímenes motivados en predisposiciones (*bias*) y no en odio (*hate*) pese a que el *nomen juris* de las disposiciones sea el de *hate crimes*.³⁶⁴ Esto ha permitido que dentro de estas disposiciones se incluyan casos en que la víctima es simplemente seleccionada con base en prejuicios en relación con el grupo al que pertenece o es percibida como perteneciente, sin que haya lugar a la demostración de una animosidad hostil hacia este grupo, tal como surge del aval dado por la Corte Suprema de Justicia estadounidense al modelo de la selección discriminatoria en oposición al de la animosidad u hostilidad en *Wisconsin v. Mitchell*.³⁶⁵ Y no se trata aquí de un debate que debe relegarse a la política criminal o a lo meramente académico, puesto que como ROXIN ha señalado, la labor del operador judicial no es otra más que dar extensión a los principios político-criminales a través de la dogmática penal.³⁶⁶

En muchos casos la violencia es utilizada, no porque se odie a determinados grupos, sino bajo un desfasado y prejuicioso altruismo en que se pretende “corregir” o “encausar” la conducta de la persona que se ha desviado de estos cánones; esto ocurre, por ejemplo, en algunas visiones confesionales o religiosas. Se trata, pues, de casos en los que muchas veces se aduce que no hay odio hacia las personas LGBT, pero en los que existen prejuicios que motivan la violencia. En esta sección se argumentará, en primer lugar, desde una perspectiva constitucional y legal cómo ha cambiado el modelo de discriminación adoptado por el legislador (aplicable para los delitos contenidos en el Artículo 134 A y 134 B del Código Penal), demostrando que se trata de uno que no sanciona el crimen de odio.

En segundo lugar, se abordará el entendimiento que ha dado la Corte Suprema de Justicia y, posteriormente, el legislador al feminicidio para señalar que dicho supuesto trasciende los eventos de misoginia y se ubica en la violencia inspirada en prejuicios como mecanismo para mantener y reafirmar determinadas relaciones sociales. Este argumento resulta fundamental por cuanto la jurisprudencia ha

364 ESCOBAR, S. *Op. Cit.*, pp. 179-182.

365 GÓMEZ, M. M., “La mirada de los jueces”, en *Violencia por prejuicio*, Capítulo II, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 99-103.

366 ROXIN, C. “Política Criminal y Sistema de Derecho Penal”. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch. Barcelona. (1972), pp. 39-41.

reconocido que la violencia basada en prejuicios por orientación sexual es una forma de violencia de género³⁶⁷, máxime que son escasos si no inexistentes los precedentes en materia de protección jurídico-penal de las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas. Es de acotar que dada la escasez de jurisprudencia constitucional y del órgano de cierre en la materia, estos dos eventos nos servirán para construir un modelo del prejuicio que sea aplicable tanto para tipos y agravantes específicos como para la circunstancia de mayor punibilidad del móvil discriminatorio (Art. 58 # 3 del Código Penal).

En tercer y último lugar, se resaltarán elementos indicativos de la violencia por prejuicio y se harán unas breves reflexiones sobre los prejuicios operantes en el sistema judicial con miras a que el operador tenga las herramientas suficientes para discernir en la materia.

Antes de continuar, es menester resaltar qué entendemos por prejuicio en oposición al odio. Para ello, nos apoyamos en las definiciones sostenidas por Colombia Diversa en sus informes de Derechos Humanos y que surgen de los trabajos académicos de María Mercedes Gómez, entre otras personas.

La violencia por prejuicio es aquella que se ejerce en contra de cuerpos por ser lo que son, en contra de cuerpos no normativos, es decir, que no están enmarcados en una lógica heterosexual. Se puede ejercer de forma jerárquica o de forma excluyente, de acuerdo a su finalidad. La primera se ejerce para recordar el estado de inferioridad o subordinación y la segunda para liquidar lo que el otro cuerpo representa.

Ahora bien, si los prejuicios son siempre sociales, la violencia motivada por el prejuicio no es un evento aislado, sino el resultado de un contexto local y social particular. Esa violencia no representa el ánimo particular de un agresor, sino que es síntoma y resultado de una sociedad prejuiciosa. Es decir, que en “el victimario actúa un odio que no sólo es individual y psicológico y que se acotaría a la relación que mantuvo con la víctima, sino uno de carácter colectivo y social”. Esa violencia, por lo tanto, puede tener fines simbólicos o instrumentales, dependiendo del contexto y la finalidad. Tiene fines simbólicos cuando la víctima representa una identidad que el agresor quiere violentar y se convierte en un medio expresivo.

[...]

367 Véase Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de diciembre de 2014. Rad. 11001-22-52000-00058-00. M. P. H. Dr. Eduardo Castellanos Roso.

Es decir, son simbólicos cuando se envía un mensaje de miedo, zozobra y rechazo por medio del “estatus simbólico de la víctima”, cuando el terror que se genera es una forma de ejercer violencia sobre otros cuerpos sin tocarlos. Son instrumentales cuando se opera a partir de estereotipos que les atribuyen a las víctimas rasgos característicos que las hacen más vulnerables. En otras palabras, los primeros tienen una connotación social simbólica, mientras que en los segundos el estereotipo funciona como una predisposición, pero no como un mensaje para el resto de personas que pertenecen a un grupo específico. Entendemos la violencia por prejuicio como una forma de clasificar todas aquellas formas violentas que no sólo están motivadas por el prejuicio, sino que buscan subordinar o eliminar los cuerpos de las personas LGBT.³⁶⁸

Tal como hemos observado, este concepto resulta mucho más a tono con los hallazgos de la criminología feminista y los estudios sobre las masculinidades por cuanto reconoce que la violencia surge de las tensiones provocadas por una estructura social jerarquizada de manera que no son atribuibles a factores subjetivos meramente individuales —como el odio expreso de una persona a determinados grupos—, sino a las exigencias que dicha estructura hace sobre las personas y la forma cómo éstas las manejan. En ese orden de ideas, puede entenderse el perjuicio como una categoría macro que incluye el odio, pero que no se limita al mismo, y que en realidad alude a las preconcepciones, generalmente negativas, que se tienen respecto a determinados grupos o personas.³⁶⁹ A continuación, se trabajarán dos argumentos jurídicos que sirven de base en el ordenamiento para hablar de delincuencia por prejuicio en oposición al crimen de odio.

3.4.3.2. EL MODELO DEL ODIO³⁷⁰ Y EL TRÁNSITO LEGISLATIVO A UN MODELO ABIERTO DE LA DISCRIMINACIÓN

Al analizar la exclusión de las personas con discapacidad del articulado original de los delitos de discriminación y hostigamiento, la Corte Constitucional señaló que existen diferentes modelos de discriminación que resultan fundamentales a la hora de abordar los alcances de los precitados tipos penales. En dicha sentencia, la Corte concluyó que al no incluir a las personas con discapacidad en esas normas,

368 COLOMBIA DIVERSA. *Cuando el prejuicio mata. Informe de derechos humanos de Lesbianas, Gay, Bisexuales, y Personas Trans en Colombia* 2012. Bogotá, (2012), pp. 9-10.

369 GÓMEZ, M. M., “La mirada de los jueces”...*Op. Cit.*, p. 99.

370 Para los delitos de discriminación y hostigamiento que en su momento interpretó la Corte Constitucional

se acogió una forma de protección penal que aplica para los supuestos de odio por cuanto la forma como es ejercida la discriminación contra estas personas difiere de aquella ejercida contra las personas por razón de su raza, etnia, sexo u orientación sexual.³⁷¹ La Corte interpretó que el modelo adoptado inicialmente por el legislador obedece a uno en que: 1) el delito tiene origen en la persona y no en las instituciones sociales; 2) se ve enmarcado en un patrón de odio, hostilidad o animadversión hacia determinados grupos; 3) está caracterizado por actos inequívocos de exclusión; 4) sanciona las formas más evidentes y notorias de la discriminación; 5) tiene preponderancia la intencionalidad del sujeto en cuanto a la animadversión u odio; 6) se dirige contra sectores poblacionales que tienen una condición o característica específica. A partir de allí, concluyó la Corte que la discriminación contra las personas con discapacidad no se ajustaba al modelo de protección de estos tipos penales y estimó que su exclusión de los mismos resultaba válida.

No obstante lo anterior, y precisamente dada esa omisión legislativa, hace poco se modificó el alcance de estos tipos penales para que no sólo incluyan a las personas con discapacidad, sino a cualquier grupo que pueda verse sujeto a un trato diferenciado de carácter injustificado que cercene sus derechos. A partir de la Ley 1752 de 2015, los tipos penales de discriminación y hostigamiento señalan que ello puede ocurrir igualmente contra personas por razón de su *“discapacidad y demás razones de discriminación”*³⁷² (cursivas fuera del texto). De acuerdo con la exposición de motivos de este proyecto de ley, su finalidad transcendía la inclusión de las personas con discapacidad y pretendía revisar *“las estrategias de criminalización y de esta manera plantear reformas perdurables y que contribuyan a la superación de los problemas sociales”*³⁷³ (cursivas fuera del texto). Dicha inclusión, que fue sugerida por parte del Consejo Superior de Política Criminal, se encamina, tal como lo señalaría el senador Juan Manuel Galán en su intervención, a proteger a *“otras poblaciones que en un momento dado de aquí en el futuro puedan surgir y puedan ser objeto de discriminación”*³⁷⁴ (cursivas fuera del texto).

371 Corte Constitucional. Sentencia C-671/14. M. P. H. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

372 Véase los Artículos 3 y 4 de la Ley 1752 de 2015.

373 Informe de Ponencia Segundo Debate de Ley 216 de 2014 Cámara, 171 de 2014 Senado. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=216&p_consec=40990

374 Senado de la República de Colombia. Acta de plenaria 54 de la sesión ordinaria del día miércoles 15 de abril de 2015. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=54&p_consec=42696

Este cambio en la redacción del tipo penal ha implicado, pues, que ya no se trata de un modelo cerrado caracterizado por el odio histórico a determinados sectores poblacionales en la medida en que se pretende proteger a cualquier grupo que llegue a ser discriminado por razón de su pertenencia al mismo. En la medida en que el legislador ha señalado, dentro de sus ámbitos de configuración legislativa, que la discriminación y el hostigamiento pueden producirse respecto a grupos sobre los cuales no existen odios históricos o animadversión intensa, se colige que existen bases para señalar que tales elementos mal podrían hacer parte de estos delitos. Así, la exigencia de un sentimiento de odio o animadversión implicaría un desdoblamiento del alcance de estos tipos penales, así como un tratamiento diferenciado que no es precisado dentro de la legislación penal, tornándose discriminatoria semejante interpretación. Con ello no se está aduciendo la corrección o incorrección de la interpretación que en su momento realizó la Corte Constitucional, sino que se está señalando que tal interpretación resulta insostenible a partir del hecho que el legislador ha adoptado un nuevo modelo para estos delitos que trasciende el odio y la animadversión, pues resulta predicable respecto a grupos sobre los cuales el alto tribunal ha señalado que no son objeto de sentimientos tan intensos. Se trata, pues, de un modelo nuevo que obliga a centrarse en las razones que tornan la discriminación injustificada, en términos constitucionales y racionales como elemento normativo del tipo³⁷⁵, y no en aquellas que la tornan hostil u odiosa. Esto se reafirma por lo expresado por la Corte Constitucional al tratar este nuevo modelo en los siguientes términos:

[Bajo esta fórmula, entonces, la legislación colombiana incorporó el denominado "estándar de generalidad", al que según parte de la doctrina deberían estar sometidas las leyes que criminalizan la discriminación. Y este esquema proporciona dos tipos de garantías: de una parte, se asegura que la defensa se otorga, no en función de la pertenencia a un grupo determinado, sino en función de una condición personal susceptible dar lugar a hechos o conductas discriminatorias; y por esta vía la ley protege a todos los grupos susceptibles de ser discriminados, y no solo a algunas minorías, en detrimento de otras con menor visibilidad; así, se tutelan las convicciones religiosas y no a los católicos o a los judíos per se, se ampara la raza y la etnia y no a los blancos, los negros o a los indígenas como tal, o se protege el sexo, y no particularmente a las mujeres. Y de otra parte, la ley sanciona todas

375 Sobre los elementos típicos de la discriminación y el hostigamiento, véase POSADA MAYA, R. 'Los Delitos de Actos Racistas o Discriminatorios y Hostigamiento Por Motivos de Discriminación' en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, N°. 5 Universidad de Costa Rica, San José (2013).

las condiciones susceptibles de provocar actos y conductas discriminatorias, y no solo algunas de ellas, como ocurría antes de la entrada en vigencia de la Ley 1752 de 2015, en la que el espectro de protección se extendía únicamente a la raza, la etnia, la nacionalidad, el sexo y la orientación sexual, en el caso del delito de actos de discriminación, y a la raza, la etnia, la religión, la nacionalidad, la ideología política o filosófica, el sexo y la orientación sexual, en el caso del delito de hostigamiento, dejando por fuera condiciones relevantes como el estado de salud, la lengua, el estado civil, el pasado judicial, la condición migratoria, la condición socio-económica, entre muchas otras.³⁷⁶

3.4.3.3. EL FEMINICIDIO: NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y LEGALES QUE REAFIRMAN LA VIOLENCIA POR PREJUICIO COMO HERRAMIENTA VÁLIDA PARA EL OPERADOR JUDICIAL

Si tal como se ha señalado, la violencia en contra de las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas se enmarca en la violencia de género, resulta de interés explorar el desarrollo de dicho concepto por parte de la judicatura. En primer lugar, puesto que la protección contra la discriminación que ha hecho la Corte Constitucional en favor de la población LGBT se ha dado, precisamente, a partir de la prohibición por discriminación motivada en el sexo.³⁷⁷ Y en segundo, se tiene que los supuestos de violencia contra las mujeres comparten el trasfondo de la masculinidad dominante y de los roles asignados por el hetero-patriarcado a los géneros como explicación etiológica, tal como ya se ha visto, pese a existir ciertas diferencias.

Dentro de esta línea jurisprudencial, resulta de especial importancia aquella que explora el sentido del agravante específico para el delito de homicidio que introdujo la Ley 1257 del 2008³⁷⁸: cuando la conducta se comete contra una mujer por el hecho de ser mujer. En el caso objeto del pronunciamiento se estaba ante un asesinato cometido por la expareja de una mujer, quien pretendió mantener su control sobre la relación a partir de la violencia, de manera que la asesinó cuando la víctima reiteró que ya no estaría con él. En dicho caso, el *ad quem* estimó que no se

376 Corte Constitucional. Sentencia C-257/16. M. P. H. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

377 Véase, por ejemplo, la sentencia C-481/98 de la Corte Constitucional. MP. H. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

378 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de marzo de 2015. Rad. SP2190-2015. M. P. H. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

aplicaba el agravante en mención, motivo por el cual la representación de víctimas interpuso demanda de casación argumentando que los estudios sobre violencia de género informan que la misma también ocurre con fines jerárquicos. Ante dicha demanda, tanto la Fiscalía General de la Nación, como la defensa alegaron que no debía aplicarse el agravante, por cuanto el procesado no era misógino. Básicamente, el argumento consistía en que el agravante del feminicidio —hoy reato autónomo— ocurre únicamente en eventos en que el sujeto activo de la conducta demostraba odio o animadversión hacia las mujeres.

Afortunadamente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desestimó semejante argumentación y sostuvo que el agravante específico se presenta en todos los supuestos en que la violencia es utilizada como mecanismo para ejercer poder sobre las mujeres en el contexto de las relaciones de dominación/subordinación que caracterizan al sistema patriarcal, tal como ocurre en los eventos en que la mujer es “cosificada” o vuelta propiedad del hombre. Señaló la Corte:

En otros términos, se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad. Este entorno de la violencia feminicida, que es expresión de una larga tradición de predominio del hombre sobre la mujer, es el que básicamente ha servido de apoyo al legislador para considerar más grave ese tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y que se busca contrarrestar legítimamente con la medida de carácter penal examinada e igual con las demás de otra naturaleza adoptadas en la Ley 1257 de 2008.

Significa lo precedente que no todo asesinato de una mujer es feminicidio y configura la causal 11 de agravación del artículo 104 del Código Penal. Se requiere, para constituir esa conducta, que la violencia que la cause esté asociada a la discriminación y dominación de que ella es objeto.

Particularmente, en contextos de parejas heterosexuales que conviven o se encuentran separadas—, el maltrato del hombre para mantener bajo su control y “suya” a la mujer, el acoso constante a que la somete para conseguirlo, la intimidación que con ello le produce, el aumento en la intensidad de su asedio y agresividad en cuanto ella más se aproxima a dejar de “pertenecerle” y la muerte que al final le causa “para que no sea de nadie más”, claramente es el homicidio de una mujer por el hecho de ser mujer o “por razones de género”³⁷⁹.

379 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de marzo de 2015. Rad. SP2190-2015. M. P. H. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

A partir de lo anterior, se tiene que para la Corte Suprema de Justicia, el feminicidio no requiere del odio o la animadversión hacia las mujeres, sino la utilización de la violencia como medio de control social en un sistema y contexto determinados. Lo mismo ocurre en los supuestos de victimización contra la población LGBT, puesto que, a diferencia de odios personales del sujeto activo, ésta nace realmente de las tensiones producidas por instituciones y estructuras socialmente aceptadas como la norma a seguir y cuya construcción se materializa a través de mecanismos de control social formales e informales, lícitos e ilícitos.³⁸⁰

Esta interpretación que hace la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha sido reforzada por el tránsito legislativo del feminicidio como agravante específico a tipo penal autónomo en la medida en que ha señalado expresamente que las relaciones de subordinación, como aspectos que trascienden el odio o animadversión, constituyen elementos configurativos de dicho crimen. En efecto, señala ley 1761 de 2015 en su Artículo 2, que:

Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

- a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.
- b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.
- c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

380 Sobre la sexualidad como objeto de control y represión por parte de los medios formales como informales de control social recuérdese el estudio de FOUCAULT: *Historia de la Sexualidad I. La Voluntad del Saber*. Edición No. 25. Siglo Veintiuno Editores. Madrid. (1998). Recurso electrónico disponible en: http://www.pueg.unam.mx/images/seminarios2015_2/nociones_teoricas/complementaria/michel_foucault_historia_de_la_sexualidad.pdf. Extremadamente diciente resulta la siguiente expresión: "Renuncia a ti mismo so pena de ser suprimido; no aparezcas sino quieres desaparecer. Tu existencia no será mantenida sino al precio de anulación", p. 50.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

Una mirada atenta a la norma penal resalta que el legislador, efectivamente, ha respaldado la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia en la medida en que las circunstancias allí establecidas distan de la noción de odio; se trata, pues, de circunstancias que ejemplifican prejuicios al género femenino y que, por tanto, no hacen parte del tipo penal, de manera que puede predicarse el reato sin su concurrencia, pues lo relevante es la motivación del ilícito en el género o identidad de género de la víctima.³⁸¹ Por ello mismo, el argumento aquí defendido de que la violencia contra la población LGBT debe verse desde la óptica del prejuicio y no del crimen de odio, se refuerza en la medida en que la ley lo señala así respecto el feminicidio, al consagrar que la violencia se comete contra una mujer también cuando estas circunstancias se encuentran motivadas en su identidad de género o pretenden ejercer control sobre su sexualidad.³⁸² Más aún, al revisar los agravantes de dicho delito, encontramos que se alude expresamente al prejuicio como categoría legal en el literal d del Artículo 104 B del Código Penal en los siguientes términos: “cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual”.

Ahora bien, sobre esta agravante en particular surgió la discusión de si la misma resultaba aplicable, por cuanto los prejuicios, a la orientación sexual; ya que estos podían construirse desde la óptica del control a la sexualidad, lo cual es explicativo del dolo calificado que caracteriza al reato de feminicidio. Si bien, desde un primer momento la doctrina defendió la naturaleza explicativa de las circunstancias antecedentes o concomitantes al feminicidio en oposición a su naturaleza taxativa o propia del tipo penal, se consideró que ello podría implicar

381 Aspecto ratificado por la Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2016. M. P. H. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

382 Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2016. M. P. H. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

una doble incriminación.³⁸³ No obstante, y aunque refiriéndose a otra causal de agravación en particular, la Corte Constitucional señaló:

De la misma manera, si la víctima es privada de su libertad de locomoción con anterioridad a que se le ocasione la muerte y esto facilita la comisión del delito, dicha circunstancia proporciona un referente contextual para inferir que la supresión de la vida ocurrió por razones de género, a la luz del literal f) del artículo 104A del Código Penal. Pero, como el agente aprovecha esta situación de indefensión para ocasionar la muerte a la víctima, el feminicidio es de carácter agravado conforme al literal g) del artículo 104B ídem, sin que tampoco en este caso se produzca una doble incriminación, una vez más, debido a que la privación de la libertad, con respecto al artículo 104A citado, solo permite inferir la motivación discriminatoria del feminicidio.³⁸⁴

Lo anterior resulta igualmente aplicable para señalar que puede concursar el feminicidio con un delito sexual o que atente contra la libertad, sin que ello implique doble incriminación. Pues bien, siguiendo esta línea argumentativa es posible que, en razón a que los prejuicios hacia la orientación sexual se pueden construir como un ejercicio de control sobre la sexualidad y, por tanto, contextualizan el dolo calificado del Feminicidio, ello no implique la inaplicabilidad de la causal de agravación, pues la misma simplemente señala que existen determinadas formas de control sobre la sexualidad que resultan más gravosas por implicar una motivación discriminatoria doble: por el hecho de ser mujer y por prejuicios hacia su orientación sexual. Así las cosas, se considera que puede aplicarse esta causal de agravación sin que se produzca una doble incriminación.

En todo caso, y de mayor importancia para el debate actual, queda tajantemente desvirtuada —tanto legal como jurisprudencialmente— la exigencia del odio como elemento subjetivo especial en la victimización de mujeres lesbianas y personas trans. Bajo esta idea, resultaría abiertamente discriminatorio e injustificado que se exigiera el odio para la aplicación de la causal de mayor punibilidad respecto el asesinato de hombres gay, ya que supuestos que tienen una etiología muy similar se estarían tratando de forma desigual (independiente de si la herramienta jurídica es una circunstancia de agravación específica, tipo penal autónomo o una genérica de mayor punibilidad), por cuanto para las mujeres y personas trans bastaría la demostración en torno a que la violencia surge de relaciones de dominación/

383 ESCOBAR, S. *Op. Cit.*, p. 190. Nota al pie 1.

384 Corte Constitucional. Sentencia C-539/16. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

subordinación. Con ello, lo que queda de presente la necesidad de entender judicialmente estas formas de violencia a partir del prejuicio y no del odio.³⁸⁵

Por lo anterior, y también atendiendo el hecho que los prejuicios se han ido enmascarando ante la creciente protección de la diversidad mediante el derecho—de manera que rara vez encontraremos una prueba directa del prejuicio—, resulta imperativo tener en cuenta qué elementos pueden ser indicativos de estos supuestos para su demostración a través del indicio³⁸⁶.

<p style="font-size: 2em; font-family: cursive;">Ap</p>	<p><i>Actividad pedagógica</i></p> <p><i>Crimen de Odio versus Crimen por Prejuicio.</i></p> <p>Antes de continuar, hágase la siguiente pregunta:</p> <p>¿Por qué resulta más conveniente y más a tono con los recientes desarrollos legales y jurisprudenciales entender la violencia contra las personas LGBT desde la óptica del crimen por prejuicio en oposición al crimen de odio?</p>
---	---

3.4.3.4. INDICADORES DE LA VIOLENCIA BASADA EN PREJUICIOS

Siguiendo una metodología interdisciplinar que corrobora y correlaciona la información obrante en estadísticas oficiales, así como en diversos medios de comunicación, Colombia Diversa ha encontrado varios signos indicativos sobre la presencia de un delito violento basado en prejuicios. Así las cosas, presentamos a continuación un listado de éstos elementos indicativos con base en el penúltimo informe de Derechos Humanos presentado por la organización³⁸⁷:

- a) La existencia de amenazas previas, sobre todo cuando éstas están relacionadas con la orientación sexual o identidad de género.

385 Véase ESCOBAR S. *Óp. Cit.*, pp. 188-199.

386 ESCOBAR, S. *Óp. Cit.*, pp. 185-186.

387 COLOMBIA DIVERSA. *Cuando la guerra se va, la vida toma su lugar. Informe de Derechos Humanos de Lesbianas, Gay, Bisexuales y Personas Trans en Colombia*. 2013-2014. Bogotá (2015), pp. 24-26.

- b) El ensañamiento con el cuerpo de la víctima, en particular cuando las áreas atacadas son características de la construcción de la sexualidad o género de ésta, como ocurre, por ejemplo, respecto los genitales, implantes mamarios, el cabello o el rostro.
- c) Cuando se pretende, mediante la violencia, disciplinar, obtener una confesión, coaccionar o sancionar a la víctima; lo cual equivaldrá, en términos jurídico-penales, a la existencia del delito de tortura, como se verá más adelante.
- d) La utilización de algunas de las siguientes como causa de muerte o de lesión: asfixia mecánica, lesiones de apaleamiento, quemaduras, uso de armas blancas, uso de electricidad o químicos, suspensión, inanición.
- e) Cuando se tienen indicios de violencia sexual o ensañamiento con los órganos sexuales de la víctima.
- f) Cuando se realiza la conducta punible en el contexto del conflicto armado, particularmente por el control represivo sobre la sexualidad empleado por sus actores.
- g) La concurrencia de otras causales de agravación punitiva puede ser demostrativa de un homicidio por prejuicio "instrumental", esto es, cuando sus circunstancias son definidas por prejuicios obrantes sin que tenga el mismo una finalidad simbólica. Un supuesto de estos se da frecuentemente en la selección de la víctima LGBT como blanco de hurtos, puesto que se trabaja con base en numerosos prejuicios (el miedo/vergüenza de la familia para denunciar o la inoperancia histórica del sistema judicial respecto estos casos, por dar unos ejemplos). En estos eventos, si bien el homicidio tiene la finalidad de asegurar el hurto y, por tanto, tiende a caracterizarse por un ánimo de lucro, ello no significa que el prejuicio sea inexistente, pues en efecto el mismo es el que sirve de base para la selección de la víctima. Sobre este particular se profundizará más adelante.
- h) La visibilidad de la orientación sexual o identidad de género de la víctima.
- i) La existencia de un contexto más amplio de discriminación al momento de cometerse el ilícito.
- j) La interseccionalidad o concurrencia de otros factores de vulnerabilidad como la clase social, raza, etnia u ocupación de la víctima.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que estos elementos son meramente enunciativos, y no es necesaria la presencia de todos o alguno para que se entienda que se está ante un delito basado en prejuicios por orientación sexual o identidad de género. Lo anterior, en la medida en que, revisados atentamente cada uno de estos elementos apuntan a la utilización de la violencia, bien como un mecanismo de (re)afirmación de relaciones de superioridad/dominación, a la selección discriminatoria de la víctima, o al odio a determinado grupo aprovechando el estatus simbólico de la víctima. En términos prácticos, y comoquiera que se trata de elementos indicativos del prejuicio, probatoriamente ha de dársele a estos el tratamiento de indicios. Para ello, vale la pena resaltar lo que ha expresado la Corte Suprema de Justicia en cuanto al indicio:

Como se sabe, y lo ha repetido la Sala en diversos pronunciamientos, el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho (indicador o indicante) del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado) hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.

Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados de graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y de leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.

[...]

Cabe resaltar que en materia de prueba indiciaria, además de la acreditación del hecho indicante, de la debida inferencia racional fundada en las reglas de la

sana crítica y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las construcciones de ese orden, es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta su articulación, de forma tal que los hechos indicadores sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con cada uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución.³⁸⁸

3.4.4. EL PREJUICIO EN LA JUDICATURA: LA REFLEXIVIDAD COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

Hasta el momento se ha hablado del prejuicio como factor de victimización de las personas LGBT. De igual importancia, comoquiera que surge del mismo sistema social, y en la medida en que produce escenarios de re-victimización, se encuentran los prejuicios dentro de la actuación judicial. Es lugar común señalar que las interacciones judiciales se producen en contextos de sesgos cognitivos y prejuicios en razón de asuntos de raza, clase o género que hacen que las mismas varíen en cuanto a su severidad o laxitud.³⁸⁹ Estas formas de discriminación dentro del sistema judicial se presentan tanto de forma directa como indirecta³⁹⁰, y ponen de relieve la necesidad de hacer conciencia de las mismas para su superación.

388 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de febrero de 2013. Rad. 28465. M. P. H. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

389 Una revisión sobre este aspecto, denominado el componente "instrumental" del castigo por parte de DAVID GARLAND puede verse en ESCOBAR, S. 'Ceremonias de degradación y debates actuales sobre el crimen y castigo' en *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*. N° 51. Editorial Legis (2015) Bogotá.

390 Por ejemplo, en materia de raza y etnicidad véase PHILLIPS, C. y BOWLING, B. 'Ethnicities, Racism, Crime and Criminal Justice' n M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (Coord.) *The Oxford Handbook of Criminology*, 5ª edición, Oxford, Oxford University Press (2012), pp. 384-385.

<p><i>ap</i></p>	<p><i>Actividad pedagógica</i></p> <p><i>El prejuicio en la judicatura: la reflexividad como criterio fundamental para el acceso a la justicia.</i></p> <p>Antes de continuar, hágase la siguiente pregunta:</p> <p>¿Cuáles son las posibles preconcepciones o prejuicios que tiene en torno a las personas LGBT, y qué estrategias desplegaría para su superación?</p>
------------------	---

3.4.5. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL A SER TENIDOS EN CUENTA A LA HORA DE ABORDAR DELITOS POR PREJUICIO

En esta sección se abordará el estudio de los dos aspectos que en este tema resultan más significativos a la hora de abordar este tipo de criminalidad dentro de la parte general del Código Penal. Para ello, y, en primer lugar, se hará referencia al móvil discriminatorio como circunstancia de mayor punibilidad contenido en el numeral 3 del Artículo 58, y sobre el cual se realizarán unas breves reflexiones sobre su alcance y limitaciones. En segundo lugar, se harán algunas breves precisiones sobre los delitos de comisión por omisión y su alcance dependiendo de la fuente de donde surja la posición de garante.

3.4.5.1. REFLEXIONES SOBRE EL MÓVIL DISCRIMINATORIO COMO CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD

De acuerdo con el Artículo 58 en su numeral 3 del Código Penal, se está ante una circunstancia de mayor punibilidad en aquellos eventos en “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”. Como bien se sabe, a diferencia de las circunstancias específicas de agravación o atenuación punitiva—por ejemplo, para el delito de homicidio aquellas consagradas en el Art. 104 del Código Penal³⁴, las circunstancias de mayor o menor punibilidad operan al momento en que se va imponer la sentencia para determinar en qué cuartos debe moverse el juez. Si bien tienen esa diferencia en cuanto a sus efectos, ya

hemos argumentado por qué ambas deben ser vistas bajo la óptica del prejuicio a diferencia de la noción del crimen de odio o animadversión.

En primer lugar, hasta donde conoce el autor, solamente ha habido dos sentencias que reconozcan esta circunstancia en Colombia y fueron proferidas recientemente en el marco de un delito basado por prejuicio en oposición al crimen de odio. Se trata del homicidio del activista y defensor de derechos humanos, Guillermo Garzón. Los supuestos fácticos del caso son los siguientes:

GUILLERMO fue contactado por una persona en espacios de socialización gay. Esta persona ganó su confianza para ingresar a su residencia. Una vez allí, el sujeto inmovilizó a GUILLERMO y permitió el ingreso de cuatro personas más a la residencia. Posteriormente, todas las personas que ingresaron se retiraron cargando maletas. Días después GUILLERMO es hallado sin vida, atado y amordazado en posición de cúbito abdominal. Su cuerpo reveló varios hematomas, signos de haber sido golpeado. Como causa de la muerte se dictaminó asfixia mecánica. De la información recogida por parte de la Fiscalía pudo determinarse que varias posesiones de GUILLERMO habían sido hurtadas de su residencia, así como se pudo individualizar a los miembros de la banda, la cual se dedicaba a este *modus operandi* —selección discriminatoria de hombres gay para su victimización—, quienes fueron capturados.³⁹¹

En este caso son dos las sentencias condenatorias puesto que tres de los miembros de la banda aceptaron cargos, mientras que otros dos preacordaron con la Fiscalía General de la Nación con posterioridad, de manera que hubo ruptura de la unidad procesal. En dicha sentencia se señaló:

Tal como fue pactado por los procesados, debidamente asesorados sobre las consecuencias de tal manifestación libre, se evidencia que sobre los delitos imputados recae una circunstancia de mayor punibilidad en el entendido de que la Empresa criminal de la que hacían parte los procesados buscaba agredir a miembros de la comunidad LGTBI, por lo que siendo el señor GUILLERMO ALFONSO GARZÓN ANDRADE activista reconocido de los derechos de esta parte de la población, fue escogido como sujeto de su actuar delictivo.³⁹²

391 Resumen de hechos elaborado a partir de lo divulgado en el proceso que se surtió ante el Juzgado 3 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. Sentencia del 4 de diciembre de 2015. Rad. 110016000028201403299.

392 Juzgado 3 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. Sentencia del 4 de diciembre de 2015. Rad. 110016000028201403299.

Por su parte, en el proceso contra los miembros de la banda que se allanaron en la imputación, el juez de primera instancia estimó que no era procedente la causal de mayor punibilidad del móvil discriminatorio aduciendo que el móvil se concretaba en el ánimo de lucro. Frente a este supuesto, Colombia Diversa, en representación de las víctimas, interpuso recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. El *Ad Quem* estimó acertada la apelación interpuesta y consideró que efectivamente se encontraba probada la causal de mayor punibilidad por cuanto los elementos materiales probatorios allegados por la Fiscalía General de la Nación evidenciaban que esta banda seleccionaba específicamente a miembros de la población LGBT como parte de su *modus operandi*. Al respecto, señala la sentencia de segunda instancia:

A esto se suma que de las evidencias relacionados por la Fiscalía se deduce, razonablemente, que habían suficientes elementos de juicio que apuntaban a que LEONARDO ARIAS JIMÉNEZ, MIGUEL HERNANDO VÁSQUEZ BUITRAGO y JHEISON ANDRÉS NIETO GARCÍA, cometieron el homicidio dada su tendencia a atacar miembros de la comunidad LGTBI, en particular los homosexuales.

La Fiscalía atribuyó a los procesados la causal de mayor punibilidad mencionada, atendiendo la información de una fuente humana que señaló a los inculcados como un grupo delincuenciales dedicado a robar y asesinar homosexuales, a quienes conocían en espacios de "homosocialización" como bares y tabernas, además, los relaciona con otros delitos contra personas de ese grupo poblacional.³⁹³

Este fallo resulta de vital importancia para la tesis aquí sostenida sobre el prejuicio como herramienta conceptual mucho más adecuada que la noción de odio por cuanto se ajusta a la selección discriminatoria de la víctima por su pertenencia o pertenencia percibida a un determinado grupo en oposición a la necesidad de demostrar animadversión u odio hacia la misma. Así, se trata de un importante reconocimiento judicial sobre la aplicabilidad de la causal de mayor punibilidad por móvil discriminatorio en un caso que se debe entender como un delito por prejuicio "instrumental" en la medida en que, si bien no se evidencia de manera diáfana que haya un fin simbólico de represión hacia el resto de la población LGBT, lo cierto es que la víctima fue seleccionada precisamente por razón de su orientación sexual.

393 Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia del 24 de mayo de 2016. Rad. 1100160000020150015601. M. P. H. Dr. Juan Carlos Arias López.

Señalado lo anterior, y habiendo sostenido ya por qué resulta más adecuado una interpretación del móvil discriminatorio a partir de la noción de prejuicio y no de odio, corresponde que, a la hora de determinar la existencia de esta circunstancia de mayor punibilidad, sean tenidos en cuenta tanto el contexto de las relaciones de poder en que media el delito, como los signos indicativos del prejuicio a los que ya se ha hecho alusión.³⁹⁴

Ahora bien, como segunda reflexión, debe resaltarse que esta circunstancia de mayor punibilidad sólo podrá ser utilizada en aquellos eventos en que no medie una causal específica de agravación punitiva con base en lo que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido respecto a situaciones similares.³⁹⁵ A partir de lo anterior, y comoquiera que existe un reato autónomo que sanciona la violencia contra las mujeres y personas trans —el feminicidio—, esta circunstancia aplicaría para aquellos casos en que la víctima sea un hombre gay o para delitos que no atenten contra la vida como bien jurídico.

En tercer lugar, una lectura atenta a esta circunstancia de mayor punibilidad, pareciera indicar que el concepto de identidad de género —como objeto de protección penal— no se encuentra presente dentro del texto. Esto podría dar pie a que el operador judicial considerase que, a la fecha, este móvil resultaría inaplicable cuando la víctima de un delito distinto al feminicidio es una persona trans. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado, atendiendo a una intervención en que participó Colombia Diversa, lo siguiente:

[...] la Corte coincide con la apreciación de Dejusticia —Colombia Diversa, en el sentido de que el punto de referencia para determinar la solución que el derecho positivo asigna a la hipótesis abstracta planteada por el accionante no son las categorizaciones conceptuales que distinguen entre la identidad de género y la orientación sexual, sino el contenido que el propio legislador asignó a las expresiones lingüísticas que empleó para establecer las circunstancias de mayor punibilidad.

En efecto, el referido interviniente sostuvo que en el contexto de los preceptos demandados, la expresiones “sexo” y “orientación sexual” debían entenderse como

394 ESCOBAR, S. *Óp. Cit.*

395 Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no puede aplicarse la circunstancia de mayor punibilidad de obrar en participación criminal cuando concurre el delito de concierto para delinquir, o la ascendencia social del victimario cuando se imputa un delito con sujeto activo calificado. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia del 20 de marzo de 2011. M. P. H. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Rad. 30.690.

comprendidas de la identidad de género, en la medida en que el legislador, al consagrar la circunstancia de mayor punibilidad, pretendió no solo sancionar los delitos cometidos en razón de las preferencias, deseos, sentimientos y atracciones sexuales y emocionales de las personas frente a otras, sino también los delitos cometidos en razón de la percepción individual sobre la identidad sexual, utilizando una expresión lingüística abarcativa que para la época en que fue expedido el Código Penal, era dominante en la comunidad jurídica: la expresión "orientación sexual", con la cual se designaba de manera global a la comunidad LGBTI, que en ese entonces era concebida como un grupo homogéneo.

En la medida en que esta minoría fue adquiriendo progresivamente mayor visibilidad y reconocimiento jurídico, se fueron depurando las categorías conceptuales, y se distinguió entre la orientación sexual propiamente dicha, y la identidad de género, entendiendo por la primera las preferencias, deseos, sentimientos y atracciones sexuales y emocionales de las personas frente a otras, y por la segunda, la percepción individual sobre la identidad sexual.

Sin embargo, como lo que pretendía el legislador era sancionar tanto la homofobia propiamente dicha, como la transfobia, la expresión "orientación sexual" debe ser entendida en este contexto específico en este sentido amplio.

En este orden de ideas, como las expresiones "sexo" y "orientación sexual" previstas en el artículo 58.3 del Código Penal comprenden la identidad de género, la solución que el derecho positivo asigna a la hipótesis abstracta propuesta por el accionante es distinta de la supuesta en el escrito de acusación, pues a la luz de esta normatividad, cuando una persona comete un delito motivado por la identidad de género de la víctima, si hay lugar a la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58.3 del Código Penal. En otras palabras, aunque el artículo 58.3 del Código Penal no prevé como categoría autónoma la identidad de género como móvil en función del cual se puede estructurar la circunstancia de mayor punibilidad, implícitamente se encuentra comprendida dentro de las de sexo y orientación sexual, y de este modo, el precepto demandado carece del déficit constitucional que se le atribuyó en la demanda que dio inicio al presente proceso.³⁹⁶

Conexo a lo anterior, debe resaltarse —en un aspecto que resulta igualmente aplicativo para las circunstancias específicas de agravación o reatos autónomos—, que ello no opera únicamente para aquellos casos en que es real la orientación sexual o identidad de género diversa de la víctima, sino igualmente para aquellos casos en que así lo percibe el sujeto activo de la conducta. Si bien hemos argumentado la

396 Corte Constitucional. Sentencia C-257/16. M. P. H. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

procedencia de la noción de prejuicio en oposición a la del odio o la animadversión, también es cierto que estas circunstancias estructurales tienen un reflejo en la psique del autor, de manera que se está ante supuestos subjetivos. Con fundamento en lo anterior, puede señalarse que, contrario a las circunstancias objetivas,³⁹⁷ lo relevante en las circunstancias subjetivas se encuentra en las motivaciones del autor, por lo cual resulta válido afirmar que es posible un supuesto en que el sujeto activo perciba a la víctima como perteneciente a la población LGBT y, por ello mismo, la victimice sin que dicha pertenencia sea real. Tal es la solución que la doctrina mayoritaria propone para este tipo de supuestos tanto en nuestro continente como en Europa.³⁹⁸ Ello se compadece con la realidad de la utilización de la violencia como instrumento de (re)afirmación de jerarquías sexuales, donde más que importar si se es o no heterosexual, lo importante es parecerlo. Al respecto, Messerschmidt ha señalado lo siguiente:

Más aun, los chicos que no muestran interés en las chicas, que carecen de las habilidades sociales para tener contacto heterosexual, que carecen de conocimientos sobre el cuerpo femenino y/o que no degradan la homosexualidad, son catalogados como "maricas" y, por tanto, son representados públicamente como poseedores de una masculinidad y sexualidad subordinadas (Holland, Ramazanoglu y Sharpe, 1993). Tal como lo señala Allan Hunter (1993) ser construido como marica es ser puesto "en el corazón de la homofobia, rodeado por ella y experimentándola constantemente. Uno no necesita estar atraído físicamente hacia los chicos para experimentar este fenómeno."³⁹⁹

De hecho, tan posible es lo anterior, que ya existe un supuesto fáctico dentro de nuestro ordenamiento que nos puede servir de triste ejemplo, y no es otro más que el asesinato de Tatiana Fandiño por parte de su pareja y un amigo.⁴⁰⁰ Para

397 ANDRADE, A., CALDAS, L. y DE LA VEGA, O. 'Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe' en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 25 N°. 75 (2004), p. 112.

398 Aunque se encuentra a favor de la noción del odio y en contra de la solución adoptada por la doctrina mayoritaria, Salinero Echevarría hace un interesante recuento sobre las posturas en la materia. Véase SALINERO ECHEVARRÍA, S. (2013), 'La Nueva Agravante Penal de Discriminación. Los "Delitos de Odio"', *Óp. Cit.*, p. 304.

399 MESSERSCHMIDT, J. 'Becoming "Real Men"...' *Óp. Cit.*, p. 301. Traducción del autor de este texto.

400 Se utiliza este caso a modo de ejemplo de un delito basado en prejuicio por orientación sexual percibida. No se trata de un caso típico de la circunstancia de mayor punibilidad, pues se le aplicó al victimario el agravante específico relativo a que la conducta acaeció contra una mujer por el hecho de ser mujer.

evidenciar lo anterior, basta una breve transcripción de los apartes esenciales del pronunciamiento judicial:

El 23 de marzo de 2014, en horas de la noche, se reunieron los señores KEVIN RUBEN JARAMILLO VALENCIA, LUIS EDUARDO MARTÍNEZ PUENTES Y TATIANA FANDIÑO TORRES en el apartamento de ésta, al día siguiente los hombres salen del inmueble a comprar cerveza y es cuando LUIS EDUARDO le comento al hoy acusado KEVIN RUBEN de la posible relación que su compañera sentimental, la menor de iniciales ZCBD, mantenía con TATIANA FANDIÑO; una vez arriban al inmueble la occisa le reclama a su compañero KEVIN que él se encontraba con otra mujer y comienza a agredirse mutuamente siendo entonces cuándo LUIS EDUARDO decide amarrar a TATIANA de las manos con los cables de la consola de video juegos, al tiempo que le indica que va a obtener una confesión directa de ella, la amordaza y golpea en diversas ocasiones y enciende la radio y el televisor a todo volumen, la asfixia con un lazo de entrenamiento para perros y le envuelve su cabeza con una cobija, la cual asegura con un neumático de bicicleta, además le ata los pies con un pijama de rayas rosadas y blancas, posteriormente junto con KEVIN RUBEN, introducen su cuerpo en posición fetal dentro de una maleta de lona, color azul con rojo, la cual sacan a un botadero de basura que se ubica a no más de cien metros del lugar de los hechos.

[...] el imputado sabía que la víctima era su compañera sentimental, no obstante por el comentario de su amigo LUIS ALBERTO MARTÍNEZ (SIC) de estar TATIANA FANDIÑO TORRES sosteniendo una relación lésbica con la novia de aquél, no dudo en permitir que según sus términos el mismo procediera a atarla de sus manos.⁴⁰¹

En efecto, una lectura atenta nos indica, tal y como lo señalarían en su momento los medios de comunicación⁴⁰², que se trató de una conducta punible basada en un chisme, puesto que la víctima no era ni se identificaba como lesbiana o bisexual. Se trata, pues, de un supuesto en que el victimario meramente percibió dicha orientación sexual, y actuó conforme a ella de manera delictiva. Con base en las anteriores consideraciones, se resalta la necesidad de considerar que el prejuicio no sólo existe respecto eventos en que la víctima sea perteneciente a la población LGBT, sino también en aquellos casos en que el victimario lo supone o percibe así. Esto ha sido ratificado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

401 Juzgado 22 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá. Sentencia del 15 de enero de 2015. Rad. 110016000028201400900 NI 213790.

402 Véase, por ejemplo, <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/tatiana-fandino-habrian-matado-un-chisme-articulo-486052>

El texto de la ley sugiere, entonces, que la sanción penal y el juicio de reproche (bien sea por la vía de la agravación o por vía de la tipificación) se establece en razón del móvil racista, sexista, xenofóbico, homofóbico o semejante del victimario, y no en razón de las condiciones personales de la víctima. Y si es en función de esta motivación del autor del hecho punible que se estructuran la circunstancia de mayor punibilidad y los delitos de actos de discriminación y de hostigamiento, resulta indiferente que las percepciones del agresor correspondan a la realidad. Si una persona mata a otra en razón de su aversión a cierta etnia que adjudica a la víctima de su homicidio, el racismo que pretende sancionar la ley penal persiste incluso cuando el agresor se equivoca sobre la etnia a la que pertenecía el sujeto pasivo del delito. En definitiva, como el punto de referencia para valorar la configuración de la causal de agravación punitiva o de los delitos de actos de discriminación o de hostigamiento es la motivación del sujeto activo del delito, resulta indiferente que las representaciones del sujeto activo sobre las condiciones de la víctima, coincidan con las condiciones reales de este último.⁴⁰³

Este aspecto es igualmente aplicable para todo el corpus del Derecho Penal en materia de delitos motivados en la discriminación dado el componente subjetivo propio de la criminalidad basada en prejuicios.

<p><i>Ap</i></p>	<p><i>Actividad pedagógica</i></p> <p><i>Causal de mayor punibilidad Numeral 3 Art. 58 del Código Penal.</i></p> <p>Antes de continuar, hágase la siguiente pregunta:</p> <p>¿La aplicación de esta causal, por ejemplo, en supuestos de selección discriminatoria, implica que no pueden comulgar otros motivos como el ánimo de lucro?</p>
------------------	--

3.4.5.2. REFLEXIONES SOBRE LA POSICIÓN DE GARANTE Y SUS FUENTES

Como bien se sabe, la modalidad de comisión por omisión —también denominada de omisión impropia—, es un dispositivo amplificador del tipo penal que extiende a las omisiones el mismo alcance que a las acciones cuando el sujeto

403 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-257/16. MP H, Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

activo tiene el deber de actuar y no lo hace, de manera que éste es juzgado como si lo hubiera hecho.⁴⁰⁴ El ejemplo prototípico se da en el supuesto en que un padre, viendo a su hijo ahogarse, no hace nada por salvar su vida, pudiendo hacerlo. En este supuesto, pues, el padre sería juzgado como autor omisivo del delito de homicidio agravado por el parentesco (núm. 1 del Art. 104 del Código Penal). Ahora bien, no toda persona tiene el deber de actuar para proteger una fuente de riesgo o evitar un resultado lesivo al bien jurídico tutelado. Solamente aquellas personas que detentan la posición de garantes sobre el bien jurídico podrán ser juzgados mediante esta modalidad.

Tal como han señalado la doctrina y la ley, la posición de garante surge de la existencia de fuentes formales o materiales. Esta distinción no es meramente académica, puesto que, dependiendo de sus fuentes, la modalidad impropia tiene un alcance diferente. En efecto, el parágrafo del Artículo 25 del Código Penal al referirse a las fuentes materiales: asunción voluntaria, estrecha comunidad de vida, comunidad de riesgo, e injerencia, señala: "los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales".

Así, por ejemplo, no puede reprochársele penalmente a una persona que omita una acción tendiente a evitar que la pareja con quien vive sea atracada, pero sí podría verse sancionada esta persona que, pudiendo hacer algo, omite auxiliarla cuando su pareja le informa que pretende suicidarse. Igualmente, es importante resaltar que, en tanto se encuentre contenido en el capítulo de los delitos contra la vida y la integridad personal, el reato de discriminación podría ser susceptible de esta modalidad⁴⁰⁵, puesto que dada la naturaleza eminentemente comisiva del hostigamiento ello de plano no parece predicable respecto este⁴⁰⁶.

Ahora bien, el alcance de la omisión impropia es mucho más amplio cuando la fuente de la posición de garante surge con ocasión de la Constitución y la ley⁴⁰⁷,

404 Para una exposición tanto didáctica como excepcional en la materia véase FORERO RAMÍREZ, J. *El delito de omisión en el nuevo código penal*. Ed. Legis. Bogotá (2002).

405 Aunque, comoquiera que se considere que realmente el bien jurídico vulnerado reside en la igualdad como criterio esencial de la dignidad humana, podría cuestionarse su aplicabilidad cuando la fuente de posición de garante es material.

406 POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Óp. Cit, p. 596.

407 Por ejemplo, en el caso de los educadores si bien puede argumentarse que se ha asumido voluntariamente (fuente material) la posición de garante, la misma se desprende también de la ley.

puesto que, en dichos supuestos, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la misma opera para todos los bienes jurídicos tutelados por parte de la legislación penal.⁴⁰⁸ Por ejemplo, el policía que se cruza de brazos mientras atracan a una persona puede llegar a responder a título de autor por el delito de hurto, por cuanto tenía el deber jurídico de evitar que el patrimonio de la víctima se viese lesionado y no hizo nada, pudiendo hacerlo.

Es de señalar que la construcción jurídica de la omisión impropia se ve atravesada por la discusión en torno a la existencia de su concurso aparente con otros delitos. Por lo general, en materia de delitos cometidos por parte de la fuerza pública, esta discusión se centraría en si ello resultaría constitutivo de un concurso aparente con los delitos de prevaricato por omisión o de discriminación. En la materia no puede ofrecerse una respuesta en blanco y negro, puesto que los principios, en cuanto principios, habrán de ser ponderados en cada caso. De allí que, en algunos eventos, resultará privilegiado el principio de especialidad (la ley especial prima sobre la ley general)⁴⁰⁹, mientras que en otros ello se hará a favor del principio de la consunción (el acto más gravoso y que envuelve la conducta consume al menos gravoso)⁴¹⁰. Así las cosas, la omisión impropia constituye, sobre todas las cosas, una preciosa herramienta jurídica para garantizar justicia en aquellos eventos en que, por una razón u otra, no sean procedentes determinadas conductas contenidas en la parte especial del Código Penal. Hechas las anteriores reflexiones, procederemos ahora a hacer lo mismo frente a los aspectos más relevantes de la parte especial de nuestra legislación penal.

3.4.6. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PARTE ESPECIAL EN RELACIÓN A LOS DELITOS POR PREJUICIO

En esta sección se abordarán los aspectos que pueden resultar más significativos de la parte especial del Código Penal respecto a la victimización de miembros de la población LGBT. Para ello, y en primer lugar, se abordarán las causales de

408 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio de 2006. M. P. H. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Rad. 25536.

409 A manera de ejemplo, el principio de especialidad opera cuando la persona comete el homicidio con fines altruistas. En tanto hay una norma especial que regula la materia (homicidio por piedad), el concurso aparente se resuelve en favor de éste en oposición al delito de homicidio.

410 A manera de ejemplo, el principio de la consunción opera cuando el autor ejerce violencia sobre las cosas para lograr el hurto (hecho más grave contemplado ya en el delito de hurto calificado) de manera que el concurso aparente se resuelve a favor de este delito en oposición al concurso del hurto con el delito de daño en bien ajeno.

agravación punitiva del delito de homicidio que son igualmente aplicables para el de lesiones personales,⁴¹¹ así como el feminicidio como reato autónomo. En segundo lugar, se harán unas breves reflexiones sobre los delitos cometidos por parte de la fuerza pública; estos, comúnmente son catalogados en el lenguaje de los derechos humanos como violencia o abuso policial. En tercer lugar, se realizarán unos breves comentarios a las implicaciones del elemento subjetivo especial contenido en el delito de Amenazas. En cuarto lugar, se resaltará la pertinencia del agravante específico del control social en el marco de los delitos sexuales. En quinto lugar, se harán unas brevísimas reflexiones sobre el agravante por móviles discriminatorios en el delito de desaparición forzada. Por último, este estudio se concentrará en los delitos de actos de racismo y discriminación, así como de hostigamiento.

3.4.6.1. EL FEMINICIDIO Y LOS AGRAVANTES ESPECÍFICOS DEL DELITO DE HOMICIDIO

En cuanto al feminicidio, como reato autónomo, ya se ha reseñado cómo opera bajo una noción del prejuicio en oposición al crimen de odio. También se ha señalado cómo resulta aplicativo, por expresa disposición legal, cuando la violencia es ejercida por razón de la sexualidad o identidad de género.

En lo que atañe a las circunstancias específicas del delito de homicidio, no existe una que se haya trazado para la protección jurídico-penal de los hombres con orientaciones sexuales diversas. Por ello mismo, se puede escoger entre dar aplicación a la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 3 del Art. 58 del Código Penal o bien podría reconducirse al motivo abyecto, en caso de que la construcción propuesta de dicha circunstancia no sea compartida, particularmente en cuanto al prejuicio y su procedencia para los delitos donde existe una mera selección discriminatoria de la víctima, pese a los importantes argumentos y precedentes jurisprudenciales presentados.

En la medida en que nuestra jurisprudencia ha señalado que este motivo no es otro más que "*aquello despreciable, vil en extremo*"⁴¹² (cursivas fuera del texto), ello resulta claramente aplicable cuando la víctima es seleccionada por razón de su orientación sexual, porque se piensa que ello hará más fácil la consumación de

411 Art. 119 del Código Penal.

412 COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de enero de 2006. M. P. H. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Rad. 2216.

la conducta punible, sin que se requiera la demostración de odio hacia la víctima, por cuanto no se exige que el sujeto desprecie a la víctima, sino que basta que la forma como el sujeto llegue a ella, surja de algo despreciable como el prejuicio. Si bien, por las razones expresadas a lo largo de este texto, se considera mucho más apropiado y ajustado a los derechos de las víctimas que se maneje la noción de delito por prejuicio para todos los aspectos relativos a la victimización de la población LGBT, esta herramienta se presenta como una opción disponible para salvaguardar cualquier vacío que surja en el evento en que no se comparta la propuesta inicial.

Por último, es pertinente hacer unas precisiones sobre el alcance de la sevicia como agravante específico. Lo anterior, en la medida en que, tal como ya se señaló, el ensañamiento con el cuerpo de la víctima es uno de los signos distintivos de un delito basado en prejuicios por orientación sexual o identidad de género. Pues bien, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la diferencia entre un homicidio agravado por la sevicia y la existencia de un concurso entre los delitos de homicidio y tortura estriba, precisamente, en las motivaciones del autor. De ahí que sostenga lo siguiente:

Los hechos transcritos comparten una característica común consistente en la utilización de fuerza desmedida en contra de la víctima o la causación de dolores o sufrimiento físico o psíquico. Sin embargo, lo anterior no estructura el delito de tortura, siendo pertinente en su lugar distinguir entre este punible y la comisión de homicidio agravado por la sevicia.

[...]

De acuerdo con lo expuesto, en las circunstancias de cada caso se debe distinguir el propósito que orientó al victimario para generar el dolor o sufrimiento excesivo sobre el occiso, de modo que en aquellos eventos en donde se procuró el daño por sí mismo estaríamos frente al fenómeno de la sevicia, pero si se halla alguno de los fines exigidos en el Artículo 178, se presentaría el punible de tortura.⁴¹³

Ahora bien, al revisar los fines exigidos en el Artículo 178 del Código Penal encontramos que, para que se entienda configurado el delito de tortura, a la víctima deberá infligírsele daño para: a) castigarla, b) intimidarla, c) coaccionarla, d) obtener de ella información o confesión siempre y cuando ello se haga "por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación". A partir de allí, se

413 COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 26 de septiembre de 2012. M. P. H. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero. Rad. 38250.

colige que siempre que la teoría del caso de la Fiscalía tenga en cuenta el prejuicio y la causación de sufrimiento a la víctima —nótese aquí también un modelo abierto que no marca taxativamente los grupos a ser discriminados—, lo cierto es que se está realmente ante un supuesto de tortura, en concurso con el homicidio (agravado por otras circunstancias, pero no por la sevicia) si de allí se produjo la muerte de la víctima. A manera de ejemplo, y recordando el caso de TATIANA FANDIÑO que se trató en la sección anterior, se concluye que la Fiscalía debió imputar el concurso del homicidio con el delito de tortura, pues la víctima fue amarrada y golpeada con el fin de obtener de ella una confesión sobre su orientación sexual percibida.

3.4.6.2. LA VIOLENCIA Y EL ABUSO POLICIAL O DE LA FUERZA PÚBLICA

Cuando se cometen delitos por prejuicio por parte de miembros de la fuerza pública, con frecuencia saltan a la vista categorías propias del lenguaje de los derechos humanos como, por ejemplo, la violencia o el abuso policial. No obstante, tales categorías no existen propiamente como delitos en nuestro ordenamiento, sino que deben adecuarse a la parte especial y, particularmente, frente a los delitos de detención arbitraria (Art. 174 y ss., del Código Penal), los abusos de autoridad (Arts. 416 y 417 del Código Penal) o frente al prevaricato por acción u omisión. En estos casos, nuevamente, habrá de ponderarse los principios en materia de concursos para definir cuál reato ha de ser privilegiado, puesto que, por ejemplo, varios de ellos son tipos residuales y se aplican excepcionalmente en virtud del principio de subsidiariedad. De igual forma, sobre el particular es importante resaltar que, para un sector de la doctrina, gran parte de estos concursos necesariamente habrán de ventilarse —en virtud del principio de especialidad—, a través del delito de discriminación agravado por el sujeto activo.⁴¹⁴

Frente a esta situación particular, se considera, nuevamente, que ello habrá de determinarse conforme las exigencias que haga cada caso, razón por la cual sobre esta materia preferimos enfocar nuestra atención en un argumento procesal, que surge en el contexto de determinados delitos cometidos por parte de la fuerza pública y que, por tanto, ubicamos en esta sección de la parte especial. En concreto, nos referimos a la determinación de la jurisdicción por la cual habrán de ventilarse los mismos. A la hora de determinar si un delito es competencia de la jurisdicción penal militar o de la jurisdicción ordinaria, la Corte Constitucional ha elaborado

414 POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Op. Cit, pp. 591-592.

un test mediante el cual deben satisfacerse cabalmente ciertos requisitos para que sea la justicia castrense la encargada de dirimir el conflicto. Estos requisitos son: a) la existencia directa y próxima de la conducta con una función militar o policiva; b) que la relación con la función misional sea clara, de manera que en aquellos casos en que resulte discutible, la jurisdicción competente es la ordinaria; c) el delito debe ser producto de un exceso cuantitativo y no cualitativo, ya que en este último caso no habría relación clara y directa con la función misional; d) en ningún caso un delito de lesa humanidad será competencia de la justicia penal militar.⁴¹⁵

Pues bien, tratándose de delitos inspirados en prejuicios consideramos que ello jamás podrá ser competencia de la justicia penal militar, por cuanto el prejuicio resulta ajeno a cualquier exceso cuantitativo, e implica por parte del sujeto activo una conducta regida por una nueva relación de riesgo.⁴¹⁶ No obstante, también es cierto que, con frecuencia, el prejuicio se tratará de enmascarar en fines legítimos como, por ejemplo, en el control del trabajo sexual, pero a partir de aplicaciones selectivas y violentas de la ley, como el enfoque desmedido y brutal en contra de las mujeres trans que ejercen el trabajo sexual.⁴¹⁷ Por ello mismo, resulta de fundamental importancia que a la hora de valorar estos casos, se estudie en detalle el contexto de las actuaciones de la fuerza pública.

3.4.6.3. EL DELITO DE AMENAZAS Y LA VÍCTIMA A PARTIR DE SU ELEMENTO ESPECIAL SUBJETIVO

De acuerdo con la redacción del Artículo 347 del Código Penal, y tal como ha sido avalado por parte de nuestra jurisprudencia, el delito de Amenazas exige que la conducta punible haya sido ejecutada con la finalidad especial de causar zozobra sobre la población o un sector de ésta.⁴¹⁸ Pues bien, este elemento específico del delito tiene una implicación procesal de fundamental importancia en la medida en que ello lo erige como uno que pretende la tutela de la seguridad pública, y no solamente de aquella de la persona o personas que han sido objeto de amenazas.

415 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-358/97. M. P. H. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

416 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia Unificadora 1184/01. M. P. H. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

417 Véase por ejemplo el capítulo sobre violencia y abuso policial en COLOMBIA DIVERSA. *Cuando la vida se va, la guerra toma su lugar. Óp. Cit.*

418 Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 22 de agosto de 2006. M. P. H. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Rad. 26.882.

Ahora bien, si a lo anterior se aúna el hecho de que la Corte Constitucional ha acogido un concepto abierto de víctima en materia procesal,⁴¹⁹ ello implica que para el caso del delito de amenazas los colectivos u organizaciones defensoras de los derechos de personas LGBT pueden constituirse como víctimas en cuanto representantes de un sector poblacional que ha sufrido zozobra por las mismas. Como bien puede apreciarse, esta construcción de una víctima colectiva que ha sufrido un daño, pese a que resulte debatible o no si el mismo es directo, distaría de la figura del actor civil popular que operaba bajo el sistema de la Ley 600 de 2000 y que no es aplicable en el sistema penal acusatorio.

3.4.6.4. LOS DELITOS SEXUALES Y EL AGRAVANTE DEL CONTROL SOCIAL

De conformidad con el numeral 8 del Art. 211 del Código Penal, las penas de los delitos contemplados en los capítulos I y II del título IV de la precitada norma se agravarán "si el hecho se cometiere con la intención de generar control social, temor u obediencia en la comunidad". Frente a esta particular circunstancia de agravación, y si bien la misma se da principalmente en el caso de grupos armados que en el conflicto armado desplegaron tales conductas punibles, lo cierto es que ello igualmente aplica para casos ajenos a éste, como en el supuesto de las violaciones equívocamente denominadas "correctivas", pues no hay nada que corregir⁴²⁰. En estos supuestos, la víctima es objeto de violencia sexual con miras a que su conducta sexual sea modificada, de manera que el ilícito es desplegado para controlar socialmente el cuerpo de la persona, tratándose de una problemática que afecta en particular a las mujeres lesbianas.⁴²¹

Así las cosas, en estos supuestos debe aplicarse el agravante en mención de manera que se reproche cabalmente, desde los estrados judiciales, la utilización de la violencia sexual como una herramienta de represión y control de la diversidad.

419 Así, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del vocablo directo en torno a la necesidad que la víctima acredite la causación de un daño en su contra. Corte Constitucional. Sentencia C-516/07. M. P. H. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

420 Naturalmente, son equívocamente denominadas así en cuanto no existe nada que corregir cuando se tiene una orientación sexual o identidad de género no normativa.

421 ESCOBAR, S. Óp. Cit., pp. 187-188.

3.4.6.5. DE LA DESAPARICIÓN FORZADA Y EL AGRAVANTE EN TORNO AL SUJETO PASIVO DE LA CONDUCTA

De conformidad con el numeral 4 del Artículo 167 del Código Penal, se agravará la pena del delito de desaparición forzada:

Quando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.

De esta agravante, vale la pena resaltar cómo nuevamente se alude a un modelo abierto de la discriminación por cuanto se reprocha *cualquier* motivación de esta índole, sin distinguir los grupos que puedan ser objeto de la misma. En este sentido, y comoquiera que los grupos que no son objeto de odios o animadversiones pueden verse victimizados, se ratifica nuestro argumento en torno a entender la discriminación desde una óptica que trasciende la hostilidad y cuyo corazón es el prejuicio.

3.4.6.6. LOS ACTOS DE RACISMO O DISCRIMINACIÓN Y EL HOSTIGAMIENTO

En esta subsección exploraremos apartes relevantes de los delitos contenidos en los Arts. 134 A y 134 B del Código Penal. Para ello, y en primer lugar, haremos unas breves reflexiones sobre elementos comunes a ambos reatos. Posteriormente, en segundo y tercer lugar, nos ocuparemos sobre aspectos puntuales de cada uno de estos.

a) Elementos comunes a los delitos de actos de racismo o discriminación y hostigamiento

Tal como señalamos en secciones anteriores⁴²², si bien para que estos delitos se entiendan consumados se requiere un elemento subjetivo especial —que la

422 En las que sostuvimos que existen suficientes motivos para que frente a los delitos de actos de racismo o discriminación y hostigamiento se entienda un modelo abierto de discriminación

conducta se despliegue por razón de la pertenencia o percepción de la pertenencia de la víctima a un grupo determinado— ello no significa que deba existir odio o animadversión por parte del sujeto activo hacia ese grupo.

De igual forma, estos delitos comparten una aparente omisión temprana que, posteriormente, habría de ser subsanada en el tránsito a un modelo abierto de la discriminación. En efecto, la primera formulación legal de ambos delitos excluía la categoría identidad de género, al punto incluso que algunos autores alegaron su atipicidad cuando se victimizaba de esta forma a las personas trans.⁴²³ Esta omisión ha sido subsanada mediante la Ley 1752 de 2015 al modificar estos artículos⁴²⁴ para incluir la expresión por razón de “*discapacidad y demás razones de discriminación*” (cursivas fuera del texto).

Por lo que ahora, cabe preguntarse: ¿cómo habrán de tratarse los casos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma, lo cual acaeció el 3 de junio de 2015? Al respecto, es menester resaltar que la Corte Constitucional se ha pronunciado, señalando que no es predicable dicho reato frente a la victimización por identidad de género con anterioridad a la reforma.⁴²⁵ Hechas las anteriores precisiones, a continuación haremos unas breves reflexiones particulares sobre cada uno de estos delitos.

b) Los actos de racismo o discriminación

No es el caso hacer un recuento de todos y cada uno de los elementos típicos. Sin embargo, a continuación haremos unas breves reflexiones sobre tres aspectos trascendentales de la norma penal en mención. En primer lugar, debe señalarse que el despliegue de los verbos rectores —impedir, obstruir o restringir el ejercicio pleno de derechos— se encuentra atravesado por un elemento normativo, razón por la cual debe realizarse de manera arbitraria. Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la arbitrariedad se predica de aquello que carezca de una justificación, bien sea racional o jurídica,⁴²⁶ puesto que, tal como ha señalado la Corte Constitucional: “se tiene entonces que para que exista un

que sanciona el prejuicio.

423 POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Óp. Cit., p. 589.

424 134A y 134B del código penal, adicionados por la Ley 1482 de 2011

425 COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-671/14. M. P. H. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

426 POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Óp. Cit., pp. 583-584.

acto de discriminación se requiere además del trato desigual el que dicho trato sea injustificado, esto es, carente de razonabilidad...⁴²⁷.

En segundo lugar, si bien aquí se ha defendido un modelo de la discriminación que se enfoca en el prejuicio y no en el odio o animadversión del sujeto activo, ello en ninguna forma significa que todo acto discriminatorio injustificado ha de resultar punible, puesto que en el caso concreto, el sujeto activo debe ser consciente de estar desplegándolo por razón de la pertenencia, o percepción de pertenencia, de la víctima a determinado grupo. Bajo ese orden de ideas, no todo trato discriminatorio en términos constitucionales—puesto que allí se incluyen los tratos desiguales tanto conscientes como inconscientes—⁴²⁸, va a tener relevancia jurídico-penal.

En tercer lugar, debe señalarse que existe un debate en la doctrina en torno a si se está ante un delito que admite otras modalidades del dolo distintas al directo, como por ejemplo ocurre frente al dolo eventual⁴²⁹. Al respecto, consideramos que no existen argumentos a la fecha, conforme a un modelo abierto de la discriminación para señalar que no proceden todas las modalidades dolosas de la conducta. Por último, es de acotar que en razón al principio de especialidad para discernir la existencia de concursos aparentes entre delitos, aquellos que normalmente se manejaban bajo la óptica del prevaricato, sea por acción u omisión tratándose de servidores públicos, habrán de resolverse a favor del reato de discriminación.⁴³⁰

c) El hostigamiento

Ahora bien, a diferencia de los actos de racismo o discriminación, el reato de hostigamiento es meramente comisivo y exige que el sujeto activo se aparte de los ámbitos del núcleo esencial de la libertad de expresión al “fomentar actos

427 COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T.1042/01. M. P. H. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

428 COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-098/04. M. P. H. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

429 En contra de la aplicación del dolo eventual véase POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Óp. Cit., p. 586. Por su parte, a favor de la procedencia del dolo eventual en estos delitos, véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. ‘La discriminación en el ámbito penal. A propósito de la ley 1482 de 2011’ en Posada Maya, Ricardo (Coordinador). Ediciones Uniandes, Bogotá (2013), p. 409.

430 POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Óp. Cit., pp. 591-592.

*lesivos indeterminados*⁴³¹ (cursivas fuera del texto) contra una persona o grupo de personas por razón de su pertenencia al mismo, puesto que se está ante una modalidad especial de la incitación a delinquir. Ahora bien, dado que estos actos de promoción o instigación no sólo deben ser idóneos, sino igualmente inequívocos, en este caso se considera que sólo podrá realizarse la imputación subjetiva a título de dolo directo.⁴³² Por último, es de acotar que, en el supuesto en que se materialicen actos lesivos con ocasión de la promoción o incitación a los mismos —por ejemplo, cuando el instigado realiza el delito de homicidio o lesiones personales—, no será aplicable este delito, pues se estará realmente ante la figura del determinador o instigador como dispositivo amplificador del tipo penal.⁴³³ Hechas estas reflexiones sobre algunos aspectos esenciales de la parte especial del Código Penal a la hora de abordar delitos basados en prejuicio por orientación sexual o identidad de género, procederemos a enfocar nuestra atención en algunos aspectos de índole procesal de igual importancia.

3.4.7. ASPECTOS PROCESALES FUNDAMENTALES A SER TENIDOS EN CUENTA A LA HORA DE ABORDAR DELITOS BASADOS EN PREJUICIOS

En esta sección se estudiarán algunos aspectos procesales que, necesariamente, influirán en el acceso a la justicia por parte de las víctimas. En primer lugar, se hará una defensa de la acepción amplia de víctima, con lo cual se permitirá su aplicación procesal respecto a la familia identitaria o quienes tengan una amistad íntima con la víctima directa. En segundo lugar, se resaltarán algunas herramientas que pueden ser de utilidad al operador judicial a la hora de evitar que el proceso penal se convierta en un escenario de re-victimización. Por último, se abordará la incidencia del prejuicio en los preacuerdos y negociaciones con el ente acusador.

3.4.7.1. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DESDE UNA MIRADA AMPLIA

Tal como se señaló en las consideraciones relativas al delito de amenazas, la Corte Constitucional ha adoptado un concepto amplio de víctima de manera que es víctima toda aquella persona que pueda acreditar la existencia de un daño

431 POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Óp. Cit., p. 596.

432 POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Óp. Cit., pp. 597-598.

433 POSADA MAYA, R. *Los delitos de actos racistas...* Óp. Cit., p. 599.

ocasionado por la conducta punible. Esto no es baladí en la medida en que se ha detectado que una de las principales barreras para el litigio en materia de delitos por prejuicio estriba en que, en ocasiones, los prejuicios sociales también operan frente a las víctimas sobrevivientes del delito: en muchos casos es difícil, sino imposible, obtener un poder por parte de la familia de la persona que ha fallecido, ya que ésta tiene vergüenza o miedo de lo que implique el conocimiento público de la orientación sexual o identidad de género diversa.

¿Lo anterior significa que en aquellos casos en que la familia no otorgue poder estamos ante un proceso en que no hay víctimas a ser representadas en la actuación penal? Frente a esto cabe señalar que si bien habrá casos en que ello sea así, también es cierto que incluso ante la ausencia de familiares es posible que haya una representación de víctimas dentro del proceso penal, en la medida en que, sobre todo para el caso de las personas trans, muchas construyen una 'familia' basada en su identidad de género; se trata de un grupo con estrechos lazos personales que se comporta como cualquier familia: con amor, respeto y solidaridad. También es común que las amistades más cercanas muestren interés en el avance del caso. Pues bien, ante estos dos supuestos, debe señalarse que existen precedentes que permiten su constitución como víctimas. En efecto, e incluso bajo la ritualidad de la Ley 600 de 2000, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que las personas cercanas a la víctima de un delito violento son susceptibles de sufrir daños extrapatrimoniales, como es el caso del menoscabo a la vida en relación. Al respecto, se señaló en sentencia de única instancia frente al daño en relación que:

e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por parte de la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquella y estos.⁴³⁴

Conforme a la anterior consideración, resulta viable la constitución de la familia identitaria de la víctima o sus amistades cercanas como víctimas ante la judicatura mediante la acreditación del daño. Comoquiera que para etapas anteriores de la actuación penal, así como para la misma audiencia de acusación, lo que se requiere es la acreditación sumaria del daño⁴³⁵ —siendo procedente su demostración únicamente en el incidente de reparación íntegral— para lo que

434 COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia del 15 de mayo de 2013. Rad. 33118.

435 Ello de conformidad con los Arts. 132 y 340 de la Ley 906 de 2004.

bastará cualquier medio de convicción que indique: 1) la existencia de una relación de amistad o cercanía especial con la víctima y 2) que a partir de la conducta punible se haya producido un menoscabo en la forma en que esta persona se relaciona con su entorno social o el daño moral a ella causado.

3.4.7.2. HERRAMIENTAS PARA EVITAR LA REVICTIMIZACIÓN DENTRO DEL PROCESO PENAL

Los procesos penales son escenarios donde la víctima, e incluso el mismo operador judicial, pueden convertirse en blancos de degradación por parte de acusados y litigantes como estrategia de defensa⁴³⁶, lo que puede convertirse en un supuesto de re-victimización con capacidad suficiente para mermar la confianza en la administración de justicia. En efecto, estudios similares respecto al subregistro de denuncias por parte de mujeres en materia de violencia de género, han evidenciado que ello, en parte, obedece a la posibilidad de revictimización que ofrece el proceso penal.⁴³⁷ Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que a la víctima le asiste el derecho a un trato justo dentro de la actuación penal,⁴³⁸ el operador judicial debe hacer lo posible para evitar este y otros supuestos similares.

En materia de utilización de estrategias degradantes contra la víctima, es altamente probable que se intente cuestionar su vida íntima, así como se le intente asociar a prejuicios negativos como la promiscuidad, la prostitución o que se cuestione su corrección moral.⁴³⁹ Sobre esto debe señalarse que tal situación se ha presentado de forma similar en materia de delitos sexuales, donde la jurisprudencia ha reconocido en numerosas oportunidades que no puede permitirse lo anterior como estrategia defensiva en los siguientes términos:

Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad

436 Particularmente, a través de las técnicas de neutralización tendientes a negar el daño o la victimización, o aquellas tendientes a censurar a quien denuncia o censura. Por ejemplo, véase ESCOBAR, S. 'Ceremonias de degradación...'. *Op. Cit.*

437 NEWBURN, T. *Criminology...* *Op. Cit.*, pp. 370-371. También véase MATOESIAN, G. *Reproducing Rape: Domination through Talk in the Courtroom*, Cambridge, Polity Press (1993).

438 De conformidad con los Arts. 1 y 137 de la Ley 906 de 2004.

439 En efecto, este tipo de prejuicios son comunes y, lo más grave, se han identificado sobre todo en la lógica de algunas instituciones, en particular la policía, por lo que hay que tener especial cuidado al respecto. Véase COLOMBIA DIVERSA. *Cuando la vida se va, la guerra toma su lugar*. *Op. Cit.*, p. 60.

como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.⁴⁴⁰

Pues bien, si cuestionar la vida íntima o sexual de la víctima resulta improcedente en materia de delitos sexuales, ello es predicable con mayor razón tratándose de otros delitos, de manera que el operador judicial debe ser especialmente cuidadoso a la hora de abordar cualquier solicitud de esta índole. Adicionalmente, la procedencia o improcedencia de estas solicitudes probatorias puede verse mediada por los prejuicios existentes también en el funcionario judicial. Así las cosas, discernir sobre la procedencia o improcedencia de un medio probatorio relativo a la vida sexual o íntima de la víctima resulta especialmente problemático, razón por la cual se propone que dichas solicitudes sean tratadas como un criterio sospechoso de discriminación. Esto es, que salvo que se demuestre con claridad en la solicitud de la prueba que con ella se persigue un fin probatoriamente legítimo, cualquier solicitud de pruebas o práctica de las mismas relativas a la vida personal de las víctimas debería ser excluida por constituir una afrenta a su dignidad.

Otro escenario que puede conducir a la revictimización se da en el caso en que la judicatura se refiera a la víctima por su nombre de registro en oposición al nombre identitario que ha adoptado. Si bien para efectos legales es necesario que quede plasmado el nombre de registro, ello no obsta para que, una vez hecho lo anterior, se aluda a la víctima por su nombre identitario. En todo caso, es importante que al hacer esto se evite la caracterización del nombre identitario como un "alias", puesto que se trata de conceptos diametralmente opuestos, siendo este último uno asociado con la criminalidad, de donde se colige que semejante comparación equivaldría a llamar delincuente a quien ha sufrido con ocasión de la conducta punible.

440 Véase, por ejemplo, dentro de esta línea jurisprudencial: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Fallo del 26 de enero de 2006. M. P. H. Dra. Marina Pulido de Barón. Rad. 23706.

3.4.7.3. EL PREJUICIO Y LOS PREACUERDOS O NEGOCIACIONES CON LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Por regla general, en materia de preacuerdos, las adecuaciones típicas son objeto susceptible de negociación, de manera que las circunstancias especiales de agravación punitiva al igual que la de mayor punibilidad respecto al prejuicio podrán ser tratadas bajo este instituto procesal, así como respecto a los hechos o delitos imputados, esto es, frente a la existencia fáctica del prejuicio, siempre y cuando sea solamente uno de estos el que se escoja.⁴⁴¹ No obstante lo anterior, debe señalarse que, por expresa disposición legal, la negociación sobre los hechos imputados y sus consecuencias se encuentra prohibida respecto al delito de feminicidio,⁴⁴² en la medida en que, como se ha señalado, el feminicidio implica la violencia por prejuicios a la orientación sexual o la identidad de género, lo cual significa que dicha circunstancia se torna innegociable.

Ahora, si bien es factible que jurídicamente se pueda negociar cualquier aspecto legalmente previsto distinto al feminicidio, a falta de expresa prohibición legal, también es cierto que ello generaría un trato que podría cuestionarse como desigual al considerar que semejantes negociaciones no estarían a tono con la política criminal del Estado, la cual se ha preocupado recientemente por ampliar los márgenes de protección jurídico-penales frente a la población LGBT.⁴⁴³ No obstante lo anterior, dicha argumentación podría controvertirse, y se controvierte desde la praxis, por cuanto se suele argumentar que la administración eficaz y pronta de justicia con fundamento en los preacuerdos puede construirse como una materialización político criminal que igualmente pretende el prestigio de la función jurisdiccional, pese a que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que tal no puede ser la única razón cuando se tienen suficientes elementos probatorios para condenar en juicio.⁴⁴⁴ Por esta razón, desde este escrito se hace un llamado

⁴⁴¹ Véase Art. 351 de la Ley 906 de 2004.

⁴⁴² Véase Art. 5 de la Ley 1761 de 2015.

⁴⁴³ De acuerdo con el Art. 348 de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos y negociaciones tienen una finalidad marcadamente político-criminal y deben pretender el prestigio por la función de administrar justicia. Un claro ejemplo de esta preocupación se avizora en la tipificación de los actos de racismo y discriminación, así como el hostigamiento. No más la elaboración de este módulo con destino al operador judicial es una clara muestra de semejante preocupación.

⁴⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de octubre de 2014. Rad: 42184. M. P. H. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández.

al legislador para que iguale los estándares en materia de preacuerdos en pos de la protección de toda la población LGBT.

En todo caso, y mientras tanto, consideramos que puede encontrarse una solución intermedia para este déficit. Por un lado, al exigir razones distintas a la celeridad en la condena conforme al precedente judicial previamente acotado y, por otro lado, al permitirse en dichos supuestos la aprobación del preacuerdo, por ejemplo, al aceptar que se negocie la consecuencia jurídica del móvil discriminatorio, siempre y cuando se reconozca dicha circunstancia en la narración fáctica de la sentencia. De esta forma, se garantizaría que la defensa obtuviera el beneficio esperado a partir de la negociación y admisión de responsabilidad, mientras que no se produciría un desmedro a la víctima en su derecho a que se reconozca la verdad de lo ocurrido.

Conclusión

Todas las anteriores consideraciones ponen de presente que son muchas las herramientas jurídico-penales disponibles al operador judicial, así como el hecho que las mismas se encuentran en un campo naciente de discusión dada la reciente importancia que ha ido adquiriendo la protección de las víctimas pertenecientes a la población LGBT. Aunque en estas páginas se han defendido algunas interpretaciones sobre otras, se reconoce que el ejercicio de la profesión implica la adopción de un criterio propio, argumentado y razonado que podrá variar de acuerdo a quien realice la labor interpretativa. Por lo que con profundo respeto, simplemente se quiere señalar, además, que la falta o escasez de precedentes en la materia no debe convertirse en el talón de Aquiles de la protección de las víctimas LGBT. Por ello mismo invitamos a todas las personas encargadas de administrar justicia a no amedrentarse por esta situación, puesto que los precedentes solamente son posibles en la medida en que sean tratados y discutidos en los fallos.

<i>de</i>	<p>Autoevaluación</p> <p><i>Caso</i></p> <p>El cuerpo sin vida de A, mujer trans de 28 años, es encontrado en su lugar de residencia. El cuerpo presenta veinte heridas por arma corto-punzante, concentrándose la mayoría de las mismas en sus implantes mamarios. El cuerpo de la occisa es</p>
-----------	--

ae

encontrado tendido boca abajo y en la espalda y cavidad anal se encuentra una sustancia blanca que semeja al semen pero que el análisis de laboratorio revela como champú. Tras una investigación completa por parte de la Fiscalía General de la Nación, se logra individualizar a B, quien confiesa que lo hizo por motivos de su identidad de género y acepta cargos en la Audiencia de Formulación de Imputación.

PREGUNTAS

1. ¿Es predicable el reato de feminicidio?
2. De no mediar confesión y aceptación de cargos por parte de B, ¿existen elementos de convicción para predicar por parte del sujeto activo un móvil discriminatorio a la identidad de género como elemento del feminicidio?
3. En caso de que la víctima no haya hecho el cambio en su nombre de registro, ¿cómo han de referirse los intervinientes en el desarrollo de la audiencia?

Variante 1

Tomando como base el anterior caso, se varían los supuestos fácticos y probados de la siguiente manera:

- La sustancia encontrada en la cavidad anal efectivamente era semen y pertenecía a B.
- La víctima era trabajadora sexual.

No obstante, sus compañeras de trabajo informan mediante testimonio que ella rehusaba siempre a B como cliente.

PREGUNTAS

1. ¿Es predicable el concurso del feminicidio con el de acceso carnal violento?
2. ¿Puede la defensa explorar como estrategia el hecho de que la víctima fuese trabajadora sexual para evidenciar su consentimiento o aminorar la gravedad del acceso carnal?

<p><i>de</i></p>	<p>Variante 2</p> <p>Tomamos como base el caso original, pero hacemos los siguientes cambios a sus supuestos fácticos y probados:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La víctima era un hombre gay. • Su orientación sexual era conocida en la ciudad de ocurrencia de los hechos. • La causa de la muerte es asfixia mecánica. • Se han hurtado elementos del lugar de su residencia. <p>PREGUNTAS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Cuál sería la tipificación más adecuada para la imputación/ acusación? 2. ¿Qué se puede hacer en caso de que la Fiscalía General de la Nación presente un preacuerdo que excluya las consecuencias de elementos propios de una motivación prejuiciada bajo el único argumento de obtener una condena eficaz y rápida?
------------------	---

<p><i>j</i></p>	<p>Jurisprudencia</p> <p>Corte Constitucional</p> <ul style="list-style-type: none"> • C-539 de 2016. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. <i>Feminicidio y elementos contextuales del dolo calificado.</i> • C-297 de 2016. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. <i>Feminicidio, identidad de género, interpretación, personas trans.</i> • C-257 de 2016. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez. <i>Circunstancias de Mayor Punibilidad. Existencia de prejuicio respecto eventos en que la víctima sea perteneciente a la población LGBT o donde victimario lo perciba. Actos de discriminación (Art. 134A) Código Penal.</i>
-----------------	---

j

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

- Magistrada Ponente Marina Pulido de Barón. Rad. 23706
Sentencia del 26 de enero de 2006.

Prohibición de uso de estrategias de defensa que degradan a las víctimas.

- Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.
Sentencia del 13 de febrero de 2013. Rad. 28465.

Indicios.

- Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuéllar. Sentencia del 3 de marzo de 2015. Rad. SP2190-2015.

Feminicidio.

- Magistrado Ponente Luis Guillermo Salazar Otero. Auto del 26 de septiembre de 2012. Rad. 38250.

Diferencia entre homicidio agravado por la sevicia y la existencia de un concurso real entre los delitos de homicidio y tortura.

Tribunales Superiores del Distrito Judicial

- Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del 16 de diciembre de 2014. Rad. 11001-22-52000-00058-00. Magistrado Ponente Eduardo Castellanos Roso.

Violencia contra población LGBT entendida como Violencia de Género. Delitos contra población LGBT en el marco del conflicto armado.

- Tribunal Superior de Bogotá., Sala Penal. Sentencia del 24 de mayo de 2016. Rad. 11001600000020150015601. Magistrado Ponente Juan Carlos Arias López.

Caso Guillermo Garzón, circunstancia de mayor punibilidad, orientación sexual.

BIBLIOGRAFÍA

ALBARRACÍN CABALLERO, MAURICIO. Corte Constitucional y Movimientos Sociales: El reconocimiento judicial de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. Revista Internacional de Derechos Humanos, Sur Volurocesales, Sao Pablo Brasil, 2011.

ANNE FAUSTO-STERLING, "Duelo a los dualismos". En Cuerpos sexuados. La política de género y la construcción de la sexualidad.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Discriminación y violencia por motivos de orientación sexual e identidad de género, 2015.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Nacidos libres e iguales. Orientación sexual e identidad de género en las normas internacionales de derechos humanos, 2012.

AMERICAN FOUNDATION FOR SUICIDE PREVENTION y UNIVERSITY OF CALIFORNIA – SCHOOL OF LAW, Williams Institute. Suicide Attempts among Transgender and Gender Non-Conforming Adults - Findings of the National Transgender Discrimination Survey. Enero de 2014. [En línea] (Fuente: <http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/AFSP-Williams-Suicide-Report-Final.pdf>) (Consultado en Noviembre de 2015).

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (APA). Respuestas a sus preguntas para una mejor comprensión DE LA orientación sexual y la homosexualidad, pp. 3 y 4. [En línea] (Fuente: <https://www.apa.org/topics/lgbt/answers-questions-so-spanish.pdf>) (Consultado en Noviembre de 2015).

AMNISTÍA INTERNACIONAL, El Estado decide quién soy. Falta de reconocimiento legal de la identidad de género de las personas transgénero en Europa, 2014.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Por ser quien soy. Homofobia, transfobia y crímenes de odio en Europa. 2013.

ANDRADE, A., CALDAS, L. y DE LA VEGA, O. 'Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe' en Derecho Penal y Criminología, Vol. 25 N°. 75, 2004.

BERNAL PULIDO, CARLOS. El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Externado de Colombia, pp. 12-14. [En línea] (Fuente: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf)

BERNAL CRESPO, JULIA SANDRA. Reproducción asistida y filiación, 2013.

BONILLA MALDONADO, DANIEL. Parejas del mismo sexo en Colombia: Tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. Anuario de Derechos Humanos, Santiago de Chile. Bogotá, 2010.

BITRAGO REY, NICOLÁS EDUARDO. Cabrera Camacho, Angie Paulette. Colombia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: El desafío de la adopción conjunta por parte de parejas del mismo sexo. Bogotá, enero a diciembre de 2014.

CHAUXTORRES, ENRIQUE. Introducción: Aproximación integral a la formación ciudadana. En: Competencias ciudadanas: de los estándares al aula: Una propuesta de integración a las áreas académicas. Ediciones Uniandes. Primera Edición: octubre de 2004 – Reimpresión: 2012.

CHAUX, ENRIQUE. *Educación, convivencia y agresión escolar*. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2012.

b

CHAUX, ENRIQUE. Variables socio-económicas, sociopolíticas y socio-emocionales que explican la intimidación escolar. Un análisis multinivel a nivel país. [En línea] (Fuente: <http://www.icfes.gov.co/index.php/docman/investigadores-y-estudiantes-de-posgrado/seminario-internacional-de-investigacion/seminario-2011/conferencias-principales-2011/1100-enrique-chaux-variables-socioeconomicas-sociopoliticas-y-socioemocionales-que-explican-la-intimidacion-escolar/file?force-download=1>) (Consultado: Noviembre de 2015)

CABRAL, MAURO. Versiones. En *Interdicciones: Escritos de la intersexualidad en castellano*. Córdoba: Anarrés, 2009.

CENTRO LATINOAMERICANO DE SEXUALIDAD Y DERECHOS HUMANOS y otros, Panorama sobre Derechos Sexuales y Reproductivos y Políticas Públicas en Colombia, 2010. [En línea] (Disponible en <http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Panorama%20dsr%20Colombia.pdf>).

COLLELL i CARALT, JORDI y ESCUDÉ MIQUEL, CARME. El acoso escolar: Un enfoque psicopatológico. En: *Anuario de Psicología Clínica de la Salud*. Volumen 2, 2006.

COLOMBIA, Congreso de la República. Código Civil, Ley 57 de 1887.

COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 1260 de 1970, por medio del cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 70 de 1931.

COLOMBIA, Constitución Política de 1991.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 3 de 1991.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los

b

Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 2762 de 1991, por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 115 de 1993.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 43 de 1993, por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 115 de 1994.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 258 de 1996.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 270 de 1996.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 734 de 2002.

COLOMBIA, Congreso de la República. Código Procesal Penal, Ley 906 de 2004.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1010 de 2006.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1060 de 2006.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1098 de 2006.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 906 de 2008.

COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1620 de 2013.

COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 1965 de 2013.

b

- COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1620 de 2013.
- COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 1075 de 2015.
- COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1761 de 2015.
- COLOMBIA DIVERSA. *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad: Informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia 2015.*
- COLOMBIA DIVERSA. *Impunidad sin fin: Informe de violencia hacia personas LGBT en Colombia 2015.*
- COLOMBIA DIVERSA. *Cuando la guerra se va, la vida toma su lugar. Informe de derechos humanos de lesbianas, gay, bisexuales y personas trans en Colombia 2013-2014.*
- COLOMBIA DIVERSA. *Amicus Curiae* presentado por Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, en el caso Ángel Alberto Duque vs. Colombia, en septiembre de 2015.
- COLOMBIA DIVERSA y SENTIIDO. *Encuesta de Clima Escolar LGBT 2016 "Mi Voz Cuenta".* [En línea] (Disponible en: <http://colombiadiversa.org/category/educacion/>)
- COLOMBIA, Ministerio de Educación Nacional. Decreto 1860 de 1994.
- COLOMBIA, Ministerio de Educación Nacional. Decreto 1965 de 2013.
- COLOMBIA. Constitución Política de Colombia.
- COLOMBIA, Ministerio de Educación Nacional. Guía No. 49: Guías pedagógicas para la convivencia escolar: Ley 1620 de 2013 – Decreto 1965.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS, El Caso Ángel Alberto Duque Sentencia De La Corte Interamericana, La

b

Responsabilidad Del Estado Colombiano Por La Violación Del Derecho A La Igualdad Y La No Discriminación Por Orientación Sexual. Bogotá, 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. v. cm. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L., 2015.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. 2013. [En línea] (Disponible en https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_actual_Orientacion_Sexual.pdf)

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS Y EL SERVICIO INTERNACIONAL PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Marzo de 2007. [En línea] (Fuente: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf)

COOK, REBECCA J. y CUSACK, SIMONE. Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales. Traducción al español por: Andrea Parra. Profamilia 2010. [En línea] (Fuente: http://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf)

CORPORACIÓN HUMANAS. Informe de derechos humanos de las mujeres y justicia de género en Colombia 2009 – 2010, Bogotá, 2011.

DE BEAUVOIR, SIMONE. *El Segundo Sexo. Infancia*. [En línea] (Disponible en: <http://users.dsic.upv.es/~pperis/EI%20segundo%20sexo.pdf>)

b

DE MIGUEL, ANA. "Feminismos". En *10 palabras clave sobre mujer*. Editorial Verbo Divino, Pamplona, 1995.

DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, JULIO, 'La nueva configuración de la agravante por discriminación en el código penal español'. En R. Posada (ed.). *Discriminación, Principio de Jurisdicción Universal y Temas de Derecho Penal*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

DREGER, ALICE D., CHASE, CHERYL et al. Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale. *Journal of Pediatric Endocrinology & Metabolism*, 18. 729-733, 2005. Freund Publishing House Ltd. London. [En línea] (Disponible en: <http://www.aissg.org/PDFs/Dreger-Nomenclature-2005.PDF>)

EL TIEMPO. Maestros gay se defienden en audiencia pública. Miércoles 2 de septiembre de 1998. [En línea] (Fuente: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-791613>)

ERTURK, YAKIN. Considering the Role of Men in Agenda Setting: Conceptual and Policy Issues, En: *Feminist Review* N°. 78, 2004, p. 7. Cita tomada y traducida en: *Op. Cit. Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales*.

ESCOBAR, SAMUEL. 'Ceremonias de degradación y debates actuales sobre el crimen y castigo" en *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*. N°. 51. Editorial Legis, Bogotá, 2015.

FORERO RAMÍREZ, JUAN. El delito de omisión en el nuevo código penal. Ed. Legis. Bogotá, 2002.

FOUCAULT, MICHEL. *Historia de la Sexualidad I. La Voluntad del Saber*. Siglo Veintiuno Editores. Madrid, 1998. Disponible en: http://www.pueg.unam.mx/images/seminarios2015_2/nociones_teoricas/complementaria/michel_foucault_historia_de_la_sexualidad.pdf

b

GÁMEZ, CARLOS ALBERTO. *Logros y desafíos del movimiento LGBT de Bogotá para el reconocimiento de sus derechos*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008.

GARCÍA, ANDREA. Tacones, siliconas, hormonas y otras críticas al sistema sexo-género. *Revista Colombiana de Antropología*. 45 (1), 2009.

GRIFFIN, PAT. "Ain't I a Woman?" Transgender and Intersex Student Athletes in Women's College Sports. Parte de: *Transfeminist Perspectives in and beyond Transgender and Gender Studies*. Editado por Anne Enke. Temple University Press (e-book), 2012. [Disponible en Kindle - Amazon].

GÓMEZ, MARÍA MERCEDES. Violencia por prejuicio. En *La mirada de los jueces Tomo II*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008.

HEIDENSOHN, FRANCES y SILVESTRI, MARISA. 'Gender and Crime' en M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (Coord.) *The Oxford Handbook of Criminology*, 5ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012.

HUMAN RIGHTS WATCH, "No vales un centavo". Abusos de derechos humanos en contra de las personas transgénero en Honduras, 2009.

IT'S PRONOUNCED METROSEXUAL. Announcement: I'm Uncopyrighting Everything I've Published Here. [En línea] (Fuente: <http://itspronouncedmetrosexual.com/2013/11/uncopyright/#sthash.cG9va0TP.dpbs>)

KHAN, FARHANA. I'm pansexual – here are the five biggest misconceptions about my sexuality. En: Independent. 1 de Septiembre de 2015. [En línea] (Disponible en: <http://www.independent.co.uk/voices/comment/im-pansexual-here-are-the-five-biggest-misconceptions-about-my-sexuality-10480878.html>)

b

KILLERMANN, SAM. The Genderbread Person v.2.0. [En línea] (Disponible en: <http://itspronouncedmetrosexual.com/2012/03/the-genderbread-person-v2-0/#sthash.XEjn2pqe.dpbs>).

KITSUSE, JOHN. 'Societal Reaction to Deviant Behavior: Problems of Theory and Method' en H. Becker (Coord.) *The Other Side*, Free Press, New York, 1976.

LEMAITRE, JULIETA. Derechos LGBT en el nuevo milenio. En *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO. *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Legis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2006.

MAINE, Supreme Judicial Court. John Doe et al. v. Regional School Unit 26. Sentencia del 30 de enero de 2014. [En línea] (Fuente: http://www.courts.maine.gov/opinions_orders/supreme/lawcourt/2014/14me11do.pdf) [Consultado: Diciembre de 2015].

MESSERSCHMIDT, JAMES. *Crime as structured action: gender, race, class, and crime in the making*, Sage, Londres, 1997.

MESSERSCHMIDT, JAMES. 'Becoming "Real Men": Adolescent Masculinity Challenges and Sexual Violence. En *Men and Masculinities*, Vol. 2 N°. 3, 2000.

NACIONES UNIDAS, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41. [En línea] (Fuente: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-41_sp.pdf)

b

NACIONES UNIDAS, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Out in the Open. 11 p. [en línea]. [consultado 21 oct. 2016]. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244756e.pdf>>

NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos del Niño. Observación General N°. 12.

NACIONES UNIDAS, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Human Rights Instruments: Colombia. [En línea] (Disponible en: <http://indicators.ohchr.org/>)

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [En línea] (Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>)

NACIONES UNIDAS, Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. A/HRC/29/23. [En línea] (Fuente: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx>)

NACIONES UNIDAS, Organización De Las Naciones Unidas Para La Educación, La Ciencia y la Cultura. Buenas políticas y prácticas para la educación en VIH y Salud: Respuestas del Sector Educación frente al *Bullying* Homofóbico. Cuadernillo 8. [En línea] (Fuente: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002229/222918S.pdf>)

NACIONES UNIDAS. Documento Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. Oficina Regional para América del Sur del

b

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-, 20 de noviembre de 2013.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones generales 13: el derecho a la educación (Artículo 13 del Pacto). 8 de diciembre 1999. [En línea] (Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f10&Lang=en)

NACIONES UNIDAS. Comité de los Derechos del niño, Observación general N° 14, 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.

NACIONES UNIDAS. Comité de los Derechos del niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14.

NEWBURN, TIM. *Criminology*, 2^{da} edición. Routledge, Londres, 2013.

NOLAN BROWN, ELIZABETH. The Biggest Obstacle to Gender Neutral Bathrooms? Building Codes. 11 de abril de 2014. [En línea] (Disponible en: <http://reason.com/archives/2014/04/11/gender-neutral-bathrooms-building-codes>)

OIT. La mujer y el derecho internacional: conferencias internacionales, 2004.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. y 32. [En línea] (Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>).

b

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes. [en línea]. [consultado 8 dic. 2015]. Disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-INF_166-12_esp.pdf>

OSMA LÓPEZ, JORGE J. Víctimas de la homofobia: Consecuencias psicológicas. [En línea] (Fuente: http://www.acgil.org/documents/246_documents_VictimasdelaHomofobia,JorgeOsma.pdf) (Consultado: noviembre de 2015).

PARRA FONSECA, ANDREA. ¿Qué hago yo con mi privilegio? 10 de julio de 2015. Duración: 9 minutos. [En línea] (Fuente: https://youtu.be/UGJj_n-hYDE) [Consultado: noviembre de 2015].

PABÓN MANTILLA, ANA PATRICIA y AGUIRRE ROMAN, JAVIER ORLANDO. Justicia y Derechos en la Convivencia Escolar: Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre los derechos fundamentales de los estudiantes frente a los manuales de convivencia de las instituciones educativas. División Editorial y de Publicaciones UIS. Bucaramanga, 2007.

PHILLIPS, CORETTA y BOWLING, BENJAMIN. 'Ethnicities, Racism, Crime and Criminal Justice' n M. Maguire, R. Morgan y R. Reiner (Coord.) *The Oxford Handbook of Criminology*, 5ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2012.

POSADA MAYA, RICARDO. 'Los Delitos de Actos Racistas o Discriminatorios y Hostigamiento. Por Motivos de Discriminación' en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, N°. 5 Universidad de Costa Rica, San José, 2013.

b

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Derechos de las mujeres: Principales instrumentos y normas internacionales y nacionales, 2013.

PULECIO, MAURICIO. Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos. En *RAI*, N°. 3, 2011.

RODRÍGUEZ, CÉSAR. El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. En: *Observatorio de Justicia Constitucional*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1998.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. Albarracín Caballero, Mauricio et al. ¿Sentencias de Papel? Programa de Justicia Global y Derechos Humanos. Universidad de los Andes. Colección Justicia Global: Documento 6. Octubre de 2011. [En línea] (Fuente: http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.1.pdf)

ROXIN, CLAUS. *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Editorial Bosch, Barcelona, 1972.

SALINERO ECHEVARRÍA, SEBASTIAN. 'La Nueva Agravante Penal de Discriminación. Los "Delitos de Odio"', *Revista de Derecho*, Valparaíso, 2013. [En línea] (Fuente: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512013000200008&script=sci_arttext)

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO. Educación para la ciudadanía y la convivencia. Encuesta de Clima Escolar y Victimización 2013. Boletín de prensa. [En línea] (Fuente: http://www.educacionbogota.edu.co/archivos/Temas%20estrategicos/Acercando_realidades/2_PRESENTACION_DE_LA_ENCUESTA_2013_CLIMA_ESCOLAR_Y_VICTIMIZACION.pdf).

SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Informe de Ponencia Segundo Debate de Ley 216 de 2014 Cámara,

b

171 de 2014 Senado. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=216&p_consec=40990

SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acta de plenaria 54 de la sesión ordinaria del día miércoles 15 de abril de 2015. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=54&p_consec=42696

TOMASEVSKI, KATARINA. Human Rights Obligations: Making Education Available, Accessible, Acceptable and Adaptable. *Right To Education Primers* N°. 3. [En línea] (Disponible en: http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Tomasevski_Primer%203.pdf).

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz, Sentencia Arnubio Triana Mahecha y otros, Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358, 2014. [En línea] (Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/04/2014-12-16-Sentencia-Arnubio-Triana-y-otros.pdf>)

UNESCO. Out in the Open: Education Sector Responses to Violence Based on Sexual Orientation and Gender Identity/Expression, 2016. [En línea] (Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244756e.pdf>).

VARGAS, ELVIA, RIPOLL, KAREN, CARRILLO, SONIA., RUEDA, MIGUEL y CASTRO, JHON. *Experiencias familiares de padres y madres con orientaciones sexuales diversas: aportes de la investigación*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.



www.imprensa.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia