

CORTE CONSTITUCIONAL Y MOVIMIENTOS SOCIALES: EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA¹

Mauricio Albarracín Caballero

1 Introducción

El 23 de diciembre de 2009, el Gobierno Colombiano decretó una “emergencia social” (estado de excepción) con la finalidad de hacer frente a la crisis financiera del sistema de salud. El conjunto de medidas decretadas generaron una fuerte movilización social de pacientes, médicos, estudiantes, partidos políticos, medios de comunicación y la ciudadanía en general. Todos ellos, incluso el Gobierno Nacional, hablaban con un lenguaje común: “el derecho a la salud”. Durante las protestas dos imágenes llamaron poderosamente mi atención. La primera era una pancarta sostenida por dos paciente que decía: “TUTELA:² GRACIAS A TI ESTAMOS VIVOS”, la otra imagen estaba reproducida por miles en un volante que se distribuyó en el centro de Bogotá durante las protestas, el cartel decía: “la salud no es un favor, es un derecho”.³ En ambos casos los ciudadanos atribuían a una acción judicial o a un derecho constitucional un importante significado en sus vidas y un lenguaje común para canalizar su inconformidad.

El uso del lenguaje de los derechos en la movilización social no es exclusivo de Colombia, ni de los países del sur global. También existe un importante uso del lenguaje de los derechos en los países del norte, por ejemplo el movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos o casos recientes como la campaña “*Right to Work*” llevada a cabo por los sindicatos del Reino Unido para protestar contra los recortes en el presupuesto público del Gobierno de David Cameron.⁴

Por otra parte el uso del lenguaje de los derechos no es un fenómeno exclusivo de movimientos progresistas, así por ejemplo, los movimientos conservadores que trabajan contra la libertad de la mujer de realizar un aborto, usan un lenguaje basado en el derecho a la vida, o quienes se oponen al derecho

Ver las notas del texto a partir de la página 31.

a la adopción por parte de las parejas del mismo sexo articulan sus argumentos en torno a los derechos de los niños a tener un padre y una madre.

En Colombia durante la última década gran parte de las manifestaciones políticas y movilizaciones sociales han estado mediadas por el lenguaje de los derechos, y además un gran número de estas disputas han girado en torno a la institución judicial más prestigiosa y visible para los ciudadanos en la actualidad: la Corte Constitucional. Este fenómeno puede atribuirse a la Constitución de 1991 la cual proporciona una amplia carta de derechos fundamentales y sociales, así como la creación de mecanismos concretos y rápidos para su reclamación ante los jueces.

No obstante, sabemos muy poco de este fenómeno que podría llamarse la *constitucionalización de los movimientos sociales*,⁵ recogiendo la expresión de Esteban Restrepo de *constitucionalización de la vida cotidiana* (RESTREPO, 2002). La *constitucionalización de los movimientos sociales* se caracteriza por un uso creciente, masivo y expansivo del lenguaje de los derechos y de las instituciones judiciales por parte de los ciudadanos, organizaciones de derechos humanos, los movimientos sociales, organizaciones comunitarias, etc. Ciudadanos organizados y no organizados “acuden a la Corte con mucha esperanza”⁶ para reclamar sus necesidades o acabar con las inequidades.

De hecho en las últimas dos décadas la Corte Constitucional de Colombia ha producido un gran número de decisiones judiciales, entre las cuales se encuentra el reconocimiento de la gran mayoría de los derechos de las parejas del mismo sexo. Este artículo analiza el proceso llevado a cabo por la organización Colombia Diversa para el reconocimiento judicial de los derechos de estas parejas. Este análisis se hace a partir de algunos elementos de la teoría de los movimientos sociales, tales como, los marcos de movilización, la estructura de las oportunidades políticas y los recursos para la movilización (TARROW, 2004; McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999).

A lo largo de este artículo se identifican los elementos que llevaron al reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. El primer elemento es la reformulación de las reclamaciones en un marco de derechos constitucionales, un ejemplo de ello es la frase acuñada por los activistas: “iguales derechos para todas las parejas”; en relación con el marco de la movilización los activistas también optaron por una reclamación moderada sin incluir en el debate el reconocimiento de la adopción o el matrimonio. El segundo elemento analizado es la existencia de una organización activista – Colombia Diversa – que aglutinó un número importante de recursos, tales como alianzas académicas, redes progresistas, activistas de élite, activistas de base, etc. También se destaca el uso de un repertorio de protesta legal, política y mediática que comprendió un amplio número de acciones, por ejemplo, demandas de inconstitucionalidad, intervenciones ciudadanas, proyectos de ley, estudios económicos, cartas y comunicaciones a las autoridades, comerciales de televisión, etc.; el tercer elemento, es la existencia de una estructura de oportunidades políticas creada a partir de varios elementos del contexto nacional, entre los que se desatacan la existencia de una Corte Constitucional progresista, un Congreso altamente ineficiente y corrupto, y la existencia de una opinión pública favorable a las reclamaciones de los activistas.

Este análisis permite argumentar a favor de dos tesis que están íntimamente vinculadas: la primera es la evidencia de la centralidad del discurso sobre los derechos

en el activismo político; la segunda es el protagonismo del activismo político en la definición de los derechos constitucionales al interior de la Corte. Estas dos ideas buscan mostrar el impacto de la movilización social sobre las decisiones progresistas de la Corte Constitucional y reflexionar sobre la relación entre acción política y reforma legal.

Este trabajo está dividido en cuatro secciones. En la primera sección se hace una justificación sobre la realización de este tipo de trabajos y se presenta brevemente la metodología de investigación. A continuación, en la segunda sección se presentan algunos elementos teóricos que se usan para la comprensión del caso estudiado, en particular la integración de las teorías sobre los movimientos sociales para explicar los cambios y estrategias legales. Seguidamente, en la tercera sección se realiza la descripción del proceso que llevó al reconocimiento de los derechos de parejas el mismo sexo y se analizan los elementos de este proceso en particular los marcos de movilización, los recursos usados por los activistas y la estructura de las oportunidades políticas. Finalmente, en la cuarta sección se presentan las conclusiones.

2 Activismo y producción de conocimiento

Usualmente se hacen estudios jurídicos sobre los derechos constitucionales intentando explicar su dogmática, su estructura, fundamentación y otros elementos relevantes para la decisión de cuestiones judiciales y legislativas. Estos estudios son fundamentales para el entendimiento técnico del derecho constitucional y de los derechos humanos; no obstante, este tipo de investigaciones solo nos proporcionan una parte del fenómeno; en esta clase de indagaciones sólo se puede ver la letra impresa de la cuestión constitucional pero esa clase de trabajos no logran capturar las fuerzas sociales que anteceden, rodean y dan sentido social a las palabras que profiere el juez constitucional. Una mirada completa sobre el fenómeno legal requiere investigar los *derechos en movimiento*, teniendo en cuenta que el derecho es ante todo un fenómeno social y político, y no simplemente un conjunto de reglas, instituciones y procedimientos.

Por otra parte este artículo busca visibilizar a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas (LGBT), quienes han tenido poca participación en la formación de conocimiento social y jurídico. Por esta razón este estudio busca dar voz a quienes no la tienen o han tenido poca, en palabras de Charles Ragin: “este enfoque de investigación social afirma que cada grupo de la sociedad tiene una “historia que contar”” (RAGIN, 2007). En esta investigación quienes han luchado por el cambio legal y social toman la palabra para hablar por su propia voz de aquello que vieron e hicieron. El hecho de ser un abogado gay abiertamente “fuera del closet” y además haber participado como activista y abogado de Colombia Diversa en estos procesos de reconocimiento legal me da un lugar privilegiado para acceder a mucha información, así como para analizar el fenómeno. Sin duda este mismo lugar no deja de ser problemático para una mirada tradicional sobre la relación entre sujeto y producción de conocimiento.

De hecho desarrollar un trabajo académico desde adentro de un movimiento social puede ser acusado de ser parcial y sesgado. Varios de mis colegas me han realizado comentarios serios sobre mi rol en esta investigación y mi participación simultánea en muchos de estos procesos. Este cuestionamiento es fascinante debido a que plantea una dicotomía entre el sujeto y el objeto de investigación, y hace

preguntas sobre la reflexividad y la objetividad en el trabajo de investigación en las ciencias sociales. También es relevante porque evidencia una discusión sobre el papel de los activistas en la producción del conocimiento y la relación de académicos con el cambio social. Esto último nos ayuda a ver las diversas transformaciones y lugares que ocupan tanto los activistas como los académicos en la acción política y en la producción de conocimiento.

A pesar de las críticas, es indispensable que los activistas y abogados que participan de procesos de cambio social presenten sus puntos de vista y realicen trabajos colaborativos de investigación sobre los procesos de los cuales han sido testigos o participantes. Por esta razón este trabajo está hecho “desde adentro” y busca que se valoren esta clase de miradas. Realizar este tipo de trabajos tiene beneficios muy importantes tanto para el avance del conocimiento jurídico como para los propios individuos que participan en esta labor.

El primer beneficio es la posibilidad de tener acceso a cierta clase de información y reflexiones que serían difíciles de lograr por otros medios. El historiador Eric Hobsbawn, ha señalado los beneficios que tiene para el estudio y conocimiento de la historia escribir como un observador participante (HOBSBAWN, 2003). Por su parte Julieta Lemaitre recuerda que existe una tradición de estos estudios, en particular el trabajo de Patricia Williams y Susan Estrich, y argumenta que “como estos hay toda una generación de textos en los estudios legales que utilizan la primera persona para criticar el derecho y analizar su impacto sobre las vidas cotidianas, partiendo en muchos casos de sus propias vidas, y extendiéndose en otros a las vidas íntimas de individuos y comunidades vulnerables” (LEMAITRE, 2009, p. 163).

El segundo beneficio es la escritura por los propios protagonistas y la participación de los ciudadanos en la construcción del conocimiento. En otras palabras, realizar una democratización de la producción de ideas de la cual también participen los activistas y los propios ciudadanos. Este beneficio está vinculado con la conservación de la memoria colectiva de los cambios legales y sociales.

La anterior aproximación al fenómeno también estuvo acompañada de una metodología más tradicional en relación con la investigación en ciencias sociales. Este estudio se hizo bajo una metodología de investigación colaborativa con la organización Colombia Diversa en el período comprendido entre el mes de septiembre de 2009 y octubre de 2010 y con la financiación del proyecto *Otros Saberes* de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA). La información se recogió a través de entrevistas a los protagonistas de estas acciones, la revisión de prensa, radio y televisión (2006-2010) y la reconstrucción del proceso judicial en la Corte Constitucional.

3 Teoría de los movimientos sociales y la movilización en torno al derecho

Stuart Sheingold en su trabajo *The Politics of Rights* reconoció que a pesar de que los tribunales eran generalmente conservadores y tenían limitaciones para implementar las decisiones que proferían, los derechos podrían ser una importante herramienta política. Este autor considera que es posible capitalizar las percepciones asociadas a los derechos para lograr diversos beneficios políticos (SHEINGOLD,

1974). Así las cosas, el autor considera que el litigio basado en derechos tiene tres efectos favorables para el cambio social: activar a los ciudadanos, organizarlos en grupos efectivos, y realinear a las fuerzas políticas. La conexión de este tipo de efectos con la acción social nos lleva a considerar análisis desarrollados por académicos interesados en los movimientos sociales.

Por esta razón para realizar el análisis de la movilización llevada a cabo por la organización Colombia Diversa, en este artículo se tendrá en cuenta el trabajo de Sidney Tarrow sobre los movimientos sociales, que comprende el estudio de las oportunidades políticas, los recursos de movilización y los marcos de significado (TARROW, 2004). Este autor desarrolla lo que se ha llamado la *teoría síntesis de los movimientos sociales*, la cual se caracteriza por integrar las diversas perspectivas del debate en la literatura sobre los movimientos sociales.

Según Tarrow, los movimientos sociales deben tener un objetivo común, tal y como se recoge del análisis marxista sobre el capitalismo, pero esta sola característica no basta. Los movimientos sociales explotan recursos externos para lograr sus objetivos, incluso movimientos con pocos recursos pueden ser exitosos si logran articular para su objetivo las diversas oportunidades externas. Para este autor, el elemento más importante de la movilización es la estructura de las oportunidades políticas, la cual se caracteriza por los recursos externos al grupo y generados en el entorno político, a juicio del autor: “los movimientos sociales se forman cuando ciudadanos corrientes, a veces animados por líderes, responden a cambios en las oportunidades políticas que reducen los costos de la acción colectiva, descubren aliados potenciales y muestran en qué son vulnerables las elites y las autoridades” (TARROW, 2004). Los cambios más importantes de las oportunidades políticas son la apertura del acceso al poder, los cambios gubernamentales, la disponibilidad de aliados influyentes y las divisiones entre las élites.

Otro elemento estructural de esta teoría se relaciona con los recursos para la movilización, los cuales están conformadas por dos elementos, el repertorio de movilización y las estructuras de movilización. En todas las sociedades existen convenciones aprendidas sobre la movilización social, lo que llama Tarrow una memoria de la acción colectiva o repertorios de movilización, los cuales se convierten en formas habituales de interacción. Estas rutinas de movilización pueden ser acciones tales como marchas, huelgas, peticiones, etc. Estos repertorios son adaptados, inventados y combinados por los líderes de los movimientos y su protagonismo depende del contexto y de las decisiones tácticas de cada grupo de ciudadanos. No obstante, estos repertorios deben mantener una interacción en el tiempo para ser movimientos en estricto sentido, de lo contrario serán campañas aisladas con poco impacto en los cambios sociales. En general los movimientos sólo tienen éxito cuando están bien organizados y realizan una acción mantenida en el tiempo. En relación con las estructuras de movilización las más destacadas son las redes sociales, las cuales pueden ser redes de amigos, grupos de interés y organizaciones del movimiento. Las redes sociales preexistentes reducen los costos sociales de la movilización y mantienen la acción colectiva, incluso después del entusiasmo inicial de la acción.

Finalmente, en relación con los marcos de movilización, estos se refieren a los presupuestos ideológicos compartidos, los cuales impulsan a las personas a la acción colectiva. Los movimientos sociales deben “enmarcar” sus reivindicaciones a partir de bagajes ideológicos, marcos cognitivos y discursos culturales. Por esta razón, los medios de comunicación son los usados para difundir estas reivindicaciones enmarcadas y movilizar a los seguidores (McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999).

Para el análisis del caso del reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo se tendrán en cuenta estos elementos los cuales son útiles para ver en detalle las distintas características de la acción legal y social de la organización Colombia Diversa. Por otra parte para los efectos de este artículo se asumirá un concepto amplio de movimientos sociales, el cual ha sido planteado por el investigador colombiano Mauricio Archila: “acciones sociales colectivas permanentes, orientadas a enfrentar condiciones de desigualdad, exclusión o injusticias y que tienden a ser propositivas en contextos espacio-temporales determinados” (ARCHILA, 2008).

En el contexto colombiano se han desarrollado trabajos en los cuales se estudian las relaciones entre los movimientos sociales y la Corte Constitucional. Por ejemplo, el libro de Isabel Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso sobre el proceso de despenalización parcial del aborto (JARAMILLO; ALFONSO, 2008), la investigación de César Rodríguez y Diana Rodríguez sobre la sentencia T-025 de 2004 y el proceso de judicialización del fenómeno del desplazamiento forzado (RODRÍGUEZ; RODRÍGUEZ, 2010), el trabajo de Julieta Lemaitre sobre violencia, derecho y movimientos sociales (LEMAITRE, 2009) y el trabajo de Rodrigo Uprimny y Mauricio García sobre Corte Constitucional y emancipación social (UPRIMNY; GARCÍA, 2004). En todos ellos se ha buscado analizar la participación y los significados que tienen los actores sociales y la Corte Constitucional en la definición política del derecho constitucional.

Teniendo en cuenta los elementos teóricos reseñados previamente, considero que los movimientos sociales pueden tener un papel protagónico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Las decisiones de la Corte no se toman al margen de los contextos culturales y políticos en los cuales se producen las sentencias, por el contrario los factores y circunstancias externas moldean y participan de la creación de las decisiones progresistas o conservadoras. En particular este estudio intenta mostrar cómo se producen “decisiones progresistas” con la participación de actores sociales que ponen en marcha un repertorio legal, en medio de unas particulares oportunidades políticas y que han usado el lenguaje del derecho constitucional como un marco cognitivo de movilización. Este desplazamiento de la mirada ayuda a comprender las variaciones temáticas y temporales de una Corte, así como entender cómo se producen las decisiones judiciales en concreto. Cuando se afirma que existe una “Corte progresista” pareciera que la sociedad no tiene participación en las decisiones que toma el alto tribunal, lo cual es alejado de la realidad.

Si bien los jueces progresistas participan de estas decisiones no son los únicos actores que participan del cambio legal, ni del cambio social. Por otra parte se intenta demostrar que las “decisiones progresistas” generadas con la participación de los movimientos sociales, generan a su vez lo que han llamado Charles Tilly, un ciclo de protesta, es decir, un momento histórico en el cual los movimientos inician amplias luchas y en los cuales se involucran varias reclamaciones sociales,

diversos actores en un período de tiempo considerable (TILLY, 2004). Considero que estas decisiones judiciales han creado un ciclo de protesta legal del movimiento LGBT para el pleno reconocimiento de sus derechos. Como intento mostrar la participación en un litigio constitucional crea a su vez nuevas redes sociales, nuevas oportunidades políticas y transforma el marco de movilización con lo cual se fortalece y mantiene la acción política.

4 Anatomía del cambio legal: el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo

4.1 La Corte protectora

El 1 de septiembre de 1998 a las 8:30 de la mañana, la Corte Constitucional decidió escuchar en audiencia pública a expertos, organizaciones de homosexuales, agremiaciones relacionadas con la educación, y autoridades públicas sobre una demanda de inconstitucionalidad contra una norma que sancionaba el “homosexualismo” como falta disciplinaria de los profesores.

El periódico el Tiempo tituló: “maestros gay se defienden en audiencia pública”. Así reportó este diario el suceso:

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 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. Como ella, un grupo de homosexuales se pronunció ayer con todo tipo de argumentos psicológicos, jurídicos, antropológicos y frases de personajes históricos como Mahatma Gandhi y Winston Churchill, contra la norma del Estatuto Docente que considera el homosexualismo como una causal de mala conducta. Señores magistrados: estoy seguro de que a ustedes les gustaría que personajes como Sócrates, Oscar Wilde, Leonardo Davinci o Martina Navratilova fueran los profesores de sus hijos en temas tan diversos como filosofía, literatura, arte o deportes. Pues bien, todos ellos eran homosexuales, aseguró uno de los representantes de las organizaciones gay.

(EL TIEMPO, 1998).

La audiencia fue significativa porque la Corte Constitucional de Colombia abrió un camino importante al darle voz a quienes sufrían discriminación y violencia. La Corte Constitucional resolvió esa demanda de inconstitucionalidad en la sentencia C-481 de 1998, y acogió los planteamientos del demandante, declarando que establecer el homosexualismo como causal de mala conducta vulneraba los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la opción sexual, y afirmó que “[n]ormas como la acusada derivan [...] de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país” (COLOMBIA, 1998b).

Este pronunciamiento es la hoja de ruta de la defensa de la libre opción sexual y la lucha contra la discriminación por orientación sexual. Varias razones

sustentan este planteamiento. En primer lugar, en esta decisión la Corte determinó que la orientación sexual debe tener protección constitucional sin importar su origen biológico o su carácter aprendido o basado en una decisión personal. Por esta razón la Corte consideró que la orientación sexual tiene una doble protección constitucional, tanto por el derecho a la igualdad y no discriminación relacionada con el sexo, como por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En su decisión recogió de forma completa y muy ilustrada la literatura científica sobre la homosexualidad, con lo que tomó implícitamente una vieja idea del Comité Científico Humanitario (*Wissenschaftlich-Humanitäre Komitee*) liderado por el científico alemán Magnus Hirschfeld: *Per scientiam ad justitiam* (¡Por medio de la ciencia hacia la justicia!), que consistía en usar los conocimientos científicos en su tarea por la despenalización de la homosexualidad en Alemania del siglo XIX (HIRSCHFELD 2007). En segundo lugar, en esta decisión se incorpora el derecho internacional en el debate colombiano sobre la protección legal de la orientación sexual, especialmente a través del uso de la decisión *Toonen contra Australia* del Comité de Derechos Humanos. En tercer lugar, la Corte reconoce explícitamente que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación y por tanto que toda distinción basada en la orientación sexual deberá someterse a un escrutinio constitucional estricto.

Esta sentencia también dejó planteados los diversos ejes de los debates posteriores que se darían al interior de la Corte sobre los derechos de la población LGBT, especialmente, la discusión sobre el tipo de protección constitucional que debe ser dado a las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género, y el tipo de escrutinio que debe ser realizado cuando se presenten eventuales controversias sobre discriminación a esta población.

Durante los últimos diez años el movimiento LGBT colombiano ha crecido exponencialmente en varias dimensiones: territorial, temática, especialización y capacidad de incidencia. En relación con la dimensión territorial es importante anotar que casi todas las ciudades capitales de departamento del país consolidaron grupos locales que de hecho han formado mesas y redes locales en las cuales planean actividades y realizan actividades de incidencia política local y nacional.

En relación con los procesos de incidencia local se destacan los casos de Cali, Medellín, y Bogotá, y muchas otras iniciativas locales que cada día se multiplican especialmente en ciudades intermedias. Junto con una mayor organización, también existe mayor movilización local a través de acciones de incidencia o mediante actividades culturales y políticas, tales como las marchas del orgullo o la ciudadanía LGBT. Las causas trabajadas por las organizaciones son muy variadas, entre las que se destacan grupos de derechos humanos, grupos políticos, organizaciones de base, y que asociaciones culturales (SERRANO, 2010).

En materia de litigio ha sido fundamental el trabajo del abogado Germán Humberto Rincón Perfetti quien ha sido el representante de importantes casos revisados por la Corte Constitucional (Sentencias C-481 de 1998, T-725 de 2004, T-152 de 2007, COLOMBIA, 1998b, 2004e, 2007b) y de una decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entre otros casos. Su trabajo como jurista lo ha combinado hábilmente como un líder del movimiento LGBT. También se

destacan los activistas que han presentado acciones de tutela ante vulneraciones de derechos como es el caso de Edgar Robles contra la Asociación Scout de Colombia (Sentencia T-808 de 2003, COLOMBIA, 2003b) y Juan Pablo Noguera contra la Policía de la ciudad de Santa Marta (Sentencia T-301 de 2004, COLOMBIA, 2004b).

En otros casos se han realizado alianzas con abogadas del movimiento feminista, quienes han acompañado casos como el de Martha Lucía Álvarez quien reclamaba el derecho a la visita íntima con su compañera cuando se encontraba recluida en la cárcel (Sentencia T-499 de 2003, COLOMBIA, 2003a). También organizaciones LGBT locales como El Otro en Medellín y Provida en Cúcuta han promovido acciones de tutela contra el abuso policial que sufren las travestis en sus respectivas ciudades.

La institución pública más comprometida en acciones judiciales ha sido la Defensoría del Pueblo, a través de sus defensorías regionales quienes han asesorado y han sido representantes de varios casos de vulneración de derechos. No sobra recordar que muchos casos son impulsados por ciudadanos a los cuales sus derechos están siendo vulnerados y que buscan con esperanza remedios judiciales efectivos. Su labor en la consolidación del precedente es fundamental aun cuando no son activistas articulados a organizaciones, pero su acción es valerosa y muy útil para la reclamación de derechos.

Este accionar de diversos activistas, ciudadanos e instituciones ha creado una tradición de defensa de los derechos y de lucha contra la discriminación y la homofobia, especialmente a través de la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes y la acción de tutela para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Como respuesta a estas reclamaciones la Corte Constitucional ha producido un conjunto de decisiones judiciales que reconocen los derechos a la libre opción sexual y el derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género en distintos campos tales como el derecho a la educación –en relación con los profesores (COLOMBIA, 1998c) y los estudiantes (COLOMBIA, 1998b, 2002c) homosexuales -, el derecho a pertenecer a las Fuerzas Armadas Militares (COLOMBIA, 1994, 1999a), la no discriminación para acceder a cargos públicos (COLOMBIA, 2002b), no discriminación laboral por parte de particulares (COLOMBIA, 2007b), el derecho a recibir visita íntima de la pareja homosexual en las cárceles (COLOMBIA, 2003a), libertad sexual de personas homosexuales recluidas en las cárceles (COLOMBIA, 2004g), respeto por parte de autoridades penitenciarias a la diversidad sexual y su manifestación pública (COLOMBIA, 2005b, 2006d), el derecho al uso del espacio público (COLOMBIA, 2004b).

Según esta jurisprudencia las personas homosexuales son un grupo tradicionalmente excluido y socialmente vulnerable,⁷ razón por la cual se ha considerado que la orientación sexual es un criterio sospechoso de discriminación, y siempre que una ley o conducta signifique una diferenciación relacionada con la orientación sexual deberá realizarse un test estricto de igualdad. Ha dicho la Corte que *“todo trato diferente fundamentado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto”* (COLOMBIA, 1998c).

A pesar de esta importante protección individual, la Corte Constitucional en un primer momento de su jurisprudencia se negó al reconocimiento de los

derechos de las parejas del mismo sexo (Sentencias C-098 de 1996, SU-623 de 2001 y C-814 de 2001, COLOMBIA, 1996a, 2001d, 2001f). La Corte Constitucional determinó en aquel momento que los homosexuales no pueden ser discriminados en ninguna esfera mientras se solicite protección individual pero una vez que se solicita la protección de derechos de la pareja esta es negada. Lo más sorprendente es la coincidencia de estos discursos judiciales, con el discurso de la Iglesia Católica, la cual afirma que hay que amar al homosexual como hijo de Dios pero hay que aborrecer el pecado, es decir, los actos homosexuales. Estos discursos suponen una diferencia entre el “ser” y el “hacer”. El “ser” debe ser respetado y el “hacer” puede ser restringido o anulado.

4.2 La aspiración legislativa y la creación de Colombia Diversa

El cierre de las puertas de la Corte respecto a los derechos de las parejas del mismo sexo llevó a que el movimiento LGBT se concentrara en la lucha legislativa por los derechos. En el año 2003 un proyecto de ley que buscaba el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo fue discutido en la plenaria del Senado de la República. El proyecto fue presentado por la senadora Piedad Córdoba y el ponente de la iniciativa era el entonces senador y ex magistrado de la Corte, Carlos Gaviria Díaz. Desde el inicio del trámite del proyecto los sectores conservadores iniciaron una campaña ofensiva contra los homosexuales en Colombia. El líder de la estrategia fue José Galat, quien junto a otras organizaciones pagaron avisos injuriosos contra la comunidad LGBT en los principales periódicos del país. Este proyecto no fue aprobado debido a que no se logró el suficiente respaldo de la iniciativa en el Congreso de la República.

Como resultado de ese proceso legislativo los derechos de parejas del mismo sexo estaban políticamente bloqueados y se constituía como un tema judicialmente cerrado debido a la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia. Las esperanzas en la Corte Constitucional eran escasas, debido a que el precedente constitucional de desprotección de las parejas del mismo sexo parecía cada vez más sólido y las mayorías al interior de la Corte no cambiarían hasta el año 2009 (CÉSPEDES, 2004; LEMAITRE, 2005; MONCADA, 2002; MOTTA, 1998; ESTRADA, 2003).

En este contexto y después de la derrota legislativa surgió una iniciativa impulsada por un grupo de activistas LGBT para crear una organización de derechos humanos que pudiera hacer frente a las exigencias que implicaba un debate tan difícil. El resultado de un proceso de debates y consultas fue la creación de la organización Colombia Diversa, organización que se puso como meta cambiar la situación de las parejas del mismo sexo y se propuso enmarcar las injusticias contra la población LGBT en clave de derechos humanos (LEMAITRE, 2009).

Colombia Diversa nace en marzo de 2004, pero se nutrió de un importante número de activistas los cuales se habían conocido haciendo incidencia para la aprobación de un proyecto de ley para el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo en el año 2003. La creación de esta organización tuvo como antecedente la derrota legislativa y es una consecuencia al menos indirecta de la activa campaña conservadora contra los derechos de las parejas del mismo sexo. Estos activistas

recogían diversas vertientes del activismo entre los que se destacan personas que habían trabajado temas legales para la comunidad homosexual, tales como Germán Rincón Perffeti, activistas que se desempeñaban en labores de cabildeo en derechos sexuales y reproductivos como Marcela Sánchez, académicos como Carlos Iván García, María Mercedes Gómez y otras personas que conocían muy bien el activismo LGBT en otros países, especialmente en los Estados Unidos. Este diverso grupo logró reclutar a algunos activistas que habían trabajado previamente en asuntos legales y académicos, así como otro grupo de personas que no habían tenido relación con el activismo pero contaban con capital cultural o económico para fortalecer la organización. Esta organización logró articular recursos y personas que habían trabajado durante muchos años, así como recursos y personas nuevas, todo ello en una acción continuada a través de una organización.

En particular Colombia Diversa es heredera de tres formas de activismo LGBT previas: el Proyecto Agenda, la iniciativa Planeta Paz y el Comité de impulso al proyecto de ley de parejas del mismo sexo. El proyecto Agenda fue una iniciativa liderada por Germán Rincón Perffetti a finales de los años noventa que principalmente se encargaba de organizar la marcha del “orgullo gay” y lo que se llamaba la semana de la diversidad sexual en Bogotá. Aunque Rincón era un abogado que había interpuesto varias acciones legales para reclamar derechos de los homosexuales, entre la movilización social y la reclamación legal no había establecido un claro vínculo, al menos de forma consciente.⁸ En 1999, Daniel García Peña se contactó con Germán Rincón para proponerle un proyecto relacionado con el proceso de Paz con la guerrilla de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) del entonces presidente Andrés Pastrana. La preocupación de García Peña consistía en que el Gobierno Nacional y las FARC estaban negociando al margen de la sociedad civil y de las transformaciones sociales. Con esta idea en mente se fundó Sectores Sociales y Populares por la Paz – Planeta Paz – una iniciativa que buscaba que cada sector social formulará una propuesta de paz integral.

En esta iniciativa se articularon organizaciones y activistas de todo el país, a través de los contactos del proyecto Agenda y de organizaciones que trabajaban en la lucha contra el VIH-SIDA. Esta plataforma permitió la creación de un espacio en el cual se articularon propuestas dirigidas al Estado y más articuladas en términos de derechos, pero esto último era sólo una parte, de hecho las comisiones que se formaron en la segunda reunión nacional del sector LGBT eran: salud, política y DDHH, procesos organizativos, formación social, comunicación y bienestar económico.⁹ Los derechos eran una parte del trabajo pero estaban presentes, el lema de aquel momento era “el cuerpo primer territorio de paz”, en el cual se sintetizaba un rechazo a la violencia y la aspiración de un derecho de autonomía personal.¹⁰

Con el tiempo las articulaciones del discurso de los derechos se hicieron más fuerte especialmente cuando se inició un trabajo sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. De hecho el proyecto Planeta Paz ayudó a incrementar las habilidades de los activistas involucrados especialmente en dos áreas: el contacto con personas de la esfera política, especialmente de sectores progresistas y de izquierda, y el acercamiento a medios de comunicación. En este contexto la senadora Piedad Córdoba se acercó a Germán Rincón para proponerle impulsar un nuevo proyecto

de ley sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. Este nuevo proyecto de ley generó un Comité de Impulso que acompañó la iniciativa legislativa. Este comité fue fundamental debido a que se incrementaron conocimientos y habilidades en materia cabildeo político.

Esta breve experiencia señalada reconstruye parte de los recursos preexistentes parte de los cuales son transferidos a Colombia Diversa. Las redes formales e informales de activistas, en particular el Comité de Impulso fueron fundamentales para la creación de Colombia Diversa. Esta organización se articula en anteriores estructuras de movilización pero realizando acciones para “adoptar, adaptar e inventar” los recursos preexistentes. A las estructuras preexistentes de movilización se sumaron otras que eran completamente nuevas: los recursos de élite y el acceso a nuevas redes de abogados progresistas. El acceso a recursos de élite, especialmente los relacionados con redes sociales y a un fuerte capital cultural se lograron mediante la participación en la organización de Virgilio Barco, hijo del ex presidente liberal Virgilio Barco Vargas (1986-1990). Este activista fue sin duda un catalizador importante para acceder a recursos de la élite colombiana. Inicialmente se incorporó al Comité de Impulso del proyecto de ley de parejas, y su participación fue determinante para la creación y continuidad de una organización nueva que pudiera mantener el activismo de forma duradera. Por otra parte Colombia Diversa empezó a crear conexiones con la academia legal a través del Comité Legal de la organización el cual jugó un papel importante en la generación de alianzas con profesores de derecho y abogados progresistas.

La organización inició sus actividades en el año 2004 y durante el año 2005 inició un proceso de estudio para presentar una nueva iniciativa legislativa con el fin de lograr el reconocimiento de los derechos de parejas del mismo sexo; no obstante, esta vez se buscaría un texto que reconociera derechos patrimoniales y a la seguridad social con un mayor respaldo argumentativo. Además se inició una estrategia de comunicaciones y de intenso cabildeo político y social en entornos que se habían mostrado favorables a esta reivindicación.

De esta estrategia emprendida por Colombia Diversa se destaca que el texto de la iniciativa se centraba en la búsqueda de derechos básicos de las parejas del mismo sexo con el fin de solucionar los más urgentes problemas de las parejas: la desprotección patrimonial ante la muerte o separación de las parejas, y la falta de acceso a la salud y el no reconocimiento de la pensión del compañero homosexual en caso de muerte. Un texto minimalista y con dos reivindicaciones básicas permitía mayor solidez argumentativa y podría conseguir mayor apoyo político. Este proyecto además contaba con dos soportes técnicos para la discusión. Por una parte una fuerte argumentación constitucional, especialmente usando la jurisprudencia de la Corte sobre los derechos de las personas LGBT. Por otra parte Colombia Diversa con el apoyo de un grupo de voluntarios realizó un estudio de impacto económico de la afiliación de las parejas del mismo sexo a la seguridad social. Este estudio de alta calidad técnica se anticipaba a un argumento que fue central en la discusión posterior por parte de quienes se oponían a la iniciativa. La capacidad de construir argumentos sólidos y anticipados fortaleció la estrategia de cabildeo de este proyecto de ley.

Estos dos factores empezaron a generar un consenso en la mayoría de partidos políticos e instituciones según la cual estas parejas merecen una mínima protección

constitucional. Entre estos actores se destacan miembros de los partidos de gobierno y de oposición, instituciones como la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, y un importante número de líderes de opinión y ciudadanos.

En relación con la estrategia de comunicaciones la organización Colombia Diversa, que hace seguimiento a este tema a través de su observatorio de medios de comunicación, ha afirmado que “en general se percibe que los medios reflejan la agenda que el movimiento LGBT desarrolla”, y ha mostrado cómo en años muy coyunturales para la jurisprudencia constitucional, como lo fue el 2007, los medios se destacaron por el

el cubrimiento periodístico del fallo de la Corte Constitucional sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, o los diferentes debates en el Congreso sobre estos derechos y la posibilidad de que el compañero del mismo sexo pudiera ser beneficiario de la seguridad social, ubicaron la temática LGBT en la agenda pública, tanto en los ámbitos especializados, como en los políticos, en los académicos y en la sociedad en general.

(ALBARRACÍN; NOGUERA, 2008, p. 277).

También se destaca el elevado número de columnistas y caricaturistas quienes han apoyado la igualdad y no discriminación contra las personas LGBT.

A este aumento del número de noticias se suman las posiciones editoriales de varios medios de comunicación que desde sus páginas han respaldado los derechos de las personas LGBT, entre los que se destacan El Tiempo, El Espectador, la Revista Semana y la Revista Cambio. Solo para ilustrar la importancia de estas discusiones en la prensa colombiana basta citar que en el mes de junio de 2010, el periódico El Espectador en su edición dominical tuvo como carátula el tema LGBT con el titular: “orgullosamente gay”. Ese mismo mes la Revista Arcadia, publicación de la Revista Semana dedicada a temas culturales, realizó un especial sobre los hombres gay en las artes y en las letras.

Un destacado lugar ocupa el noticiero CM&, medio que difundió un comercial realizado por la organización Colombia Diversa, el cual buscaba concientizar a la ciudadanía sobre las consecuencias de la falta de protección legal de las parejas del mismo sexo. En el video se puede ver a una mujer que se encuentra sola en una casa vacía, quien esta mirando una foto. Entre tanto el narrador del comercial afirma:

vivieron en parejas treinta años, pagaron la casa, pagaron la comida de todos los días, pagaron la tele, la ropa, el estéreo. Pagaron al contado algunos libros y a crédito algunos atardeceres de vacaciones. Ahora ella se quedo sola y lo único que heredó fueron los atardeceres de los que todavía debe algunas cuotas. Y esto porque su pareja era otra mujer. La ley no les reconoce ningún derecho. No hay derecho. CM& Televisión por los derechos de la gente.¹¹

En este contexto de producción de medios de comunicación, la Corte Constitucional tomó las decisiones en los últimos años, y aunque es difícil establecer un nexo causal entre las decisiones de la Corte y los apoyos sociales que abogan por un caso, podría asegurarse que la esfera de opinión e información generada por los medios tiene alguna influencia en los jueces.

4.3 La doble estrategia y el retorno a la Corte

Paralelamente a las iniciativas legislativas, en junio de 2005 Colombia Diversa y el Grupo de Derecho de Interés Público iniciaron el estudio de una posible demanda de inconstitucionalidad de la ley 54 de 1990, norma que regula las uniones maritales de hecho y sobre la cual ya se había pronunciado la Corte Constitucional. Un año después, mientras hacía tránsito uno de los proyectos de ley sobre los derechos de parejas del mismo sexo, el 31 de mayo de 2006 se presentó la demanda (BONILLA, 2008).

La demanda fue desarrollada por un grupo de estudiantes de derecho bajo la dirección del profesor Daniel Bonilla de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Este grupo de estudiantes estudió el problema constitucional y las distintas oportunidades y obstáculos legales para reabrir la discusión legal en la Corte. Como resultado de este intenso estudio los estudiantes formularon una demanda la cual fue discutida junto con los activistas de Colombia Diversa y otros profesores de la misma Facultad. Esta demanda se articuló en torno al principio de la dignidad humana y argumentaba como la negación del reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo afectaba las distintas dimensiones de la dignidad, según la jurisprudencia de la Corte: vivir bien, vivir como se quiere y vivir sin humillaciones.

Junto a esta demanda se planeó una iniciativa de buscar intervenciones ciudadanas que fortalecieran argumentos de la demanda, especialmente aquellos que por razones técnicas no pudieron ser planteados de manera directa (BONILLA, 2008).

Debido a que en el Congreso de la República el proyecto de ley estaba a punto de lograr su aprobación, varios activistas pensaban que no era conveniente la presentación de la demanda ante la Corte. No obstante, Colombia Diversa después de varias discusiones internas decidió realizar lo que se llamó “la doble estrategia”: una demanda ambiciosa en la Corte y un proyecto minimalista en el Congreso.

La estrategia planeada por los activistas y sus aliados tomó otro rumbo. Por una parte el Congreso de la República (19 de junio de 2007) no aprobó el proyecto de ley en un hecho controversial debido a que se había aprobado por ambas cámaras legislativas en todos sus debates reglamentarios, y la no aprobación se produjo el último día de la legislatura en la conciliación final de los textos y fue negada en una reñida votación de 34 votos contra 29. De esta manera la vía política siguió bloqueada, incluso se mantiene cerrada hasta hoy sin ninguna posibilidad de avance.

Por otra parte en la Corte Constitucional se empezaron a decidir vertiginosamente varias acciones legales a favor de las parejas del mismo sexo (PMS). La presión mediática, la construcción de argumentos jurídicos realizada por el Grupo de Derecho de Interés Público y los aliados de la estrategia ante el alto tribunal, así como el intenso debate social llevaron a que internamente los magistrados de la Corte llegaran a un acuerdo mínimo para avanzar en la discusión y en la protección de las parejas del mismo sexo. En una solución basada en el equilibrio ideológico se decidió que los derechos de las parejas del mismo sexo se estudiarían progresivamente, es decir, se resolvería cada derecho según fuera reclamado por los ciudadanos. Siguiendo esta premisa el 7 de febrero de 2007, la Corte Constitucional en la sentencia C-075 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, decidió que las parejas del mismo

sexo tendrían derechos patrimoniales si cumplían con los requisitos y condiciones establecidos en la ley 54 de 1990 para las uniones maritales de hecho de las parejas heterosexuales. Esta decisión de la Corte abrió la puerta a nuevos espacios para el litigio constitucional, debido a que se cambió el precedente previo y se reconoció por primera vez la existencia de las parejas del mismo sexo, así como el deber estatal de proteger sus derechos. Por tanto, los activistas decidieron optar por esa vía que se mostraba menos agresiva y retardataria que el Congreso de la República.

Sólo un mes después, el 5 de marzo de 2007, se presentó una demanda por parte de dos estudiantes de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja quienes demandaron el artículo 163 de la ley 100 de 1993, y solicitaron que se ampliara el derecho de afiliación a la seguridad social en salud para las parejas del mismo sexo. El 30 de agosto de 2007, Colombia Diversa, el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes y el Centro de Investigaciones Derecho, Justicia y Sociedad–Dejusticia¹² presentaron una nueva demanda de inconstitucionalidad donde se buscaba el reconocimiento de la seguridad social tanto en afiliación en salud como en pensión de sobreviviente.

El 14 de mayo de 2007, ocurrió algo inesperado que dio mayor respaldo a los activistas y al precedente constitucional. El Comité de Derechos Humanos comunicó su decisión en el caso *X contra Colombia* (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 2007), mediante la cual se resolvió una situación de discriminación contra un ciudadano que convivía con su compañero y le fue negada su pensión de sobreviviente. El Comité determinó que el Estado colombiano violó el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y ordenó al Estado restablecer los derechos de la persona afectada y solucionar de forma general esta discriminación.

Las acciones constitucionales que hacían tránsito condujeron a las sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008 (COLOMBIA, 2007c, 2008a), en las cuales se reconocieron los derechos de afiliación en salud y de pensión de sobreviviente para las parejas del mismo sexo. Posteriormente, una ciudadana demandó la norma del Código Penal que sancionaba la inasistencia alimentaria entre compañeros permanentes y excluía a las parejas del mismo sexo. En la Sentencia C-798 de 2008 (COLOMBIA, 2008c), la Corte determinó que la norma era discriminatoria y que debía ampliarse la protección a las parejas del mismo sexo en relación a las obligaciones alimentarias.

De los hechos narrados hasta ahora es posible analizar los elementos tanto políticos e ideológicos de la movilización. En relación a la estructura de las oportunidades políticas se destacan cuatro hechos que permiten entender el cambio en la estructura de las oportunidades políticas. El primero se refiere a la no aprobación del proyecto de ley de parejas del mismo sexo en el Congreso. Esta iniciativa legislativa tenía un importante apoyo político y social, no obstante la iniciativa fue negada por el Congreso mediante una maniobra de trámite. Este hecho que si bien puede considerarse como una derrota fue realmente la habilitación definitiva para que la Corte Constitucional desarrollara la jurisprudencia sobre derecho de parejas del mismo sexo.

Un segundo hecho político ocurrió en las elecciones presidenciales de 2006, en las cuales el expresidente Álvaro Uribe, caracterizado por sus posiciones conservadoras y quien se encontraba haciendo campaña para su reelección, decidió apoyar los derechos de las parejas del mismo sexo. La frase del Presidente fue: “matrimonio, no; adopción, no; derechos patrimoniales, sí; seguridad social, sí”. Esta afirmación movió todo el espectro

político y generó un apoyo social relativamente importante. Además, esta formulación puede resumir el acuerdo doctrinario alcanzado por la Corte Constitucional.

En mayo de 2007 se presentó un tercer hecho, que se comentó previamente, el cual se refiere a la decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas el cual reconoció que el Estado colombiano estaba violando el Pacto de Derechos Civiles y Políticos al no reconocer el derecho a la pensión de un compañero permanente del mismo sexo.

El fracaso legislativo acompañado de cambios socio-políticos, así como un nuevo abordaje de las fuentes normativas relevantes para resolver los casos de parejas del mismo sexo, pueden explicar la estructura de oportunidades políticas en la cual se desarrollaron las decisiones de la Corte y el contexto en el cual se desarrollaba la movilización legal.

Otro grupo de factores que afectaron la estructura de las oportunidades políticas se relacionan con las transformaciones al interior del campo jurídico, en especial del derecho constitucional colombiano. La Corte Constitucional desarrolló diversas teorías, conceptos y herramientas que fueron fundamentales para la consolidación de este precedente. En particular, el desarrollo de un precedente fuerte en materia de dignidad humana, igualdad y no discriminación, deber de protección de poblaciones en condición de discriminación y exclusión, incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en las discusiones constitucionales, así como una mayor conciencia y uso de los derechos fundamentales por parte de todos los magistrados de la Corte en el abordaje de las cuestiones que se someten a su consideración. También en este período se producen importantes decisiones sobre derechos, lo cual indica que el precedente sobre los derechos de la población LGBT fue también parte de un proceso en el que la Corte se está tomando en serio los derechos y los conflictos sociales de la realidad colombiana.

La Corte Constitucional ha tenido un protagonismo importante en los últimos años, debido a la conjugación de una serie de elementos normativos, políticos e institucionales que apuntalan su rol (UPRIMNY; GARCÍA, 2004; UPRIMNY, 2007). Entre los factores que de manera recurrente suelen identificarse como causa de tal protagonismo se encuentran, entre otros, la relativa independencia judicial que existe en Colombia; el amplio catálogo de derecho reconocido en la Constitución; la existencia de mecanismos judiciales que facilitan a los ciudadanos el acceso a las Cortes; y a la crisis de representación democrática existente en Colombia.

En segundo lugar, también es importante resaltar que la Corporación también ha desarrollado una importante doctrina constitucional y metodologías para garantizar el derecho a la igualdad¹³ y la protección de comunidades históricamente marginadas.¹⁴

En tercer lugar, resulta notable que la Corte ha usado recurrentemente el derecho internacional de los derechos humanos para determinar el sentido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. A partir de distintas cláusulas de remisión previstas en la Constitución Política (artículos 44, 53, 93, 94 y 214), la Corte ha recurrido de manera frecuente al derecho internacional de los derechos humanos. En algunos casos, ha afirmado que existen tratados internacionales que tienen la misma jerarquía que la Constitución Política, y en otros simplemente ha acudido a los pronunciamientos de organismos internacionales con el propósito de interpretar las disposiciones de la legislación interna a la luz de tales pronunciamientos.¹⁵

De alguna manera, los anteriores factores han conducido a que el Tribunal

Constitucional hubiese adoptado recientemente importantes sentencias sobre los derechos fundamentales, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad. Como ilustración de este fenómeno se pueden mencionar las siguientes decisiones: sentencia T-025 de 2004, sobre derechos de la población desplazada (COLOMBIA, 2004a); T-760 de 2008, sobre situación del sistema de salud en Colombia (COLOMBIA, 2008b); C-355 de 2006, sobre la despenalización del aborto en tres casos específicos (COLOMBIA, 2006b); C-370 de 2006, sobre los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (COLOMBIA, 2006c); C-070 de 2009, sobre las limitaciones de la facultad de declarar estados de conmoción interior (COLOMBIA, 2009b); C-175 de 2009, sobre derecho a la consulta previa (COLOMBIA, 2009d); C-728 de 2009, sobre el derecho a oponerse a prestar servicio militar por razones de conciencia (COLOMBIA, 2009f).

Todos estos factores tuvieron una incidencia directa o indirecta en la generación y la consolidación del precedente constitucional sobre los derechos de las personas LGBT. La jurisprudencia no se produce en el vacío, siempre está circundada por la acción colectiva, la producción de los medios y los contextos políticos e institucionales.

Ahora bien, en relación con los elementos ideológicos, varios académicos han definido cinco elementos de los marcos culturales, el primero se refiere al bagaje cultural de los manifestantes, el segundo a las estrategias enmarcadoras por las que optan los grupos, el tercero a la lucha por la enmarcación, el cuarto a los medios de comunicación como canalizadores de esta lucha, y el quinto al impacto cultural del movimiento al modificar los contextos culturales (McADAM; McCARTHY; ZALD, 1999, p. 44). Para este caso nos referiremos brevemente a cada elemento.

En este caso los activistas contaban con un bagaje cultural muy importante sobre la homosexualidad y sobre las dificultades para avanzar en el reconocimiento de la igualdad de las personas LGBT. Por esta razón para lograr mayor éxito los activistas optaron por enmarcar sus reivindicaciones en un lenguaje de derechos humanos y en particular usar el derecho constitucional como una forma privilegiada de presentar sus reivindicaciones. De hecho se usó como parte de esta estrategia el uso de los propios pronunciamientos de la Corte Constitucional con la finalidad persuadir a los interlocutores.

Un elemento trascendental que puede verse en este período es la importancia de los abogados, profesores de derecho y en general un grupo de profesionales que actuaron como aliados y como partícipes de esta estrategia. En este sentido los profesionales del derecho actúan como intermediarios y traductores de demandas sociales al lenguaje del derecho constitucional. De este proceso también participan las universidades, centros de investigación y organizaciones de derechos humanos quienes a través de las intervenciones ciudadanas fortalecieron la argumentación jurídica de la movilización social. Este elemento corresponde a la forma como los activistas y sus aliados enmarcaron la reclamación, es decir, se usó el derecho constitucional para entender y movilizar con mayor efectividad las injusticias que afectaban a las parejas del mismo sexo. Ente proceso de encuadramiento de la injusticia en un marco de derechos constitucionales no sólo se presentó en las reclamaciones legales ante la Corte, este lenguaje se incorporó a los discursos de los activistas en los medios y en las protestas que se desarrollaron en años posteriores. Esta importante estrategia de traducción constitucional no sólo funciona hacia la Corte sino que también se materializa en una forma de pedagogía constitucional hacia los ciudadanos.

La segunda estrategia de enmarcación fue el enfoque moderado de la reivindicación y la negación de un derecho a la familia. Como lo manifestó Esteban Restrepo: “existió un pacto tácito entre la Corte Constitucional y los activistas de no hablar de la familia”, con lo cual está de acuerdo Elizabeth Castillo del grupo de Mamás Lesbianas, quien consideró que era estratégico no hablar de ese tema, aunque asegura que existía la conciencia de que se trataba de una posición transitoria en el debate judicial.

En relación con los medios de comunicación, fueron canales importantes para presentar este mensaje y difundirlo. De hecho, los grupos que se oponían a esta movilización manifestaban su descontento con el desequilibrio informativo. Como se dijo previamente el apoyo de los medios de comunicación especialmente de los periódicos y revistas fue fundamental para incrementar la conciencia sobre el problema y llevar la discusión al terreno de los derechos fundamentales.

4.4 Cuando el equilibrio se agota: familia, matrimonio y adopción por parte de parejas del mismo sexo

A pesar de estos significativos avances, la Corte usó una estrategia argumentativa que dejaba en la incertidumbre a las parejas del mismo sexo y además no garantizaba todos los derechos de la unión marital de hecho. Según la Corte cada tema debería estudiarse a la vez y en cada ámbito de regulación. Esta situación generó la necesidad de aclarar cuál sería el criterio constitucional para definir los derechos y obligaciones de las parejas del mismo sexo frente a otros derechos y obligaciones en los cuales la Corte no se hubiese pronunciado. En este orden de ideas, Colombia Diversa, el Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia- y el Grupo de Derecho de Interés Público – GDIP-, formularon una demanda contra disposiciones normativas contenidas en 26 leyes, en las cuales se reconocían derechos y beneficios, y se imponían cargas a parejas heterosexuales, con exclusión de las parejas del mismo sexo. Esta demanda llevó a la sentencia C-029 de 2009 (COLOMBIA, 2009a), la cual fue proferida el 28 de enero de ese año.

Este proceso ha sido muy participativo y ha generado una importante producción de conocimiento y deliberación sobre los derechos de PMS. En la última demanda ante la Corte participaron 70 organizaciones, sumando tanto las organizaciones redactoras de la demanda (3), las demandantes (32) y las intervinientes (45). En resumen, el movimiento LGBT fue el demandante en este proceso lo cual posibilitó una voz colectiva y coherente del movimiento.

Además, este proceso generó mucho respaldo por parte de los formadores de opinión y pocas reacciones conservadoras. La metodología usada por la Corte la cual generaba sentencias con enfoques moderados y amplias mayorías internas puede explicar este fenómeno.

El reconocimiento de derechos fue progresivo. Muy rápidamente y con el impulso de los activistas, la Corte Constitucional profirió ocho sentencias (C-075 de 2007,¹⁶ T-856 de 2006,¹⁷ C-811 de 2007,¹⁸ C-336 de 2008,¹⁹ C-798 de 2008,²⁰ T-1241 de 2008,²¹ C-029 de 2009,²² T-051 de 2011,²³ COLOMBIA, 2007a, 2006e, 2007c, 2008a, 2008c, 2008d, 2009a, 2011) las cuales transformaron el estatus legal de las parejas del mismo sexo y reconocieron para estas parejas derechos y obligaciones. La metodología adoptada por la Corte ha obligado a presentar cada situación para ser considerada por la Corte, sin

haber generado una regla general de igualdad sobre las parejas del mismo sexo. A esto se le suma la falta de claridad en la definición del estatus legal de la unión marital de hecho, esto se debe a que la Corte Constitucional no ha expresado de forma clara e inequívoca que las parejas del mismo sexo tengan ese estatus (ALBARRACÍN, 2010).

Días después de que se anunció la sentencia C-029 de 2009, el profesor Rodrigo Uprimny, en su columna de opinión, afirmó al respecto de esta sentencia: “estas conquistas jurídicas, por importantes que sean, no son suficientes. Es posible que, a pesar de estos cambios normativos, en la vida cotidiana la discriminación contra los homosexuales subsista o se torne más sutil. O incluso que existan propuestas para que se anulen u obstaculicen estos avances jurisprudenciales” (UPRIMNY, 2009). Esta lúcida advertencia debe aplicarse también a las nuevas decisiones de la Corte Constitucional sobre las parejas del mismo sexo.

El precedente constitucional que ha reconocido los derechos de las parejas del mismo sexo ha sido fundamental en el acceso a los derechos civiles y sociales de estas parejas; constituye un gran avance en la garantía de los derechos mínimos, y aporta a un mayor respeto social de las parejas del mismo sexo. No obstante, este precedente tiene límites importantes especialmente en el reconocimiento del derecho a conformar una familia, ese paréntesis que se estableció para lograr el avance en reconocimiento de derechos. En otras palabras, el equilibrio entre las posiciones ideológicas se agotó.

Fue la Magistrada (E) Catalina Botero quien señaló con precisión esta tensión en su aclaración de voto a la sentencia C-811 de 2007:

Aunque comparto la decisión de la Corte (...), y celebro la extensión de los beneficios de seguridad social (...) a las parejas del mismo sexo, he decidido aclarar mi voto para hablar de un tema que parece resistirse a ser asumido por la Corte con la franqueza democrática que demanda: la naturaleza de la familia en el régimen constitucional colombiano” y continúa la magistrada: “estas decisiones representan un paso decisivo en la garantía y vigencia de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad y en el afianzamiento de un régimen verdaderamente democrático, pluralista e incluyente. Sin embargo, evaden de manera consistente la referencia a la pareja homosexual como un núcleo familiar que merece igual respeto y protección constitucional que la familia heterosexual. En este aspecto existe entonces un déficit de protección que la jurisprudencia tendrá que corregir.

(COLOMBIA, 2007c).²⁴

Esta evasión se funda en la situación en la cual se produjo el encuadre tanto de los activistas como de la Corte Constitucional, en otras palabras, el precedente constitucional se basó en una doctrina que pretendía equilibrar distintas posiciones políticas al interior del Alto Tribunal; por esta razón este precedente puede tener tanto interpretaciones conservadoras como progresistas.

Aunque la Corte avanzó en la protección de los derechos de las parejas, las sentencias no han sido del todo progresistas ni han logrado eliminar del todo las desigualdades legales y la ciudadanía de segunda clase de gays y lesbianas. En el seno del precedente hay una tensión que cada vez se hace más creciente e insostenible para la igualdad y plenos derechos de estas parejas: proteger los derechos de las parejas del mismo

sexo en tanto sean asimilables a las parejas heterosexuales, pero al mismo tiempo no reconocer que ambos tipos de parejas merecen de forma inmediata la misma protección y respeto, especialmente en la protección constitucional de la familia de las parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional no ha afirmado de forma clara y contundente que las parejas del mismo sexo son iguales y tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales, por el contrario, ha creado una jurisprudencia que protege a las parejas pero las mantiene en un estatus inferior de protección. Estas limitaciones se han hecho evidentes en los casos recientes sobre el estudio del derecho al matrimonio (C-886 de 2010, COLOMBIA, 2010b) y la adopción entre parejas del mismo sexo (C-802 de 2009, COLOMBIA, 2009g), decisiones en las cuales la Corte decidió no pronunciarse aduciendo insuficiencias técnicas en las demandas de los ciudadanos.

5 Conclusión

En este artículo se ha hecho un recuento del proceso para el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, a través de la acción que desarrolló la organización Colombia Diversa. Como se argumentó a lo largo del texto esta forma de movilización en torno al derecho se puede analizar teniendo en cuenta tres dimensiones de los movimientos sociales. En primer término los elementos ideológicos de la movilización relacionados con los marcos de interpretación de un problema y su encuadre. En relación a este punto el enfoque moderado de la reivindicación de las parejas del mismo sexo y la traducción de las situaciones de injusticia en derechos constitucionales fueron elementos fundamentales para explicar la forma como se ha dado este debate. En segundo término los elementos organizativos, referidos a los recursos disponibles. Respecto a este asunto la organización Colombia Diversa aglutinó diversos recursos en particular recursos pre-existentes y desarrolló importantes capacidades para crear redes y tener acceso a nuevos recursos para la movilización. En particular se destacan el aglutinamiento de distintas formas de activismo, las alianzas con la academia legal y el acceso a recursos de élite. En tercer término los elementos políticos externos o la estructura de oportunidades políticas revelan las contingencias a las cuales está sometido un debate y que en ocasiones son aprovechadas hábilmente por los activistas. En particular elementos relacionados con situaciones electorales, institucionales, del derecho internacional o incluso divisiones al interior de la Corte son situaciones que configuran el contexto socio-político en el cual se desarrolla la acción de los movimientos sociales.

Finalmente, quisiera plantear dos elementos que surgen de este trabajo, uno relacionado con la metodología y otro con la relación entre producción del derecho y su implementación. En primer término, quiero destacar la importancia del trabajo empírico y del diálogo disciplinar y metodológico para entender la labor de los jueces y las reivindicaciones sociales a favor de la justicia. No es posible seguir leyendo el precedente constitucional vaciado de personas y relaciones de poder. De igual forma es indispensable que los actores participantes directos de los cambios legales participen en la producción y reflexión académica sobre el cambio social. La investigación sobre el cambio social y legal sin la presencia de sus protagonistas corre el riesgo de perder una parte importante de la historia.

En segundo término, en relación con la producción del derecho y su garantía de implementación considero que son dos etapas íntimamente conectadas. Los tribunales no son un punto de llegada de una discusión política, usualmente son una etapa en una larga discusión, incluso una etapa que se repite varias veces. Por ello para entender la implementación de una sentencia también hay que entender la forma de su producción, así como las fuerzas políticas enfrentadas y los debates políticos subyacentes. De hecho si las fuerzas políticas que ayudan a producir el cambio legal se debilitan es posible que se produzca un retroceso respecto al cambio legal alcanzado.

El estudio de la relación entre el derecho y los movimientos sociales ayuda a entender mejor la dimensión política del derecho, así como su dimensión simbólica. Al menos se pueden encontrar tres efectos vinculados a la producción de las sentencias en este caso: 1) se consolidó un movimiento que ha mantenido la acción colectiva; 2) Se inició un ciclo de protesta (TILLY, 2004) por los derechos de la población LGBT y por la igualdad real en todos los derechos, y 3) se crearon nuevas oportunidades políticas tanto progresistas como conservadoras.

En este artículo se han querido mostrar los factores y circunstancias externas que moldean y participan de la creación de las decisiones progresistas. Los actores sociales ponen en marcha un repertorio legal, en medio de unas particulares oportunidades políticas y usan el lenguaje del derecho constitucional como un marco cognitivo de movilización. Si bien los jueces progresistas participan de estas decisiones no son los únicos actores que participan del cambio legal. Las Cortes son actores de un reparto mucho más amplio, y en muchas ocasiones ni siquiera son actores principales. Los movimientos sociales participan en la creación de decisiones judiciales progresistas, ellos también juegan un rol importante. Según sea el escenario, los movimientos son más o menos protagónicos, por esta razón sería indispensable conocer bien estas variaciones para emprender acciones más eficaces en el fortalecimiento de los movimientos sociales y la comprensión de la democracia constitucional. En el caso estudiado el movimiento LGBT, en particular la organización Colombia Diversa, fue un actor central sin el cual no podría entenderse un cambio legal, ni el carácter progresista de la Corte en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ALBARRACÍN, M. 2010. Igualdad versus protección: límites y alcances del precedente constitucional sobre derechos de parejas del mismo sexo en el 2009. En *Corporación Humanas, Observatorio de sentencias judiciales*. Bogotá: Corporación Humanas. p. 47-65.
- ALBARRACÍN, M.; NOGUERA, M. 2008. *Situación de los derechos humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en Colombia 2006 – 2007*. Bogotá: Colombia Diversa.

- ARCHILA, M. 2008. **Idas y venidas, vueltas y revueltas**. Prostestas sociales en Colombia 1958-1990. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia y CINEP.
- BONILLA, D. 2008. Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. La historia de la sentencia C-075/07. In: UNIVERSIDAD DE LOS ANDES; COLOMBIA DIVERSA. **Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad**, sentencia C-075/07. Bogotá. p. 11-39.
- CÉSPEDES, L. 2004. **¿El fin o la modificación del juego?** Las parejas homosexuales frente al derecho de afiliación a la seguridad social en salud. Tesis de grado maestría en género. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia–Facultad de Ciencias Humanas.
- EL TIEMPO. **Maestros gay se defienden en audiencia pública**. Bogotá, 2 sept. 1998. Disponible en: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-791613>>. Visitado el: 5 mayo 2010.
- ESTRADA, A.J. 2003. La orientación sexual y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. En: **Memorias de las IV jornadas de derecho constitucional y administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 177-216
- HIRSCHFIELD, M. 2007. La fundación del Comité científico-humanitario y sus primeros miembros. In: ULRICH, K.H.; KERTBENY, K.M.; HIRSCHFIELD, M.; ZUBIAUR, I. (Ed.). **Pioneros de lo homosexual**. Barcelona: Anthropos.
- HOBSBAWN, E. 2003. **Interesting Times**. A Twentieth-Century Life. London: Abacus.
- JARAMILLO, I.C.; ALFONSO, T. 2008. **Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto**. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes.
- LEMAITRE, J. 2005. Los Derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. In: BONILLA MALDONADO, D.E.; ITURRALDE SANCHEZ, M.A. **Hacia un nuevo derecho constitucional**. 1 ed. Bogotá: Universidad de los Andes. v.1. p. 181-217.
- _____. 2009. **El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglos del Hombre editores.
- McADAM, D.; MCCARTHY, J.; ZALD, M. 1999. **Movimientos sociales: perspectivas comparadas**. Oportunidades Política, Estructuras de Movilización y Marcos Interpretativos culturales. Madrid: Ediciones Istmo.
- MONCADA, P. 2002. La huida de la Corte: el derecho al onanismo. **Revista Tutela**, Bogotá, v. 3, n. 25.
- MOTTA, C. 1998. La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales. En: **Observatorio de justicia constitucional: La Corte Constitucional – el año de la consolidación**. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores. p. 290-299.
- RAGIN, C. 2007. **La construcción de la investigación social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- RESTREPO, E. 2002. **Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotidiana” en Colombia**. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14/>. Visitado el: 28 feb. 2011.

- RODRÍGUEZ, C.; RODRÍGUEZ, D. 2010. **Cortes y cambio social: cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad.
- SERRANO, J.F. 2010. Colombia. In: STEWART, C. (Ed.). **The Greenwood encyclopedia of LGBT issues worldwide.** Santa Barbara, California. p. 89-106.
- SHEINGOLD, S. 1974. **The Politics of Rights.** New Heaven: Yale University Press.
- TARROW, S. 2004. **El poder en movimiento.** Madrid: Alianza Editorial.
- TILLY, C. 2004. **Social Movements, 1768-2004.** Colorado: Paradigm Publishers.
- UPRIMNY, R.; GARCÍA, M. 2004. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. In: SANTOS, B.; GARCÍA VILLEGAS, M. **Emancipación social y violencia en Colombia.** Bogotá: Norma. p. 463-513.
- UPRIMNY, R. 2007. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. **Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos,** São Paulo, Año 4, n. 6, p. 53-70.
- _____. 2009. Una jurisprudencia a favor de la igualdad y de la diversidad. **El Espectador,** Bogotá, 2 feb.

Jurisprudencia

- COLOMBIA. 1994. Corte Constitucional. **Sentencia T-097/94.** M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. 1996a. Corte Constitucional. **Sentencia C-098/96,** MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____. 1996b. Corte Constitucional. **Sentencia C-271/96.**
- _____. 1998a. Corte Constitucional. **Sentencia C-002/98.**
- _____. 1998b. Corte Constitucional. **Sentencia T-101/98,** M.P. Fabio Morón.
- _____. 1998c. Corte Constitucional. **Sentencia C-481/98,** M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____. 1999a. Corte Constitucional. **Sentencia C-507/99,** M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- _____. 1999b. Corte Constitucional. **Sentencia T-823/99.**
- _____. 2000a. Corte Constitucional. **Sentencia T-268/00.**
- _____. 2000b. Corte Constitucional. **Sentencia T-618/00.**
- _____. 2000c. Corte Constitucional. **Sentencias T-999/00.**
- _____. 2000d. Corte Constitucional. **Sentencia T-1210/00.**
- _____. 2000e. Corte Constitucional. **Sentencia T-1426/00.**
- _____. 2001a. Corte Constitucional. **Sentencia C-088/01.**
- _____. 2001b. Corte Constitucional. **Sentencia C-093/01.**
- _____. 2001c. Corte Constitucional. **Sentencia T-427/01.**
- _____. 2001d. Corte Constitucional. **Sentencia SU-623/01.**
- _____. 2001e. Corte Constitucional. **Sentencia C-673/01.**

- _____. 2001f. Corte Constitucional. **Sentencia C-814/01.**
- _____. 2001g. Corte Constitucional. **Sentencia C-921/01.**
- _____. 2002a. Corte Constitucional. **Sentencia C-064/02.**
- _____. 2002b. Corte Constitucional. **Sentencia C-373/02**, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- _____. 2002c. Corte Constitucional. **Sentencia T-435/02**, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. 2002d. Corte Constitucional. **Sentencia T-610/02.**
- _____. 2003a. Corte Constitucional. **Sentencia T-499/03**, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- _____. 2003b. Corte Constitucional. **Sentencia T-808/03.**
- _____. 2004a. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04.**
- _____. 2004b. Corte Constitucional. **Sentencia T-301/04**, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.
- _____. 2004c. Corte Constitucional. **Sentencia C-431/04.**
- _____. 2004d. Corte Constitucional. **Sentencia C-576/04.**
- _____. 2004e. Corte Constitucional. **Sentencia T-725/04.**
- _____. 2004f. Corte Constitucional. **Sentencia C-1054/04.**
- _____. 2004g. Corte Constitucional. **Sentencia T-1096/04**, M.P. Manuel José Cepeda
- _____. 2005a. Corte Constitucional. **Sentencia C-194/05.**
- _____. 2005b. Corte Constitucional. **Sentencia T-848/05**, M.P. Manuel José Cepeda.
- _____. 2006a. Corte Constitucional. **Sentencia C-042/06.**
- _____. 2006b. Corte Constitucional. **Sentencia C-355/06.**
- _____. 2006c. Corte Constitucional. **Sentencia C-370/06.**
- _____. 2006d. Corte Constitucional. **Sentencia T-439/06**, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. 2006e. Corte Constitucional. **Sentencia T-856/06.**
- _____. 2007a. Corte Constitucional. **Sentencia C-075/07.**
- _____. 2007b. Corte Constitucional. **Sentencia T-152/07**, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- _____. 2007c. Corte Constitucional. **Sentencia C-811/07**, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. 2008a. Corte Constitucional. **Sentencia C-336/08.**
- _____. 2008b. Corte Constitucional. **Sentencia T-760/08.**
- _____. 2008c. Corte Constitucional. **Sentencia C-798/08.**
- _____. 2008d. Corte Constitucional. **Sentencia T-1241/08.**
- _____. 2009a. Corte Constitucional. **Sentencia C-029/09.**
- _____. 2009b. Corte Constitucional. **Sentencia C-070/09.**
- _____. 2009c. Corte Constitucional. **Sentencia T-140/09.**
- _____. 2009d. Corte Constitucional. **Sentencia C-175/09.**
- _____. 2009e. Corte Constitucional. **Sentencia C-242/09.**
- _____. 2009f. Corte Constitucional. **Sentencia C-728/09.**

- _____. 2009g. Corte Constitucional. **Sentencia C-802/09.**
- _____. 2009h. Corte Constitucional. **Sentencia T-911/09.**
- _____. 2010a. Corte Constitucional. **Sentencia C-252/10.** Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-252-10.htm>>. Visitado el: 28 de Febrero de 2011.
- _____. 2010b. Corte Constitucional. **Sentencia C-886/10.**
- _____. 2011. Corte Constitucional. **Sentencia T-015/11.**
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. **Sentencia T-1319/01.**
- _____. 2007. **Sentencia T-391/07.**
- COMITÉ DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1992a. **Sentencia T-566/92.**
- _____. 1992b. **Sentencia T-567/92.**
- _____. 1992c. **Sentencia T-597/92.**
- _____. 2001. **Sentencia SU-1300/01.**
- _____. 2004. **Sentencia C-248/04.**
- _____. 2004. **Sentencia C-576/04.**
- _____. 2005. **Sentencia C-591/05.**
- _____. 2006. **Sentencia T-058/06.**
- _____. 2008. **Sentencia T-436/08.**
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 2004. **Sentencia T-025/04.**
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2007. **X contra Colombia.** Comunicación N° 1361/2005: Colombia. 14 mayo 2007. CCPR/C/89/D/1361/2005.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. **Sentencia C- 673/01.**
- _____. 2005. **Sentencia C-203/05.**
- _____. 2007. **Sentencia C-291/07.**
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2000. **Sentencia C-010/00.**

NOTAS

1. Este trabajo no hubiera sido posible sin la orientación académica y los importantes comentarios de la profesora Julieta Lemaitre. Quiero agradecer a Marcela Sánchez y a Alejandra Azuero con quienes durante muchos años hemos compartido mucho de este trabajo y realizaron comentarios a este texto. También fueron muy valiosos los debates y comentarios con mis compañeros del Coloquio de Investigación de la Maestría en Derecho de la

Universidad de los Andes y de la profesora Helena Alviar quien dirigió este curso. Estoy en deuda también con el proyecto *Otros Saberes II* de la Asociación de Estudios Latinoamericanos (LASA), en especial con la directora de la iniciativa Rachel Sieder, y con los profesores Angelina Snodgrass Godoy y de César Rodríguez Garavito quienes realizaron comentarios muy acertados en relación a la metodología y a la pertinencia de esta investigación.

2. La acción de tutela, conocida comúnmente como tutela, es un recurso judicial para la protección de los derechos fundamentales, puede ser conocido por cualquier juez de la República de Colombia y debe ser resuelto dentro de los diez días siguientes a la interposición del recurso (Constitución de Colombia, artículo 86).

3. Posteriormente la Corte Constitucional declaró que este estado de excepción era inconstitucional, ver sentencia C-252 de 2010 (COLOMBIA, 2010a).

4. Información sobre la campaña en la siguiente página web: <<http://righttwork.org.uk/>>.

5. Entrevista Juanita Durán, Juanita Durán, ex integrante del despacho de la Manuel José Cepeda, 30 de abril de 2010.

6. Entrevista Jack Smith, funcionario Secretaría General de la Corte Constitucional, 12 de mayo de 2010.

7. Al respecto de la comunidad homosexual como grupo tradicionalmente discriminado ha dicho la Corte: "Así... la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual (...) Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierten en objeto de escarnio público" (COLOMBIA, 1996a).

8. Entrevista Germán Rincón Perffetti, 20 de marzo de 2010.

9. Notas personales de la reunión del 18 de agosto de 2001.

10. Entrevistas José Fernando Serrano, Marcela Sánchez, Elizabeth Castillo. Abril de 2010.

11. El comercial se puede ver en YouTube en los siguientes enlaces: <<http://www.youtube.com/watch?v=qt6M0zBu1q0>> ; <<http://www.youtube.com/watch?v=WdvNn5KcMuM>>. Visitado el: 5 mayo 2010.

12. El centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) intervino en el proceso de la sentencia C-075 de 2007 y posteriormente fue un aliado directo como demandante en las demandas que condujeron a las sentencias C-336 de 2008 y C-029 de 2009.

13. En términos generales, esta doctrina afirma que para determinar si una medida diferenciada puede ser considerada discriminatoria hace falta que se evalúen cuatro aspectos adicionales, a saber: si la medida persigue una finalidad constitucionalmente admisible o imperiosa; si es adecuada para lograr tal finalidad; si es necesaria para lograr tal finalidad; y si los medios de los que se vale son proporcionados a los fines que persigue. El juez constitucional puede variar la intensidad del escrutinio de cada uno de esos elementos, dependiendo de la intensidad (leve, media o estricta) que se decida aplicar.

14. Las sentencias en las que la Corte se ha referido a este tema son numerosas. Entre ellas, cfr. Corte Constitucional, sentencias C-271 de 1996; C-002 de 1998; T-823 de 1999; T-1210 de 2000; C-088 de 2001; C-093 de 2001; T-427 de 2001; C-921 de 2001; C-673 de 2001; C-064 de 2002; T-610

de 2002; T-301 de 2004; C-1054 de 2004; C-194 de 2005; C-042 de 2006; C-029 de 2009; T-140 de 2009; C-242 de 2009 (COLOMBIA, 1996b, 1998a, 1999b, 2000d, 2001a, 2001b, 2001c, 2001g, 2001e, 2002a, 2002d, 2004b, 2004f, 2005a, 2006a, 2009a, 2009c, 2009e).

15. Así, ha acudido a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia C-010 de 2000) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (sentencias T-1319 de 2001 y T-391 de 2007); de la Corte Europea de Derechos Humanos (sentencias C- 673 de 2001, sentencia C-291 de 2007; sentencia C-203 de 2005); del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (sentencia T-025 de 2004); y del Comité de Derechos Civiles y Políticos (sentencias T-566 de 1992; T-567 de 1992; T-597 de 1992; SU-1300 de 2001; C-248 de 2004; C-576 de 2004; C-591 de 2005; T-058 de 2006; y T-436 de 2008). También ha acudido a instrumentos internacionales de derechos humanos, que tradicionalmente han sido considerados como "derecho blando" o *soft law*. Así, por ejemplo, ha acudido a los Principios Rectores sobre Desplazamiento Forzado (Colombia, Corte Constitucional sentencias T-602 de 2003; C-278 de 2007, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla; y T-821 de 2007), y a los Principios de las Naciones Unidas sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (Colombia, Corte Constitucional sentencia T-821 de 2007).

16. Reconocimiento de derechos patrimoniales.

17. Caso sobre derecho a la afiliación en salud.

18. Reconocimiento del derecho de afiliación en salud.

19. Reconocimiento del derecho de pensión de sobreviviente.

20. Reconocimiento del derecho de alimentos mutuos.

21. Caso sobre derecho de pensión de sobreviviente.

22. Reconocimiento de los siguientes derechos y deberes: patrimonio de familia inembargable y afectación de bienes inmuebles a vivienda familiar; obligación de prestar alimentos; derechos de carácter migratorio para las parejas homosexuales y derecho a residir en San Andrés y Providencia; garantía de no inculación en materia penal; beneficio de prescindir de la sanción penal; circunstancias de agravación punitiva; derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas de crímenes atroces; protección civil a favor de víctimas de crímenes atroces; prestaciones en el régimen pensional y de salud de la fuerza pública; subsidio familiar en servicios; subsidio familiar para vivienda; acceso a la propiedad de la tierra; beneficiarios de las indemnizaciones del SOAT por muertes en accidentes de tránsito, y deberes relacionados con el acceso y ejercicio de la función pública y celebración de contratos estatales.

23. Caso sobre la implementación del derecho de pensión de sobreviviente.

24. Aclaración de voto de Magistrada (E) Catalina Botero.

 ABSTRACT

This article reconstructs the mobilization process carried out by the organization Colombia Diversa in order to gain recognition in the Colombian Constitutional Court for the rights of same-sex couples. In particular, it identifies three factors that contributed to this change in the law. First, the organization reframed their demands using the language of constitutional rights. Second, the existence of an activist organization brought together a large number of resources and used a particular set of protest actions. Third, a structure of political opportunities was generated by the existence of a progressive court, an undemocratic congress, and a public that was inclined to support the demands of the activists. These three factors allowed the activists to channel their demands for rights into a progressive judicial decision. Throughout, this article argues for two intimately linked points: the first is proof of the centrality of a rights-based discourse in Colombian political activism, and the second is the strong role that political activism played in defining constitutional rights within the Court.

 KEY WORDS

Colombia – Constitutional Court – Rights of same-sex couples – Social movements – Homosexuality

 RESUMO

Neste artigo reconstrói-se o processo de mobilização conduzido pela organização *Colombia Diversa*, a fim de conseguir o reconhecimento dos direitos de casais do mesmo sexo na Corte Constitucional colombiana. Em particular, identificam-se três elementos que contribuíram para essa mudança jurídica. Em primeiro plano, a reformulação das demandas num marco de direitos constitucionais; em segundo plano, a existência de uma organização ativista que aglutinou um conjunto significativo de recursos e a utilização de um repertório particular de reivindicações; em terceiro plano, a criação de uma estrutura de oportunidades políticas gerada pela existência de uma Corte progressista, um Congresso pouco democrático, e a presença de uma opinião pública favorável às demandas dos ativistas. Estes três elementos permitiram que os ativistas pudessem canalizar suas demandas por direitos numa decisão judicial progressista. Em geral, argumenta-se a favor de duas teses que estão intimamente vinculadas: a primeira é a evidência da centralidade do discurso sobre os direitos no ativismo político colombiano; a segunda é o protagonismo do ativismo político na definição dos direitos constitucionais no interior da própria Corte.

 PALAVRAS-CHAVE

Colômbia – Corte Constitucional – Direitos de casais do mesmo sexo – Movimentos sociais – Mudança social – Homossexualidade