

Jorge Mejía Turizo\*\*  
Maury Almanza Iglesia\*\*\*

# Reconocimientos jurídicos en razón de la diversidad sexual. Un reflejo meridiano de constitucionalización del derecho desde una visión guastiniana\*

Legal recognition by reason of sexual diversity.  
A meridian reflection of constitutionalization  
of law through a vision of Guastini

*Recibido: 24 de septiembre de 2010 / Aceptado: 29 de octubre de 2010*

## Palabras clave:

Constitucionalización del derecho,  
Diversidad sexual,  
Jurisprudencia constitucional,  
Minoría sexual.

## Resumen

El presente artículo de reflexión tiene como propósito central dar cuenta que el proceso de reconocimientos jurídicos de personas y parejas con diversa orientación sexual ha significado una muestra inconfundible de constitucionalización del derecho, tomando como punto de referencia los factores de constitucionalización esbozados por Riccardo Guastini, y para tales efectos se realiza una confrontación de contenido hermenéutico reflexiva entre tales factores y algunos reconocimientos a la minoría sexual plasmados en decisiones jurisdicciones.

## Key words:

Constitutionalization of Law,  
Sexual diversity,  
Constitutional jurisprudence,  
Sexual minority.

## Abstract

This article has the central proposes to show the process of legal recognition of individuals and couples with different sexual orientation has meant an unmistakable show of constitutionalization of the law, taking as reference the factors outlined by Riccardo Guastini constitutionalization, and for such effects makes a reflexive hermeneutic content confrontation between these factors and some awards for sexual minority reflected in jurisdictions decisions.

\* El presente artículo se deriva del proyecto de investigación “Eficacia de los derechos reconocidos a la población homosexual desde su contenido histórico jurisprudencial en la ciudad de Barranquilla” seleccionado por Colciencias para el programa Jóvenes investigadores e innovadores Virginia Gutiérrez de Pineda 2010.

\*\* Abogado de la Universidad Simón Bolívar. Maestrante en Derecho Administrativo, Diplomado en Gestión y Políticas Públicas de la ESAP, Joven Investigador de Colciencias 2010. Integrante del Grupo Historia del Derecho y las Prácticas Jurídicas en la Formación de Abogados de la Universidad Simón Bolívar, en la línea de investigación Familia, Cultura y Sociedad. mejiaturizo@gmail.com

\*\*\* Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Educación. Líder del Grupo Historia del Derecho y las Prácticas Jurídicas en la Formación de Abogados de la Universidad Simón Bolívar. mauryalma@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

Es de advertir que, una lectura del título de este artículo, en apariencia sugiere que constituye un abordaje eminentemente teórico, sin embargo es en realidad un trabajo que parte de una investigación que combina elementos empírico-teóricos, pues se analizan aspectos de la teoría del derecho en cuanto a la “constitucionalización del ordenamiento jurídico” frente al reconocimiento de derechos a minorías sexuales y su efectividad desde el punto de vista de su aplicación práctica.

Un aspecto ciertamente problemático que se esboza en el presente texto, es la situación de segregación escalonada a la que se encuentran sometidas poblaciones concretas con algún grado de identidad, lo cual constituye un verdadero problema con amplias y profundas connotaciones sociales, que se presenta con mayores manifestaciones y proporciones en las culturas en las que no es principio rector de conducta el respeto por las diferencias. El trato “segregador” es una expresión que ha encontrado coto pero no fin, en los reclamos sociales por una efectiva equidad y justicia social, y en la consagración formal de la eliminación de todas las formas de discriminación. Justamente, la lucha contra la discriminación en sus diferentes manifestaciones ha sido un proceso histórico de largo aliento, aun inconcluso, e inclusive inextinguible, dada la naturaleza de la condición humana, que tiende a agruparse en torno a una identidad “homogenizable” que produce ciertas estigmatizaciones. Así, en el discurrir evolutivo de la humanidad en diferentes contextos espaciales, se han apreciado fe-

nómenos segregativos con marcado y arraigado estereotipamiento, todos hasta cierto punto han tenido expresiones de rechazo, intolerancia, violencia y exclusión. Estas manifestaciones tradicionalmente han estado orientadas por motivos raciales, religiosos, políticos, ideológicos, por la nacionalidad u origen, por el género y por la orientación sexual, entre otros. Este último tipo de discriminación es la vértebra y fundamento de esta investigación (Mejía y Almanza, 2010).

## RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

### *1. Constitucionalización del derecho y diversidad sexual*

Se pretende demostrar en las presentes líneas que la constitucionalización del derecho ha significado un escenario genuino y propicio para las conquistas en el ámbito de reconocimiento legales de minorías, y especialmente en el tema que atañe al presente artículo, de reconocimientos jurídicos en razón de diversidad sexual. Así, el Tribunal Constitucional colombiano no ha sido ajeno a esta nueva tendencia, que supera el anacrónico esquema positivista, y por el contrario ha robustecido su institucionalidad y legitimidad a través de decisiones que vislumbran de manera palmaria que aquí asistimos a la afortunada “era neoconstitucionalista”. Momento que ha sido aprovechado por sectores como la comunidad LGBT, para protagonizar una lucha frontal a favor de la equiparación de sus derechos con el de parejas heterosexuales. Esta iniciativa constante que ha tomado la Corte Constitucional colombiana por no limitarse a ser la boca de lo que establece la ley, es destacada con gran elogio por

Landau (2010), quien en *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law* sostiene que la legitimidad del activismo judicial de la Corte se soporta en la opinión favorable y positiva que goza frente al Ejecutivo y al Legislativo, explicando además que la Corte ha sustituido o suplido la labor de estas dos ramas del poder en varias oportunidades al tomar iniciativas de políticas públicas, cuando advierte que tales ramas hacen caso omiso de temas de impacto constitucional. Y esta circunstancia se ve claramente reflejada en el abanderamiento que ha tomado la Corte Constitucional para otorgar derechos a las minorías sexuales, puesto que el resto de la institucionalidad ha sido indiferente y abiertamente indolente frente a la situación de segregación de estas minorías.

El maestro Aguiló Regla (2008), en su obra *Sobre derecho y argumentación*, una vez sustentó la crisis del paradigma positivista dentro de la cultura jurídica contemporánea, se cierce sobre un interrogante: ¿En qué consiste el proceso histórico (real) de constitucionalización del orden jurídico? Y citando a Riccardo Guastini (2006), señala que este es un proceso que es “el resultado de una combinación de un conjunto de factores que pueden darse en mayor o menor medida en un orden jurídico determinado”. Y agrega que “la constitucionalización del orden jurídico es, pues, una cuestión de grado, no de todo o nada”. Dando a entender con esto que un orden jurídico determinado, no puede manejarse bajo la fórmula dicotómica de que “es o no es constitucionalizado”, sino que existen proporciones de mayor o menor constitucionalización, dependiendo de

la subsunción en los factores determinantes de esta.

Pues bien, efectivamente Guastini (2006) en forma magistral señala siete factores que deben darse para que pueda hablarse de orden jurídico constitucionalizado, pero conviene destacar aunque parezca redundante, que no se requiere la confluencia de todos los factores a la vez, sino que la combinación de uno o varios de estos representan visos de constitucionalización en diferentes escalas de incidencia.

Así las cosas, y como se ha mencionado, el propósito del presente artículo es contrastar, confrontar o cotejar los siete factores de constitucionalización del derecho esbozados por Guastini (2006) con las circunstancias que giran alrededor del reconocimiento de derechos a las personas con diversidad de opción sexual, pues se considera que varios de esos factores pueden ser vistos a través de la lupa del otorgamiento de potestades jurídicas a personas homosexuales y parejas del mismo sexo, en atención a que tales otorgamientos pre-configuran y configuran esos presupuestos de constitucionalización. Asimismo más adelante se agregará modestamente otro factor, que se considera también es condición fáctica del proceso de que se viene hablando.

**Primer factor.** *Rigidez constitucional e incorporación de una relación de derechos fundamentales:* La Constitución de 1991, significó para las personas con diversa orientación sexual una herramienta indispensable en la lucha por su reconocimiento. El hecho de que la Constitución, sea en apariencia rígida, quizás no es una circunstancia con preponderante importan-

cia en el proceso de inclusión de estas minorías, mas por el contrario pudo haber representado “un escollo”, pues el entendido que la familia solo se conforma por un hombre y una mujer de acuerdo al Artículo 42 superior, convierte a tal preceptiva hasta cierto punto en pétrea y con un margen hermenéutico cerrado. Aunque existen posiciones en la misma Corte Constitucional que discrepan del carácter “heteromonogámico” de la familia. Pero por otro lado, la consagración de un catálogo de derechos y garantías ha constituido un factor trascendental para el reconocimiento, puesto que el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, al buen nombre y la honra, a la locomoción, la dignidad humana, entre otros, han sido las expresiones jurídicas con que las minorías sexuales han exigido su equiparación formal. Asimismo a pesar que la Constitución no prohíba expresamente la discriminación por razón de la orientación sexual—como sí la establecen otras Constituciones—, si la prohíbe por razón del sexo, y el juez constitucional no ha realizado una interpretación restrictiva apartándose de criterios de normas cerradas, sino que ha conminado a no ejercer acciones discriminatorias en diversos ámbitos a personas con distinta orientación sexual. Esta manifestación es a todas luces expresión de constitucionalización del ordenamiento jurídico, puesto que la población LGBT ha buscado que ese catálogo de derechos les sea extendido, aplicado y respetado sin reservas.

**Segundo factor.** *Jerarquía normativa de la Constitución:* Esta sin lugar a dudas, representa una condición que ha favorecido enormemen-

te el proceso integración de minorías sexuales. Puesto que el hecho que la Constitución sea norma de normas y tenga una posición preeminente, ha significado que el derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad—entre otros—en atención a que revisten un carácter constitucional se haya impuesto por encima de otras normas que desconocían la libre opción sexual. La acción pública de inconstitucionalidad, que persigue justamente el respeto de la jerarquía de la Carta, ha sido un instrumento fundamental para obtención de los derechos de las parejas del mismo sexo.

**Tercer factor.** *Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución:* Según voces de Aguiló Regla (2008) “ello supone que todos los enunciados de la Constitución se interpretan como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios”. Desapareciendo la vieja categoría de normas programáticas o meras recomendaciones políticas, susceptibles de ser pospuesto su cumplimiento y por tanto jurisdiccionalmente no garantizadas en forma inmediata. Como lo ha demostrado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, nuestra Carta Política no debe entenderse como meras formulaciones programáticas que se van alcanzando en la medida que el Estado tenga las posibilidades, así, la Corte por ejemplo, ha extendido el derecho a un régimen patrimonial, a la seguridad social en salud y en pensiones para las parejas del mismo sexo, siendo esto una clara muestra de aplicación de las normas jurídicas constitucionales a los destinatarios, sin someter estas circunstancias a aspectos programáticos o prestacionales

como argumentos de ampliación de cobertura de servicios. De esta forma, reconociéndose la fuerza vinculante del principio de igualdad de rango constitucional, se extendieron prerrogativas como las que se mencionaron de afiliación a salud y en pensión a las parejas del mismo sexo prescindiendo de la vieja concepción “de programa a realizar” de la Carta Política.

**Cuarto factor.** *Se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución:* Efectivamente para el reconocimiento de derechos a la comunidad LGBT, la Corte Constitucional interpretó los preceptos constitucionales más allá de su sentido literal, *verbi gracia*, en Sentencia C-075 de 2007 decidió que las parejas del mismo sexo también conforman uniones maritales de hecho, en este mismo sentido también se pronunció en Sentencia C-029 de 2009, al expresar que debe hacerse “extensiva la interpretación” según la cual tales uniones se integran por personas con identidad de sexo y reconoció el derecho a la igualdad en materia de inasistencia alimentaria, reclamación de indemnización como beneficiarios de seguro obligatorio en accidentes de tránsito, SOAT, petición de nacionalidad de pareja extranjera, entre otros derechos en materia civil, comercial, penal, disciplinaria, administrativa, contratación pública. Bajo estos presupuestos la Corte ha interpretado y “sobreinterpretado” la Constitución para otorgar garantías a esta comunidad, de tal suerte que ha extraído una gran cantidad de normas y principios implícitos.

**Quinto factor.** *Aplicación directa de normas constitucionales:* Quiere decir lo anterior que los jueces en cualquier tipo de casos, pueden

aplicar las normas constitucionales en forma directa, y justamente para resolver las tutelas u otras acciones donde estén involucradas personas homosexuales y se debatan circunstancias relacionadas con esa orientación sexual, los jueces han acudido a la propia Norma Constitucional para tomar la decisión. Comoquiera que normas de rango inferior no se expresan sobre estos asuntos, los operadores jurídicos interpretan directamente las normas constitucionales, para realizar el otorgamiento de derechos, en ese orden no han acudido a leyes ordinarias o estatutarias, sino directamente a la Carta Política, pues incluso esas leyes pueden por el contrario, desconocer la igualdad para los homosexuales o parejas del mismo sexo.

**Sexto factor.** *Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución:* Este factor expuesto por Guastini, hace referencia a que de la variedad o pluralidad de interpretaciones posibles que tenga el contenido de una ley, el juez solo debe atenerse a la que se ajuste a la Constitución y descartar aquellas interpretaciones que vayan en contravía de esta. Así pues, este factor ha jugado un papel preponderante dentro del proceso de inclusión de la comunidad LGBT, toda vez, que el juez constitucional en muchas ocasiones al resolver un tema propio de esta comunidad, se ha enfrentado a la encrucijada de las múltiples interpretaciones acerca de una ley. Y para tomar su decisión se ha orientado por la decisión más acorde con el alcance hermenéutico de la Constitución. En realidad esta circunstancia unas veces ha favorecido a este colectivo y otras simplemente ha

servido como óbice para el reconocimiento de ciertos derechos reclamados. En el primer caso, ha sido favorable porque la Corte Constitucional ha interpretado la Carta en dirección al otorgamiento de un derecho, como en la Sentencia C-075 de 2007, en la que realizando modulación del fallo, sustentó que la Ley 54 de 1990 debía interpretarse bajo el entendido que las parejas del mismo sexo pueden conformar unión marital de hecho y por tanto sociedad patrimonial, acogiéndose a la interpretación de igualdad material consagrada en la Constitución. Por otro lado, el análisis hermenéutico de la Corte algunas veces ha sido restrictivo, por ejemplo, en los casos en que se ha pedido que se entienda que la “familia” también pueda conformarse por parejas del mismo sexo, para así, extender otra amplia gama de derechos, pero el alto Tribunal Constitucional ha defendido la tesis de que la familia es heterosexual y monogámica porque en ese sentido se interpreta lo establecido en el Artículo 42 superior. Entonces, esta última interpretación acogida por la Corte, no ha sido favorable para los intereses de la minoría sexual que se viene tratando. A la postre, el mayor número de interpretaciones que se desprenden de los pronunciamientos de la Corte están orientados al reconocimiento de derechos, solo la naturaleza del concepto de “familia” en realidad ha sido la piedra en el zapato para esta comunidad, pues es la razón para no extender derechos como la adopción, el matrimonio, entre otros.

**Séptimo factor.** *Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso político:* Una de las formas en que se ma-

nifiesta este factor, es que los actores políticos muestran cierta tendencia a apelar directamente a las normas constitucionales para argumentar y defender sus opiniones políticas. Respecto de esto cabe hacer la siguiente precisión. En las sociedades modernas y en los renovados modelos del Estado, los actores de intervención, no son los mismos que existían tradicionalmente, como es el caso de los partidos políticos. Ahora podemos encontrar grupos que se organizan para una pluralidad de fines y mantienen cierta identidad, estatus social, político, además de visibilidad. Más bien, los partidos políticos, han perdido legitimidad frente a la sociedad. Así entonces algunos actores políticos que son parte del Congreso de la República y organizaciones defensoras de la colectividad LGBT –como nuevos actores de intervención–, en sus debates políticos para luchar por la integración e inclusión social y política, permanentemente acuden a los contenidos constitucionales para promover y gestionar sus derechos. La misma Norma de Normas es su bandera de batalla para la conquista de sus intereses.

De esta manera hemos relacionado los siete factores de constitucionalización del derecho expuestos por Guastini (2006) con diferentes vicisitudes que se han presentado en el proceso de reconocimiento de derechos de las personas con diversa opción sexual. A partir de estas relaciones, se pretende –como se ha mencionado en ocasiones anteriores– demostrar que estos reconocimientos jurídicos son un ejemplo indiscutible de constitucionalización.

Ahora, a través de este artículo, con la mo-

destia debida, y sin entrar a controvertir, reformular o redefinir los factores guastinianos mencionados, se quiere agregar un factor adicional que a nuestro juicio constituye fundamento fáctico de constitucionalización y que podría ser complemento de los anteriores. Esta proposición de nuevo presupuesto para el esquema constitucionalista la podemos sintetizar de la manera siguiente.

**Proposición de factor.** *Una proliferación de acciones constitucionales de amparo frente a acciones ordinarias para la reclamación de derechos y el uso de aquellas acciones como mecanismo judicial previo antes de la instauración del mecanismo judicial ordinario idóneo:* Se considera que la sobreutilización de las acciones de amparo –tutela para el caso colombiano– previstas en la Norma Constitucional, en forma preferente y previa a las acciones ordinarias es una muestra de constitucionalización, pues los argumentos utilizados en este tipo de acciones son interpretaciones de contenidos constitucionales. En otros términos, se ha pasado de una litigación meramente legalista o una litigación constitucionalista, teniendo en consideración que se toman en primer término las normas de la Carta para sustentar los argumentos de una “litis”. Incluso es práctica recurrente en algunos abogados, instaurar inicialmente esta acción buscando cierta probabilidad de triunfo, conociendo que la tutela no es la acción pertinente o idónea frente al caso planteado. Así, puede decirse que existe cierto auge litigioso en el terreno de la Constitución, sin acudir inclusive, en algunos casos, a otro tipo de normas de inferior rango. En el caso de las reclamaciones de derechos de personas

homosexuales, es ostensiblemente apreciable que la tutela –en forma *inter partes*– y la acción pública de inconstitucionalidad –para efectos *erga omnes*– son acciones de preferente uso para buscar el amparo de sus intereses.

## CONCLUSIONES

Las reflexiones esbozadas en el presente artículo no se concentraron en conceptualizar, analizar, interpretar o establecer el alcance de los reconocimientos jurídicos de las personas con diversa orientación sexual a luz del marco jurisprudencial constituido en la materia, sino de confrontar tales reconocimientos con los factores de constitucionalización del derecho expuestos por Guastini, para sustentar que el proceso de inclusión de esta minoría se subsume dentro de esos factores.

Finalmente, se señala que el proceso de reconocimiento de grupos tradicionalmente discriminados, y en especial el de las personas LGBT, debe trascender el aspecto meramente formalista o de regulación legal, y considerar otras dimensiones básicas y definitorias en ese proceso. Debe partirse del fundamento esencial y de la base del “endorreconocimiento” que procure generar una conciencia clara de propia aceptación y de construcción de convicciones de identidad cimentadas en el autorreconocimiento. A través de esta investigación se advierten debilidades apreciables de esa naturaleza, de hecho, ronda en el imaginario de ciertos segmentos de la población estudiada, la incertidumbre sobre la validez, moralidad o religiosidad de la condición que ostentan. Los activistas de cúpula de grupo, pueden tener recia convicción sobre sus causas,

pero un primer paso para cualquier proceso de reconocimiento, requiere una visión en conjunto, al menos generalizada de la validez, justicia y virtuosidad de los propósitos.

Dado el anterior presupuesto, la gestión del reconocimiento jurídico, encuentra mayor legitimidad y la atención permanente por parte de gran proporción de la comunidad beneficiaria. Es un paso técnico que sí corresponde a los activistas avezados, para procurar determinadas conquistas legales, con las acciones y procedimientos definidos para el asunto.

La última dimensión en ese proceso de reconocimiento y quizás la más ardua sería promover una cultura de aceptación y de respeto a la diferencia, que rompa con paradigmas y concepciones premodernas de la complejidad humana. Pues, “el arraigado modelo cultural de discriminar y excluir a quienes no se ajustan a los patrones sociales de etnia, raza, religión y orientación sexual (blanco, católico, heterosexual, hombre), se traduce para las personas LGBT en una situación de profunda inequidad, que genera consecuencias graves en su autovaloración, en su posición frente a la sociedad y sobre todo en el quebrantamiento de su proyecto de vida” (Colombia Diversa, 2006).

## REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2008). *Sobre derecho y argumentación*. Mallorca, España: Lleonar Muntaner .
- Colombia Diversa (2006). *Legislación y derechos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia. Voces Excluidas*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-295 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-274 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-798 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-029 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Guastini, R. (2006). *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Turín: Giappichelli Editore.
- Landau, D. (2010). *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*. En la Revista *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, No. 2.
- Mejía y Almanza (2010). *Conquistas legales no traducen ipso facto conquistas sociales. Especial referencia a los reconocimientos jurídicos de la comunidad LGBT*. Barranquilla: Revista *Justicia Iuris* Vol. 6. Num. 14 de la Universidad Autónoma del Caribe (en prensa).