

EL DERECHO A LA LIBRE OPCIÓN SEXUAL*

MARÍA ALEJANDRA DE LOS RÍOS RUEDA
FAHID NAME GÓMEZ
LINA MARGARITA RAMÍREZ TORRES
MARÍA JOSÉ TORRES HERNÁNDEZ
MÓNICA MARÍA URREA FRANCO**

RESUMEN

El presente artículo realiza una aproximación jurídica y sociojurídica a una narrativa social que se abre camino en busca de legitimidad en la sociedad colombiana: el homosexualismo. La figura jurídica que mejor ayuda a garantizar los derechos de los homosexuales es el derecho a la libre opción sexual, estudiando así el desarrollo jurisprudencial de la figura y los intentos para incluir algunos derechos en el ordenamiento. Por eso se hizo necesario estudiar los obstáculos que se han presentado debido a las arraigadas costumbres religiosas y conservadoras de la sociedad colombiana, que hacen difícil el pensamiento moderno. Las sentencias de la Corte Constitucional ayudan a dilucidar mejor el tema debido a que en ocasiones se garantizan derechos a personas homosexuales consideradas en su singularidad; mientras que el moralismo impera a la hora de otorgar derechos a parejas o a la comunidad homosexual como tal. También se expondrá la necesidad que tiene la sociedad de incluir a aquellos que no están dentro del ordenamiento jurídico; de tal forma que la aplicación de los principios constitucionales, entre otros el Estado social de derecho, sean aplicados de acuerdo a lo establecido por la Carta, sin olvidar los derechos a la no discriminación y la igualdad.

*Fecha de recepción: 26 de marzo de 2007
Fecha de aceptación: 11 de julio de 2007*

* El presente artículo es el producto de la investigación realizada en la clase de Filosofía del Derecho (cuarto semestre).

** Estudiantes de séptimo semestre Pontificia Universidad Javeriana.

Palabras clave: homosexualidad, garantía de derechos, libre opción sexual, estudios legales críticos.

THE RIGHT TO FREE SEXUAL CHOICE

ABSTRACT

The following article makes a legal and a socio-legal approximation to a social item that starts its way to find legitimacy in the Colombian society: homosexuality. The most appropriate legal figure to apply as a guaranty of the homosexual rights is the right for free sexual choice, analyzing the jurisprudence development of the figure and the fight to include some of the rights in the system. Therefore it was necessary to study the obstacles that have been present because of the deep religious and conservative habits in Colombian society, which makes difficult for modern thoughts to enter. The Constitutional Court sentences help to have a better understanding of the subject because they show us that some times the magistrates chose to be a guarantor of the rights to homosexuals as an individual, but when it is about a minority as a social group (homosexuals or same sex couples) the sentences are full of a moral load. We will also try to show society's need to include those who are not in the legal system; this way the application of constitutional principles, above them the welfare state, will be applied as it is established in the Constitution, considering the rights to no discrimination and equality.

Key words: homosexuality, rights guaranty, free sexual choice, critical legal studies.

INTRODUCCIÓN

La modernidad¹ ha implicado que la sociedad cambie su forma de pensar. El que se presenten cambios en una sociedad moderna o posmoderna puede resultar paradójico

1 Se hace necesario aclarar que el término modernidad se emplea para explicar la situación de ruptura con el pensamiento anterior. Entonces, partiendo de la modernidad se adquiere una nueva visión sobre el hombre.

por cuanto la esencia misma de la modernidad implica el factor cambiante de la sociedad, en el caso de la sociedad actual, dichos cambios han tomado años². Haciendo referencia a la sociedad colombiana, es posible decir que ésta se caracteriza por ser una sociedad conservadora, lo cual se evidencia en las diferentes costumbres religiosas, sociales, culturales, entre otras que han predominado en el desarrollo de la vida de los individuos. No obstante el tradicionalismo que impera en el pensamiento de la gran mayoría de colombianos, los procesos de evolución en todos los aspectos no han sido ajenos a la realidad nacional. El problema que se desarrollará a continuación es un perfecto ejemplo del cambio que han experimentado no sólo los individuos sino también las instituciones colombianas.

Colombia se ha consolidado bajo los preceptos de un Estado social de derecho³. Partiendo de este postulado lo que se entiende es que la igualdad de derechos está garantizada en el texto constitucional, de tal forma que se presenta como un imposible la negación de éstos. Asimismo, la libertad y la igualdad ante la ley⁴ son consideradas como derechos fundamentales que todo ciudadano posee. Pese a lo anterior, los preceptos básicos del Estado social de derecho, así como la garantía de derechos fundamentales, tales como los consagrados en el art. 13 de la Carta Política, se ven violados cuando se trata de parejas homosexuales⁵. Dicha violación a los derechos de igualdad y a los preceptos básicos del Estado social de derecho, se evidencia en la desprotección de los derechos económicos y sociales los cuales son básicos para el desarrollo de los individuos en la sociedad. Así, los grupos homosexuales se ven sometidos, no sólo a la exclusión social sino también a la exclusión legal por cuanto el marco jurídico colombiano, presenta vacíos que hacen imposible la efectividad de las normas constitucionales.

Tras haber planteado la situación que se va a analizar es necesario establecer las narrativas desde las cuales se va a estudiar el cambio de pensamiento en la sociedad colombiana, en cuanto a los derechos que deben ser otorgados a las parejas

-
- 2 Cfr. NASCIMENTO, A., Una genealogía de la posmodernidad en el contexto latinoamericano, [en línea], disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/pensar/dissens15.html>, recuperado: mayo 08 de 2006, 15:30.
 - 3 “Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.
 - 4 “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.
 - 5 La palabra deriva del griego *homoios*, que se utilizaba para expresar igualdad o semejanza. De esta forma en la actualidad se considera homosexual a aquella persona que tenga afinidad sexual por personas de su mismo sexo.

homosexuales. Dichas narrativas pueden ser ubicadas en cinco grupos. Se empezará haciendo un análisis de los proyectos de ley que han hecho tránsito por el Congreso colombiano con énfasis en el actual proyecto de ley 130 de 2005; de igual forma se estudiará la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional en lo referente a temas de asignación y reconocimiento de derechos a parejas homosexuales. Después de hacer el análisis de las instituciones jurídicas colombianas que se ven envueltas en el tema, se hará un estudio de derecho comparado con países de Europa y América Latina, que tengan legislaciones similares a la de Colombia. Posteriormente se hará un estudio de la narrativa religiosa, la cual es de suma importancia, debido a la tradición católica colombiana, en la que dicha narrativa ha tenido gran influencia en el desarrollo de las estructuras sociales. Así, se pasará a hacer un análisis económico del derecho⁶, en donde se estudiarán los factores económicos que influyen en la toma de decisiones en cuanto a las garantías para los derechos de parejas homosexuales. Por último se mostrará desde una perspectiva de las teorías críticas del derecho, la situación de cambio en la sociedad moderna en cuanto a las consideraciones que se tienen sobre las parejas homosexuales y la influencia que han tenido grupos como *Critical Legal Studies* y *Law and Society*, teniendo en cuenta que éstos muestran los estudios culturales del derecho.

1. PROYECTOS DE LEY

1.1. Proyecto de ley 043 de 2002⁷

Es posible afirmar que este proyecto, presentando por la senadora PIEDAD CÓRDOBA en el 2002, fue el primer intento legislativo que buscó dar mayor cabida a los derechos de parejas homosexuales. Para la senadora CÓRDOBA el

“proyecto de ley pretende, por tanto, darle reconocimiento jurídico a un hecho social insoslayable, como es la existencia cada vez más significativa de uniones afectivas entre personas del mismo sexo, siguiendo y encauzando la realidad, no oponiéndonos de manera insensata a ella; incorporando y no excluyendo sus diferentes manifestaciones;

6 Aplicación de categorías e instrumentos de la teoría económica, en la evolución de la formación, estructura y consecuencias económicas de la ley y de las instituciones jurídicas.

7 “Artículo 1. Reconocimiento. El Estado reconoce y protege las uniones de parejas del mismo sexo. Artículo 2. Conformación. Son uniones de parejas del mismo sexo las relaciones libres y estables entre dos personas mayores de edad, fundadas en los sentimientos de amor, sexualidad, solidaridad y ayuda mutua, que conviven o han registrado su relación ante autoridad competente, siempre que ninguna de ellas tenga vínculo conyugal, unión marital de hecho o unión de pareja del mismo sexo vigente con otra persona”.

ampliando y no cerrando el espectro de la ciudadanía; desactivando la génesis de conflictos sociales futuros previsibles, y legitimando la acción del Estado y la construcción de nación”⁸.

Dicha afirmación, evidencia la necesidad de encontrar rangos de igualdad y respeto de derechos en relación a las parejas homosexuales. El proyecto fue presentado con el afán de soslayar problemas, que por el desarrollo que la sociedad experimenta se van a presentar debido a la falta de tolerancia entre los individuos, por lo que se consideró necesario que existiera un régimen legal de tal forma que se garanticen derechos que le son inherentes al ser. No obstante lo anterior, el proyecto no dejó de ser proyecto y la protección que se buscaba quedó planteada como una inquietud que la sociedad debe resolver.

1.2. Proyecto de ley 113 de 2004⁹

Tras el fracaso del proyecto del año 2002, se presentó el proyecto de ley 113 de 2004, de nuevo por la senadora PIEDAD CÓRDOBA, en donde se contemplaba el reconocimiento de la unión de parejas del mismo sexo, los parámetros para la conformación de dichas uniones, requerimientos para el registro, prohibiciones para el establecimiento de las uniones de parejas del mismo sexo, también contemplaba un régimen patrimonial especial, la liquidación del patrimonio y las causales de disolución de la unión. Por lo anterior se puede afirmar que el proyecto de ley que se analiza buscaba que se progresara en el reconocimiento de las uniones de parejas homosexuales, de tal forma que fueran consideradas como instituciones legítimas a las cuales se les otorgue protección de derechos constitucionales.

Siendo éste el segundo proyecto de ley presentado al Congreso, sectores de la comunidad homosexual en Colombia lo consideraron como una iniciativa significativa en el reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo. No obstante lo

8 Colombia diversa, [en línea], disponible en: www.colombiadiversa.org recuperado: 1° de mayo de 2006.

9 “Artículo 2. Conformación. Son uniones de parejas del mismo sexo las relaciones libres y estables entre dos personas mayores de edad que hacen comunidad de vida permanente y singular, por lo menos durante dos años, siempre que ninguna de ellas tenga vínculo conyugal, unión marital de hecho o unión de pareja del mismo sexo vigente con otra persona. El período mínimo de convivencia se probará por cualquiera de los medio civiles.

Artículo 5. Régimen patrimonial especial. Quienes siendo pareja del mismo sexo decidan unir sus patrimonios, deberán otorgar escritura pública de constitución del régimen patrimonial especial.

El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros. (...)”.

anterior, el proyecto generó división en la comunidad homosexual, además de tener que enfrentar sectores de oposición en el Congreso, la Iglesia y la sociedad civil. En este proyecto se evidencia que hay una necesidad primordial en la comunidad homosexual del país. Por encima de buscar que se acepten los matrimonios y las adopciones de parejas homosexuales, el proyecto buscaba establecer un régimen patrimonial creando derechos y obligaciones económicas entre las parejas.

Un factor que se considera como relevante en la no aprobación del proyecto es que la composición del Congreso ante el cual se presentó dicho proyecto era la misma ante la cual se presentó el anterior proyecto. Luego las posibilidades de aprobación eran pocas, debido a que el cambio en las creencias de la sociedad, al que se hizo referencia al principio del documento, no se estaba dando uniformemente y tampoco se presentaba ni el activismo social, ni el *lobby* con que cuenta el actual proyecto de ley. Como es evidente, el proyecto al que se está haciendo referencia no logró su cometido y una vez más el derecho a la igualdad y la garantía de los derechos económicos para parejas homosexuales, se muestran como un planteamiento que parece necesario desarrollar en la sociedad pero para el que aún no era tiempo.

1.3. Proyecto de ley 130 de 2005¹⁰

Luego de los intentos fallidos de 2002 y 2004, el senador Álvaro Araújo presenta un nuevo proyecto en el 2005, el cual busca que en materia de seguridad social y régimen patrimonial, a las parejas homosexuales se les dé igual trato jurídico que a las parejas heterosexuales. Dicho proyecto se basa en la garantía de universalidad consagrada en la Ley 100 de 1993, la cual propende por la protección de todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. Ahora bien, en la discusión de dicho proyecto se han invocado diversos preceptos constitucionales. Al respecto, se hace referencia, especialmente, a los artículos 1, 13 y 16 de la Constitución Política.

Como se estableció en la introducción, el Estado social de derecho no cumple con los mínimos básicos que debería garantizar a la totalidad de los ciudadanos, de igual forma se violan, no sólo el igual trato, sino también el libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior se puede afirmar en primera medida porque, al no permitir la unión de parejas homosexuales se viola el libre desarrollo de la personalidad ya

10 “Artículo 1. Las parejas conformadas por personas del mismo sexo podrán acceder a la seguridad social y podrán conformar sociedades patrimoniales, con los mismos requisitos y condiciones previstos en las disposiciones vigentes para los compañeros permanentes”.

que se establece una prohibición que va directamente relacionada con el accionar de cada persona, no se puede imponer un comportamiento si el que está realizando no afecta a nadie, lo anterior permite afirmar que el derecho de uno va a hasta donde llegan los derechos del otro. En lo referente a la violación al derecho a la igualdad, es posible decir que al dejar de reconocer derechos debido a un hecho fáctico como es el ser homosexual, se viola dicho derecho que se evidencia que en el momento en que se deja de actuar, o mejor aun, el momento en el que no se actúa de determinada forma, los derechos son reconocidos, luego el ser homosexual hace que se nieguen derechos y el no serlo permite el reconocimiento de éstos.

Cuando una sociedad empieza a desarrollar un proceso de aceptación de derechos en un marco de igualdad de los mismos, los cambios que se presentan deben ser proporcionales a la estructura del Estado social de derecho, entonces deben buscar la garantía de los mínimos básicos y el bienestar de todos. Ahora bien, el proyecto de ley al que nos referimos contiene dos importantes medidas en materia de protección social, en donde se busca la conformación de sociedades patrimoniales, con las mismas condiciones y requisitos previstos en las disposiciones vigentes para los compañeros permanentes y en segundo lugar, se autoriza el acceso de estas parejas al Sistema de Seguridad Social en las mismas condiciones establecidas para los compañeros permanentes¹¹. De igual forma se asevera que el concepto de familia no está implícito en la garantía de los derechos que se claman, y por tanto no presenta una vinculación absoluta o excluyente con dicho concepto, por lo cual no se puede alegar que la falta de conformación de una familia sea impedimento para el perfecto desarrollo de los derechos negados.

Tras haber mencionado los proyectos de ley que hacen referencia a las parejas homosexuales y que a nuestro parecer son los más relevantes en cuanto al reconocimiento e integración de dichos derechos con relación al marco jurídico y social de Colombia, es posible afirmar que tras varios intentos fallidos, este último es el que más se acerca a la aprobación por parte del Congreso, no sólo por el cambio ideológico que se presenta sino también por razones políticas, debido a que los intereses de una minoría¹² buscan ser representados, para que así se creen relaciones recíprocas de aceptación. Tanto es así, que ya tuvo su primera votación favorable en la Cámara de Representantes. El *lobby* del proyecto de ley tuvo un gran apoyo por parte del Presidente de la República, sin embargo se han dado numerosos debates debido a las posiciones conservadoras de algunos congresistas. No obstante lo anterior, el proyecto que había generado una serie de expectativas en la comunidad LGBT, así como en la sociedad en general; no llegó a convertirse

11 Colombia diversa [en línea], disponible en: www.colombiadiversa.org recuperado 11 de mayo de 2006.

12 En este caso, los homosexuales.

en ley. Lo anterior, debido a la fuerte oposición de partidos cristianos así como de algunos conservadores. Sin embargo, los defensores de los derechos de homosexuales no se hicieron esperar y la senadora PIEDAD CÓRDOBA ya radicó un nuevo proyecto de ley en el Congreso. El articulado presentado busca responder:

“a la necesidad de reconocer a las parejas del mismo sexo como sujetos de derechos, que deben contar con las mismas garantías propuestas para las parejas heterosexuales”¹³.

Por otro lado, la senadora GINA PARODY presentó un proyecto de ley sobre antidiscriminación. Se considera importante hacer mención a dicho proyecto por cuanto con el proyecto se busca sancionar conductas discriminatorias que demuestren acciones de:

“distinción, exclusión, restricción o preferencia que se realice por motivos de sexo, raza, origen nacional, familiar o social, lengua, religión, opinión política y filosófica, incluida la afiliación a un partido o movimiento político, posición económica, edad, *orientación sexual, identidad de género*, estado civil, estado de salud, discapacidad, aspecto físico o cualquier otra condición social, que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas”¹⁴.

Con estos dos proyectos de ley se espera poder garantizar derechos económicos y patrimoniales, así como también dar garantías a los derechos humanos de las parejas homosexuales; sin embargo, será necesario esperar a los debates del Congreso.

2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En lo que respecta a las decisiones de la Corte Constitucional en demandas de tutela y constitucionalidad, se puede hacer un estudio más o menos amplio, ya que hay variedad de jurisprudencia emitida a ese respecto. Es necesario aclarar que las sentencias que van a ser objeto de exposición son aquellas que se ha considerado, que por su *ratio decidendi* se desarrollan como elementos relevantes para el mejor entendimiento de la problemática planteada. Por lo anterior se han seleccionado sentencias que permiten observar la posición moralista y conservadora de la Corte, así como aquella que deja ver a una Corte garantista. Lo anterior puede ser afirmado por cuanto las decisiones tomadas por los magistrados de la Corte, son principalmente decisiones políticas,

13 http://colombiadiversa.org/mod.php?mod=userpage&menu=9&page_id=1151 recuperado 15 de agosto de 2007.

14 *Ibidem*, bastardilla fuera de texto.

“es decir decisiones que están fundamentadas en la visión que éstos tienen sobre cómo debe ser la sociedad y sobre la forma correcta para alcanzar ese ideal”¹⁵.

Entonces, las decisiones dependerán, no sólo de las normas emitidas en derecho, sino también de la forma en que son interpretadas y del intérprete de las mismas.

La Corte muestra la posición garantista cuando de proteger derechos personales se trata; así en sentencias C-481 de 1998 (MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO) y C-507 de 1999 (MP VLADIMIRO NARANJO MESA), la Corte protege el libre desarrollo de la personalidad y muestra como argumentos el hecho de considerar a la homosexualidad¹⁶ como un elemento necesario para lograr la formación y comprensión del pluralismo y la tolerancia. En estas sentencias la Corte deja ver que acoge una tesis en la que respeta la orientación sexual y considera al homosexualismo como:

“una orientación sexual legítima y por tanto goza de un especial protección del Estado en virtud de principios tales como el de la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad”.

En la sentencia que se estudia la Corte declara la inexecutable de la expresión *homosexual* por considerarla violatoria del derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como generadora de situaciones de discriminación. De igual forma en sentencia T-725 de 2004 (MP RODRIGO ESCOBAR GIL), la Corte garantiza derechos para los homosexuales pero no en calidad de pareja sino en calidad de individuo. Lo anterior evidencia el carácter garantista en cuanto a la situación de concesión de derechos para una persona se trata, no obstante esto, la Corte en la sentencia que se menciona hace un reconocimiento al hecho de no poder considerar como familia una unión homosexual y si los derechos se reclaman alegando que se ha conformado una familia, no se pueden garantizar.

No obstante la posición anterior, en donde la Corte se muestra garantista de los derechos de la persona, cuando en tratándose de dar derechos más amplios, la opinión cambia. Así, las sentencias de demandas que buscan el cambio de legislación¹⁷, tienden a que la Corte muestre la posición moralista y conservadora de la que se habló anteriormente. Dicha posición se evidencia por cuanto la Corte

15 LEMAITRE, JULIETA, *Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso*, “Hacia un nuevo derecho constitucional”, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2005.

16 Las sentencias mencionadas tratan el tema de docentes homosexuales.

17 Cuando se busca cambio de legislación, normalmente se quiere que se den más derechos a las parejas de homosexuales, en los casos tratados por las sentencias se busca darle mayor amplitud al tema de las uniones maritales de hecho, así como al término familia.

niega derechos que de ser concedidos generarían reacción en grupos moralistas y religiosos, y también cambiarían el desarrollo de la vida en sociedad, trayendo nuevas narrativas que harían necesaria una conciencia fundada en la tolerancia y respeto a los derechos de los otros, sin importar cual sea su orientación sexual. De esta forma las sentencias C-098 de 1996 (MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ), C-814 de 2001 (MP MARCO GERARDO MONROY CABRA), SU-623 de 2001 (MP RODRIGO ESCOBAR GIL) y T-1426 de 2000 (MP ÁLVARO TAFUR GALVIS) muestran que la Corte, aunque mantiene la posición de aceptar el homosexualismo como una orientación sexual, no garantiza derechos relacionados a las uniones maritales de hecho o que vinculen a la familia. Entonces, se muestra un desnivel por cuanto la igualdad no se ve representada por el sólo hecho de garantizar derechos mínimos, sino que también sería racional que se otorgara la protección de derechos económicos y sociales, para así poder proporcionar calidad de vida.

Sin embargo, el último pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional¹⁸ deja ver una posición eminentemente garantista; al igualar a las uniones de parejas del mismo sexo con uniones maritales de hecho. Aunque muchos han dicho, que los derechos otorgados a parejas del mismo sexo en esta sentencia son más que los otorgados a las uniones maritales de hecho; debido a que estas últimas no cuentan con derechos herenciales. Por último se debe mencionar que el magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA dejó claro, en su aclaración de voto, que se debe avanzar en materia de garantía de derechos para las parejas homosexuales y que, no obstante, la nueva posición de la Corte de garantizar derechos en lo económico; se debe avanzar hasta llegar a una igualdad total con las parejas heterosexuales.

Lo anterior evidencia cuan ambigua puede llegar a ser la Corte Constitucional a la hora de decidir sobre materias relacionadas a la libre opción sexual, en las cuales se busque la garantía de derechos colectivos o individuales; dependiendo del caso. Lo anterior permite indicar que la Corte es progresista o conservadora. Es garantista en la medida en que acepta los reclamos de los homosexuales y los trata como iguales a los heterosexuales en lo que se refiere a los derechos.

3. LIBRE OPCIÓN SEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO

Una vez analizado el caso concreto en Colombia, cabe examinar, desde el punto de vista de la narrativa del derecho comparado, el tratamiento y los cambios que han llevado a cabo varias naciones tanto europeas como latinoamericanas, como es el caso de España y Argentina, en cuanto al tema de la libre opción sexual y el régimen patrimonial.

18 Sentencia C-075 de 2007 MP RODRIGO ESCOBAR GIL.

En el caso español se ha legalizado la homosexualidad siguiendo las recomendaciones del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. Así pues, en España, la homosexualidad fue ilegal durante el régimen de FRANCISCO FRANCO (1936-1975), y se legalizó con la democracia, aunque socialmente siguió estando estigmatizada¹⁹. El Parlamento español aprobó el 30 de junio de 2005 la Ley 13 de 2005 que reforma el Código Civil de manera tal, que las parejas del mismo sexo pueden acceder al matrimonio en los mismos términos que una pareja hombre-mujer. Con esta modificación se permite obtener todos los derechos y deberes que otorga el matrimonio. Incluyéndose también la posibilidad de la adopción por ambos miembros de la pareja, opción no permitida hasta ese momento a nivel estatal para parejas del mismo sexo²⁰.

La Ley 13 de 2005, en referencia al tema de la libre opción sexual y el régimen patrimonial entre las personas del mismo sexo, manifiesta que, fundamentándose en que la relación y la convivencia de pareja constituyen un cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, el cual conforma uno de los fundamentos del orden político y la paz social conforme a la Constitución; dicha garantía constitucional no podría ser desconocida por el legislador, por lo que tampoco podría desconocerse la institución del matrimonio con todas sus implicaciones legales, además de su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución.

El Código Civil español, contaba con una tradición jurídica que había configurado al matrimonio como una institución, al igual que como una relación jurídica que tan sólo podía establecerse entre personas de distinto sexo, como tradicionalmente se había centrado el reconocimiento de la institución por parte del derecho civil como del canónico²¹.

Así, los códigos españoles de los dos últimos siglos, habían reflejando la mentalidad dominante, que no precisaba prohibir y ni siquiera mencionar al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial.

Sin embargo la situación social ha cambiado, la sociedad ha evolucionado y con ello ha conformado y reconocido los diferentes modelos de convivencia, por lo que el legislador no puede ignorar este hecho, y de conformidad con éste debe actuar según los valores actuales de la sociedad a la que pretende regular, con el objetivo

19 <http://es.wikipedia.org/wiki/Portada>. Artículo sobre la situación legal en el mundo de los homosexuales, recuperado: 10 de mayo de 2006.

20 Ibidem.

21 Procuraduría León. Noticias. Artículo de actualidad jurídica. Publicado el 2 de julio de 2005.

de que la relación entre el derecho y la sociedad a la que se aplica, no se quebrante. El legislador español ha debido tener en cuenta que la realidad española actual es mucho más rica, dinámica y plural que la sociedad de 1889, fecha en la que se expidió el Código Civil. Así, hoy en día se ve una clara aceptación a la convivencia de las parejas del mismo sexo, porque se tiene conciencia de que esa aceptación constituye un medio mediante el cual se permite el desarrollo de la personalidad de un cierto grupo de individuos los cuales buscan convivir como pareja, además de representar entre ellos, un apoyo económico y emocional.

Ese proceso de cambio y reestructuración dentro del derecho y del Código Civil español no ha sido un asunto fácil, ni un caso aislado de la situación mundial. Como se mencionó anteriormente dicha percepción frente a la situación del reconocimiento a la libre opción sexual y los derechos de los homosexuales, ha sido influenciada por la resolución del Parlamento Europeo, con fecha de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea,

“que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio”.

La ley busca acabar con la larga trayectoria de discriminación basada en la orientación o tendencia sexual, fundamentándose en un marco de realización personal que permite a aquellos que libremente adoptan una opción sexual, desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad²².

En cuanto a lo referente al régimen patrimonial, la ley modifica el artículo 1323 del Código Civil, el cual queda redactado en los siguientes términos:

“Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

El artículo 1344 queda redactado en los siguientes términos:

“Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla”.

Por último, el artículo 1361 queda redactado en los siguientes términos:

22 Ley 13 de 2005, Valencia, 1º de julio de 2005. Rey JUAN CARLOS R. y el presidente del gobierno, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO.

“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que Colombia es una nación similar a España, en donde la tradición jurídica y Código Civil poseen o comparten una misma procedencia, la del Código de Napoleón, es preciso decir que el legislador colombiano debería tener en cuenta todos los aspectos analizados por los ibéricos, para realizar finalmente el cambio que tanto se merecen los homosexuales en nuestra sociedad, quienes sólo piden que se hagan valer sus derechos y sobre todo su libre opción sexual. Sin embargo el proceso es lento, esto debido a la situación cultural y social colombiana, que como se ha dicho reiteradamente es bastante arraigada a sus creencias católicas y moralistas; lo cual hace difícil cambiar la opinión de unos cuantos.

Igualmente en Argentina fue expedida la Ley 1004 de unión civil, sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 12 de diciembre de 2002. Según la ley, la unión civil debe ser entendida como:

“la unión conformada libremente por dos personas, con independencia de su sexo u orientación sexual”²³.

Los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges, en materia de derechos y obligaciones²⁴. Es necesario recalcar que ésta es la primera ley que en Latinoamérica legaliza las uniones entre personas del mismo género. Hay que tener en cuenta que el proyecto de ley fue presentado por la comunidad homosexual argentina (CHA), principal grupo pro derechos civiles y humanos gays del país, a la legislatura de este. Por lo que se puede hacer una similitud importante frente al caso colombiano, en donde actualmente el proyecto de ley 130 de 2005 ha sido promovido por el movimiento *Colombia diversa* con un muy buen *lobby* político.

En Argentina, la CHA presentó en el Congreso un proyecto de unión civil en el orden nacional, dirigido por la camarista federal GRACIELA MEDINA, el proyecto busca permitir la unión legal de parejas de cualquier sexo, para que se les otorgue derechos sociales, patrimoniales y de herencia, entre otros. Como consecuencia de que el proyecto pase a convertirse en ley, la unión civil a nivel nacional modificaría el Código Penal, el Procesal y sobre todo el Civil, en los capítulos que hablan de la herencia, el nombre, el estado civil y el derecho a adoptar²⁵. Los puntos importantes

23 Ley 1004 de 2002. Artículo 1. República de Argentina.

24 Ley 1004 de 2002. Artículo 4. República de Argentina.

25 <http://www.convencion.org.uy> Artículo: La CHA presenta hoy en el congreso un proyecto de unión civil en el orden nacional por MARTA DILLON, recuperado: 10 de mayo de 2006.

del proyecto incluyen, la idea que la unión civil es un compromiso entre dos personas mayores de edad y capaces que han expresado su consentimiento ante autoridad competente; dichos miembros tendrán obligaciones de mutua asistencia, respeto, solidaridad y alimentos, se les otorgaran derechos en cuanto a jubilaciones y pensiones; y hay posibilidad para adoptar. De esta manera, hay que destacar la labor jurídica que se ha llevado a cabo en Argentina, ya que era absolutamente necesaria una ley de igualdad de derechos a los que tienen una orientación homosexual, como lo manifiestan la senadora VILMA IBARRA y la diputada DIANA CONTI que se mostraron a favor del proyecto.

PABLO SLONIMSKY, abogado del Centro Simon Wiesenthal, ha manifestado que el mundo va indiscutiblemente hacia a la igualdad de derechos personales. Por lo que no hay argumentos serios para privar a una persona de estructurar su vida de la manera que le parezca. Por eso Argentina, ha abierto un debate interesante que es importante dar en otras sociedades, ya que esta es la única manera de regular una situación de hecho que existe y que como sociedad todavía no se le ha dado respuesta²⁶; como ocurre en nuestro país, en donde diferentes sectores de la sociedad se oponen a que el estado mediante el sistema jurídico le otorgue derechos a las parejas del mismo sexo, vulnerando el derecho que tienen todos los individuos a la libre opción sexual. Sin embargo, lo único que se debe esperar, es que en Colombia, la ley cambie y reconozca los derechos de estas parejas.

Por lo anterior es posible anotar que el proyecto de ley que en Colombia está en trámite, sea aprobado, para que finalmente los derechos que la Constitución les ha otorgado a todos los individuos por igual, dejen de ser vulnerados, y definitivamente las parejas del mismo sexo gocen de protección en cuanto a los derechos patrimoniales y de salud, por que ya es hora de que el derecho colombiano tome un buen ejemplo de las naciones como España o Argentina, en donde el cambio ya se ha dado y donde los resultados han sido favorables, por lo que lo único que nos queda esperar, es que el debate culmine, y sobre todo con resultados favorables para esta comunidad gay que tanto lo necesita.

4. POSICIÓN DE LA IGLESIA FRENTE AL PROYECTO DE LEY

Un tema como la homosexualidad en Colombia, y en este caso lo relativo al cambio que debe experimentar la legislación, encierra ámbitos más amplios que una temática de derecho, puesto que está estrictamente relacionado con la moral que manejan los colombianos. Algo que no se puede ignorar es que dentro de la conciencia de la

26 *Ibidem*.

mayoría de personas que conforman la sociedad colombiana, la moral está claramente atada a las concepciones de lo que es bueno y malo según los postulados católicos. Es así como para estudiar de manera completa la forma en que el tema de la legislación del homosexualismo en Colombia se ha desarrollado, es casi menester remitirse a la manera como acoge la Iglesia los intentos por otorgarle más derechos a las parejas homosexuales.

En primera instancia se debe dejar claro que la Iglesia católica está de acuerdo con todos los postulados constitucionales, por lo cual ha dicho que su posición frente a los homosexuales no tiene ningún nexo con la discriminación, pues se apoyan en el precepto constitucional en el cual prevalece la dignidad humana y la convivencia civil, para decir que todas las personas sin importar su tendencia tienen esa condición de humanos que es inherente a ellos y no por su condición de homosexuales pueden ser despojados de ella y en consecuencia no podrán ser víctimas de malos tratos; sin embargo dicha posición es contradictoria con los actos públicos de rechazo que últimamente ha tenido la Iglesia respecto de la comunidad homosexual y con ocasión del debate que se lleva a cabo en el Congreso de la República referente a la ley que le otorgaría derechos patrimoniales²⁷ a este grupo minoritario.

En palabras de PEDRO RUBIANO SÁENZ, arzobispo de Bogotá y presidente de la Conferencia Episcopal, la Iglesia considera:

“La particular inclinación de la persona homosexual no es de por sí éticamente reprochable. Es más, para la mayoría de ellas constituye “una auténtica prueba”, y por eso deben ser acogidas con absoluto respeto. El respeto y la acogida han de ser especialmente solícitos porque la condición en la que se encuentran dista de ser favorable para su realización humana y personal”²⁸.

Si bien no es un problema de discriminación o de no reconocimiento hacia los homosexuales, el problema que encuentra la Iglesia en cuanto al proyecto de ley es que intenta equiparar la pareja homosexual al matrimonio, pues aunque la Iglesia reconoce que las leyes actualmente establecidas reconocen, favorecen y protegen la unión matrimonial como base ineludible de la familia de acuerdo al artículo 42 de la Constitución Política, con base en esto encuentra irrazonable que la legislación le otorgue a las parejas del mismo sexo los mismos efectos jurídicos que a los matrimonios heterosexuales. Según su posición esto atenta contra los derechos fundamentales, tales como los derechos de las familias, de los menores y del matrimonio como institución;

27 Lo cual los asimilaría a una unión marital de hecho.

28 <http://www.elcatolicismo.com.co> Bogotá, D.C., 18 de marzo de 2003, recuperado: 26 de abril de 2006.

“Es claro que cuando las leyes no legitiman el comportamiento homosexual, lejos de tratar injustamente a nadie, responden a la norma moral y tutelan el bien común de la sociedad. Es básico dejar claro que defender la verdad sobre la familia y, por tanto, excluir el reconocimiento de toda “pareja” del mismo sexo no es una discriminación. No se pueden reconocer los mismos derechos y efectos a realidades esencialmente diferentes. Es el mismo bien común de la sociedad el que exige que las leyes reconozcan, favorezcan y protejan la unión matrimonial como base de la familia, que se vería, de este modo, perjudicada (arts. 113, 115 CC; art. 1º Ley 54/1990)”²⁹.

La Iglesia entonces se manifiesta diciendo que las reales intenciones del proyecto de ley que presentó PIEDAD CÓRDOBA el pasado 6 de agosto de 2002 son las de obtener que las parejas del mismo sexo sean partícipes de todos los efectos que la Constitución establece para las parejas heterosexuales, pues en el proyecto se pone en relevancia que las parejas del mismo sexo tendrán derecho a subsidios, alimentos mutuos y a ser protegidos contra las formas de violencia intrafamiliar. Asimismo se está violentando el elemento esencial por el que se conforma la familia en la Constitución, y siendo la familia el núcleo de la sociedad, este proyecto de ley está directamente irrumpiendo en la armonía y unidad de la familia, como elemento natural y fundamento de la convivencia social y de la paz:

“La Iglesia es consciente de que la opinión, según la cual la actividad homosexual sería equivalente, o por lo menos igualmente aceptable, a la expresión sexual del amor conyugal, tiene una incidencia directa sobre la concepción que la sociedad tiene acerca de la naturaleza y de los derechos de la familia, poniéndolos seriamente en peligro”³⁰.

Por otra parte, la Iglesia propone que no es solamente el hecho de que la ley configure una dicotomía frente a la familia como institución constitucional, sino que también considera que cobijar bajo los mismos preceptos constitucionales para parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo, no genera ninguna funcionalidad para la sociedad, porque son esencialmente estériles. Es así como el constituyente al calificar la familia como la base de la sociedad, lo hizo con el pensamiento que es de la familia necesariamente de donde emana la sociedad, pues es ella la que tiene la función de crear y expandir al ser humano. Bajo los anteriores parámetros la Iglesia no encuentra justificación válida para que las parejas del mismo sexo sean reconocidas igualmente que las parejas que sí pueden por naturaleza tener hijos y así corresponder a lo que la familia como institución tiene por función.

La Iglesia se pronuncia de esta manera:

29 *Ibidem*.

30 <http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/legislativas.html> recuperado: 30 de abril de 2006.

“Respecto a los recientes intentos legislativos de equiparar familia y uniones de parejas homosexuales (conviene tener presente que su reconocimiento jurídico es el primer paso para la equiparación), es preciso recordar a los parlamentarios su grave responsabilidad de oponerse a ellos, puesto que los legisladores, y en modo particular los parlamentarios católicos, no podrían cooperar con su voto a esta clase de legislación, que, por ir contra el bien común y la verdad del hombre, sería propiamente inicua. Por tanto, la Iglesia católica solicita a los honorables legisladores que el proyecto sea archivado, pues las razones presentadas revelan la verdadera intención del mismo, y los efectos que traerían para la persona, la institución familiar, y la sociedad”³¹.

Por último, la Iglesia se remite a un argumento menos empírico que los anteriores, para sumergirse en aquellos postulados religiosos de la creación: la fiel convicción de que Dios al crear al hombre y a la mujer con estructuras corporales diferentes en función de la reproducción, pues sería ilógico pensar en una sociedad que no tenga fuentes de reproducción, la sociedad no podría traspasar el tiempo, no habría historia, ni existencia.

La siguiente cita refleja la posición de la Iglesia:

“Finalmente, y porque está implicado en esto el bien común, no es apropiado para las autoridades eclesiásticas apoyar o permanecer neutral ante legislaciones adversas, incluso si éstas conceden excepciones a las organizaciones o instituciones de la Iglesia. La Iglesia tiene la responsabilidad de promover la moralidad pública de toda sociedad civil sobre la base de los valores morales fundamentales, y no simplemente de protegerse a sí misma de la aplicación de leyes perjudiciales”³².

5. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO NARRATIVA PARA LOS DERECHOS DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, el tema de los derechos económicos a parejas homosexuales se puede abordar desde tres puntos de vista esencialmente. En el primer punto de vista se analizarán las consecuencias que trae el no reconocimiento de derechos económicos en una relación homosexual. En segundo término se analizará el desarrollo económico que se ha venido dando en torno a la comunidad homosexual por parte de varios sectores determinados de la economía. Por último, cabe hacer referencia a la influencia política ejercida por agentes externos al gobierno la cual repercute en la eficiencia de las decisiones de éste frente al tema de los homosexuales.

31 <http://www.elcatolicismo.com.co> recuperado: 26 de abril de 2006.

32 <http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/legislativas.html> recuperado; 20 de abril de 2006.

En desarrollo del primer punto, debemos establecer la consecuencia directa del no reconocimiento de derechos económicos a las parejas homosexuales. Dicha consecuencia se ve representada en el hecho de no reconocer que las parejas homosexuales tienen derechos patrimoniales por lo que se les está negando la posibilidad para que en un futuro puedan realizar una partición de bienes, lo cual no es equitativo en la medida en que se evidencia la desigualdad que experimentan las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales.

Si se parte del hecho fáctico de que la relación homosexual tiene desde el punto de vista sentimental las mismas consecuencias de una relación entre hombre y mujer, cabría equiparar las consecuencias económicas que envuelven el rompimiento de la relación homosexual con las de parejas entre hombre y mujer, sin embargo esto no sucede, debido a las disposiciones normativas del sistema colombiano.

De esta manera encontraremos que al término de una relación entre hombre y mujer en donde se configuran como unión marital de hecho, se darán una serie de consecuencias económicas que radican en la separación de los bienes de manera equivalente y equitativa para las partes. De modo tal que cada una pueda disponer de lo que se ha conseguido conjuntamente durante el tiempo de duración de la relación, sin embargo no sucede lo mismo con los homosexuales, quienes no tienen dicha herramienta para establecer de manera equitativa lo que les corresponde lo cual los pone en una situación de desventaja.

De igual manera que en las parejas hombre–mujer, en las parejas homosexuales es común encontrar que una de las partes ejerce una función activa en la relación y la otra la pasiva, lo cual en gran parte está determinado por su capacidad económica. Sin embargo y en la búsqueda de igualdad, o de equivalencia en la relación económica, es común también encontrar que estas parejas empiezan a establecer sociedades comerciales conjuntas que al término de la relación se van a ver afectadas, o aún peor, la parte dominante en cuanto a lo económico empieza a adquirir bienes a nombre de su pareja, o a poner los propios a nombre de ella, en la mayor parte de los casos, estos bienes terminan siendo objeto de conflicto puesto que no se puede por medios legales solicitar que los bienes sean restituidos o cuando menos sean saneados en partes iguales de modo tal que una de las partes se verá afectada de manera determinante.

La mayor problemática que presenta esta situación es que no es verificable desde ningún punto de vista que los bienes hayan sido constituidos como bienes conjuntos excepto cuando, efectivamente se encuentren formas como las sociedades o la consecución de bienes en comunidad, lo cual es extraño puesto que quienes establecen la relación en la clandestinidad, raramente admiten sociedad con su pareja con la finalidad de no ser develados ante la opinión pública.

El problema anteriormente planteado establece un reto ante la aprobación de derechos económicos a las parejas homosexuales y ésta corresponde a imponerle la obligación a quienes deseen tener la posibilidad de establecer dicha comunidad económica de publicitar su relación. Sin embargo, no existe otro medio legal que permita total privacidad, de hecho, la sola discusión prevé una publicidad la cual quienes deseen obtener cualquier privilegio de la consecución de dichos derechos tendrán que aceptar la publicidad normal que implica ejercer dichos derechos económicos.

En cuanto al segundo punto de vista, la comunidad homosexual se ha convertido en un foco de desarrollo exclusivo de mercado para grandes empresas que han empezado a desarrollar gigantescas campañas enfocadas al mercado homosexual de manera exclusiva. Lo anterior es debido a que una de las características principales de la población homosexual corresponde a que dada su imposibilidad de procreación, y en las condiciones actuales, en que no se les permite la adopción, todo su capital es destinado a sí mismos, adicionalmente, al no incurrir en los gastos más onerosos de una familia, es decir, el gasto de manutención de los hijos, la capacidad de ahorro y de gastos suntuarios se incrementa, motivo por el cual empiezan a desarrollar una capacidad adquisitiva de productos exclusivos con muy elevados costos.

“La pareja de belleza idealizada sigue siendo el modelo publicitario más explotado por las prestigiosas firmas”³³.

Para hacer un poco más evidente lo planteado desde este punto de vista encontramos cómo, un medio de comunicación masiva como lo es Internet hace explícita la influencia de la publicidad de grandes marcas en el denominado “mercado gay”³⁴.

No sólo grandes firmas de diseñadores se han enfocado en la población homosexual como medio para el desarrollo de su mercadeo, otras firmas que teóricamente no tendrían interés en enfocar sus esfuerzos comerciales en publicidad exclusiva para la población homosexual han desarrollado también campañas publicitarias, ejemplo de esto es la marca de carros Ford, la cual desarrolla a través de la imagen la relación entre la población homosexual con sus vehículos.

33 <http://www.lacoctelera.com/alentadora/post/2006/05/04/publicidad-gay> recuperado el 8 de mayo de 2006.

34 http://www.republicagay.com/pages/curiosidades/curiosidades_23.htm recuperado: 10 de mayo de 2006.

“La legendaria compañía automovilística norteamericana Ford decidió a principios de diciembre retirar sus anuncios de publicidad de las cabeceras destinadas al público homosexual. No obstante, la compañía ha hecho saber en una carta que da marcha atrás en su polémica decisión. ¿La decisión ha sido tomada por una repentina toma de conciencia de su discriminación o por las importantes pérdidas que pueden sufrir al oponerse al colectivo gay?”³⁵.

La población homosexual representa en la actualidad un importante segmento de mercadeo al cual las grandes empresas le apuntan como importantes consumidores de sus productos, lo cual en gran medida muestra el impacto económico que tienen las decisiones de un grupo cada vez más amplio de consumidores que dadas sus características particulares empiezan a tener más importancia en la sociedad.

Finalmente con relación al tercer punto de vista resulta bastante complicado lograr tasar en términos económicos el impacto o repercusión que tienen los grupos de presión ante las decisiones de quienes gobiernan, sin embargo, cabe señalar que en primera instancia, todas las condiciones específicas de cada sociedad en cada país implican unos costos mayores o menores ante la oposición, de esta manera encontraremos que los grupos de presión en cuanto al tema del homosexualismo y los derechos económicos de las parejas gays son en gran parte de origen conservador religioso, por este motivo señalaremos cómo la Iglesia se convierte en grupo de presión y logra atrapar al legislador en repetidas ocasiones con la finalidad de evitar que éste desarrolle el tema por vía legislativa.

Para el desarrollo del análisis correspondiente a la ineficiencia del aparato estatal producto de presiones políticas, se tendrán en cuenta los análisis económicos realizados por el doctor HUGO PALACIOS MEJÍA, con especial énfasis en su texto *El control constitucional en el trópico* en el cual expone cómo el control constitucional sufre una “hipertrofia” cuando permite que las decisiones legislativas no reflejen consensos sociales amplios, siendo así, en términos económicos, ineficientes.

Si bien en el caso en concreto únicamente se hace referencia a las decisiones de la Corte Constitucional, extendemos el entendimiento de este artículo al legislador puesto que el autor hace gran referencia a la extralimitación de la Corte que la termina convirtiendo en un auténtico legislador positivo. Por otro lado, expone cómo existen grupos de presión que hacen muy ineficiente el proceso de toma de decisiones en la medida en que imponen la necesidad de implementar especial atención a una de las partes involucradas, al respecto afirma que,

35 Publicidad Ford.

“La ‘captura’ de un órgano del poder público es más atractiva para los ‘grupos de interés’ en la medida en que ese órgano tenga más poder”.

En este caso se puede equiparar esta situación a un proceso legislativo en el cual el Congreso es el órgano del poder público y la Iglesia es el grupo de interés o presión.

Durante los procesos legislativos anteriores en los cuales se han desarrollado temas relacionados con derechos de los homosexuales, la Iglesia se ha convertido en el principal grupo de presión el cual, a través de los medios masivos de comunicación ha expuesto la inconveniencia de desarrollar debates relacionados con este tema puesto que la Iglesia se encuentra en desacuerdo con la equiparación de los derechos de los homosexuales con el matrimonio.

“Queda claro, pues, que no es el reconocimiento de derechos lo que busca el proyecto de ley en cuestión, sino el crear para los homosexuales unas ventajas y privilegios especiales, que violan la igualdad garantizada por la Constitución a todas las personas, independientemente de su sexo, raza, credo, condición u opción de vida (art. 2 CN) 6- El problema de este proyecto ley es equiparar la unión de la pareja homosexual al matrimonio. Es una perversión del lenguaje, puesto que se está disfrazando la verdadera intención. El bien común exige que las leyes reconozcan, favorezcan, y protejan la unión matrimonial, esencialmente heterosexual, como la base ineludible de la familia (art. 42 CN)”³⁶.

De esta manera la Iglesia católica presenta su posición frente a uno de los proyectos de ley al respecto del tema de las parejas homosexuales que a modo de ejemplo ayuda a vislumbrar los parámetros que maneja la Iglesia respecto del tema.

6. NARRATIVAS ALTERNAS PLANTEADAS POR LOS ESTUDIOS LEGALES CRÍTICOS ³⁷

A lo largo de toda la historia, el rechazo hacia los homosexuales ha sido evidente; por lo general quienes tienen una inclinación sexual hacia parejas de su mismo sexo han sido excluidos y rechazados por una sociedad que, dejándose llevar por preceptos morales, se ha dedicado a hacer juicios de valor y a señalar a estos individuos.

Los *Critical Legal Studies*, y las teorías críticas del derecho en general, hacen un llamado para que se cambie esa concepción tradicional sobre el tema de la

³⁶ <http://pastoral.univalle.edu.co/pastoralprofe.htm>. Conferencia Episcopal de Colombia, Posición de la Iglesia católica en relación con el proyecto de ley no: 043 de 2002, recuperado: 15 de mayo de 2006.

³⁷ *Critical Legal Studies* o estudios legales críticos deben ser entendidos como una teoría que se enfrenta a las normas y estándares de la teoría y la práctica legales. Estas teorías consideran que la lógica y estructura del derecho nacen de las prácticas sociales y evolucionan con la sociedad.

homosexualidad, de tal forma que existan garantías de los derechos, y sea posible la inclusión en la legislación tratándolos como iguales. No pretenden llevar a cabo lo anterior por medio de una revolución armada o de una lucha guerrillera, sino a través del reconocimiento jurídico de minorías que por lo general son excluidos del sistema.

Como bien lo evidenciaba FRANÇOIS OST, las teorías críticas hacen de alguna manera una ruptura epistemológica con las concepciones y raciocinios tradicionales del fenómeno jurídico, y lo que buscan es relacionar el derecho con otros hechos o discursos sociales³⁸. Siguiendo esta línea, para el desarrollo de este trabajo se analizarán discursos que no son tradicionales, pero que sin embargo son vitales para la comprensión global del tema bajo estudio.

Actualmente no son sólo las teorías críticas las que se refieren a la importancia de los homosexuales y a la inclusión de ellos en el sistema, y sus derechos sean reconocidos y protegidos, sino también lo son una gran cantidad de activistas y grupos defensores de la igualdad de derechos³⁹. La lucha por el reconocimiento de los derechos de los gays y lesbianas ha venido ganando fuerza desde hace varios años, y en la actualidad es un tema que, a pesar de la “censura” y el rechazo por parte de muchos que simplemente se niegan a aceptar a quienes eligen como compañeros a parejas del mismo sexo, está vigente y se siente a través de un sinnúmero de manifestaciones tales como el cine, el arte, la literatura y la música, entre otros.

La mayoría de homosexuales, cansados de tenerse que ocultar, fingir en muchas ocasiones para poder ser aceptados por “la sociedad”, soportar la discriminación, el rechazo y el señalamiento por parte de muchos, decide finalmente alzar la voz para reclamar sus derechos; esos derechos que les corresponden, que merecen por el simple hecho de ser humanos, independientemente de su inclinación sexual, y que les han sido negados por señalamientos morales (que si se miran desde una perspectiva lógica y humana son más inmorales que morales).

Gracias a los movimientos que se han venido desarrollando, “la sociedad” en general ha tenido un mayor acercamiento a esta realidad que fue tan desconocida por muchos, pero que se ha venido haciendo más y más familiar para todos independientemente de si se está de acuerdo o no con el homosexualismo.

38 OST, FRANÇOIS, “Ciencia del derecho” en *Discusión sobre el carácter anticientífico del derecho*, Grijley, Lima, 1999, págs. 241-242.

39 LGBT, Colombia diversa.

El 15 de diciembre de 1973, la Asociación de Psiquiatría Americana eliminó la homosexualidad dentro de las patologías y argumentó:

0“cualquier condición mental que considere una alteración psiquiátrica debe producir inestabilidad emocional o debe asociarse regularmente con una incapacidad generalizada para cumplir con los requerimientos que la impone la sociedad. La homosexualidad no llena esos criterios”.

El 1º de octubre de 1981 el Consejo de Europa aprobó una resolución sobre la homosexualidad que establecía una serie de recomendaciones que garantizaran la libre determinación sexual, y que abolieran las presiones que inducían a las personas homosexuales a cambiar su inclinación sexual. Asimismo, a abolir las leyes contra los actos homosexuales y a pedir a la Organización Mundial de la Salud que suprimiera la homosexualidad de su catálogo internacional de enfermedades⁴⁰.

6.1. Imágenes y sonidos del cambio

A continuación se mencionaran y se hará una breve referencia a algunas películas que evidencian los cambios de una u otra manera. Es necesario recordar que las teorías críticas del derecho llaman la atención sobre lo que nos muestran las formas artísticas de la sociedad.

“Antes que anochezca”, es una película basada en las memorias del más tarde exilado escritor cubano REINALDO ARENAS. La película, narra la mayoría de edad y represión del autor como homosexual y artista por las autoridades cubanas a principios de la revolución. ARENAS escribió sus memorias poco antes de su muerte de sida en 1990, unos diez años después de dejar Cuba por el Mariel. Lejos de toda consideración artística, han surgido muchos interrogantes acerca de la exactitud de las descripciones de ARENAS de la persecución de homosexuales cubanos y la utilidad de sus memorias y la película como guía de la situación actual de los gais y las lesbianas en la isla⁴¹.

De la misma forma la película “Mariposas en el andamio”, documenta la vida diaria y las actuaciones de estos artistas en un barrio de La Habana, llamado La Güinera. Mariposa es un término cubano para los travestís o transformistas. En la narrativa que trata la película se evidencia que, en primer lugar, todas las leyes

40 Véanse recomendación y resolución del consejo europeo aprobadas el 1º de octubre de 1981 en Estrasburgo.

41 <http://www.labutaca.net/films/1/antesque4.htm> recuperado: 4 de mayo de 2006.

que discriminan a los homosexuales cubanos han sido excluidas de los libros. Los esfuerzos primarios por legislar la conducta en Cuba dieron lugar a la Ley de Ostentación Pública. Promulgada en los años treinta, fue usada para acosar a las personas homosexuales que se negaron a permanecer encerrados. Dirigida a aquéllos que “exhibían” su homosexualidad, la ley definió los actos homosexuales públicos e incluso privados que pudieran ser presenciados involuntariamente por otros como ofensas las cuales serían castigadas con multas y detención. La Ley de Ostentación Pública fue derogada por el gobierno revolucionario en 1988. Así, la película refleja la vida de varios homosexuales, la mayoría de ellos travestís, a los que se les presenta en su mundo de tacones altos, pestañas y uñas postizas, de doblajes de canciones, de realizaciones, de alegrías, de anhelos y sueños, pero también ante sus problemáticas familiares, y contextos políticos sociales, complejos de tolerancia e intolerancia.

El filme está realizado con el objetivo de provocar la comprensión humana de la sociedad hacia el travesti, y de la homosexualidad en general, como una realidad social que existe con la cual convivimos y conviviremos y contra la cual no pueden tomarse medidas represivas ni punitivas que atenten contra la condición humana de sus exponentes. La mayor visibilidad del travestismo desde entonces, y su incremento paulatino, son indicadores que pueden tomarse del resultado obtenido como consecuencia de la persistencia, apego a sus valores, a la plena aceptación de la identidad homosexual latente en cada uno de ellos, como una forma del autorreconocimiento de su personalidad individual, sexual y social; como modo incuestionable de la posición justa, muy valiente de permanecer fieles a sus valores, lucha sin banderas emblemáticas o discursos enunciativos de reivindicaciones⁴².

Ahora bien, la narrativa que se viene tratando, ha sido tomada por Hollywood y plasmada en películas tales como “*Brokeback mountain*”, en la cual se trata el polémico tema de la homosexualidad. En ella se relata una historia de amor prohibida, entre dos vaqueros en el oeste americano de los años sesenta. Una relación que se manifiesta con violencia y con ternura. Así el continuo cuerpo a cuerpo, el choque y la potencia de la masculinidad, dejan ver la rabia de una sexualidad prohibida y reprimida, ansiosa por expresarse⁴³. De la misma forma, en “Filadelfia”, se relata la historia de un joven y ascendente abogado homosexual que ha sido infectado con el virus del sida y que es despedido de su trabajo por incompetencia. Ningún colega quiere defenderlo en el juicio que entablará contra sus ex jefes —abogados de una prestigiosa oficina de Filadelfia— por discriminación, hasta que encuentra uno

42 http://www.consenso.org/01/articulos/07_07.shtml recuperado: 25 de abril de 2006.

43 <http://www.brokebackmountain.uip.es/home.html> recuperado: 25 de abril de 2006.

que lo apoyará. Debido a la temática tratada, esta película se convirtió en una obra que denuncia la discriminación en el ámbito laboral de los infectados de VIH y en una de las primeras en la que los homosexuales no son presentados desde su costado humorístico⁴⁴. Por último, el filme “*Boys don't cry*”, se ha configurado como una de las películas más polémicas que han sacado acerca del homosexualismo. Se basa en un suceso real, es un largometraje de denuncia social extremadamente próximo al contenido de muchos telefilmes. Relata la historia de Brandon Teena, una joven inadaptada que busca el amor como forma de redimirse de todo cuanto odia. Atrapada en un mundo que no la acepta, la vida en su Lincoln natal es demasiado dura. Tratando de escapar de todo lo que su pueblo representa llega a Falls City, donde podrá dar rienda suelta a sus sueños⁴⁵.

Las anteriores cintas y otras que tratan el tema de los homosexuales, de alguna manera han permitido un acercamiento y un cambio en la visión que muchas personas poco familiarizadas con el tema tenían acerca del mismo. Algunas de ellas han abierto debates y creado polémica, y a muchos les han permitido comprender y mirar desde una perspectiva diferente la homosexualidad.

Al igual que el cine, la música se ha consolidado en un fuerte recurso a través del cual los homosexuales no sólo se expresan y desahogan, sino que además permite que la sociedad en general tenga la oportunidad de escuchar lo que ellos sienten, lo que piensan y las críticas que ellos le hacen a su vez por la discriminación y rechazo a los que se ven sometidos constantemente.

Las canciones, reflejan la impotencia que sienten los homosexuales al verse discriminados, se sienten rechazados por una sociedad que día a día los bombardea con aquello que deberían ser, con lo que deberían hacer y con los prototipos de personas con las que deberían estar, llevándolos en muchas ocasiones a negar sus propios sentimientos, a fingir, a esconderse y a mentir para ser aceptados.

Puede percibirse cómo muchas de estas letras hacen una crítica a la sociedad, a la religión, y al derecho, a “esa normalidad” impuesta y aceptada por la gran mayoría, pero sumamente opresiva. Se deja a un lado esa sumisión y se oyen gritos y clamores desesperados por defender y luchar por unos derechos que nunca les han sido reconocidos y merecen tener. Es posible afirmar que para hacer un estudio sobre el tema de la problemática homosexual, es necesario ver las diferentes posiciones y discursos que hay al respecto para lograr tener una visión más amplia y objetiva; como bien lo señalaba FREDERIC JAMSON:

44 <http://www.pantalla.info/pel/1/1568.html> recuperado: 2 de mayo de 2006.

45 <http://cine.linkara.com/pelicula/boys-dont-cry-kimberly-peirce-2gm.html> recuperado: 10 de mayo de 2006.

“Los estudios culturales son en gran parte una cuestión de doble ciudadanía; tienen por lo menos dos pasaportes, si no más. Pareciera que el trabajo y el pensamiento verdaderamente interesantes y productivos no tienen lugar sin la tensión productiva de intentar combinar, navegar, coordinar diversas ‘identidades’ al mismo tiempo, diversos compromisos y posiciones”⁴⁶.

7. CONCLUSIÓN

Así pretendamos que en Colombia no se da la discusión sobre los derechos de los homosexuales, la realidad plantea la necesidad de adelantarla, quizá para algunos sencillamente no estamos preparados para dicha discusión, pero el solo hecho de que ésta se esté dando nos muestra que la necesidad se impone sobre cualquier razonamiento, y que, al menos para este caso en particular, ha de predominar el poder normativo de lo fáctico, puesto que, si bien no se han aprobado derechos a parejas homosexuales, no implica esto que la sola discusión no demuestre una inconmensurable fuerza normativa de una realidad cada vez más fehaciente en nuestra sociedad contemporánea.

Si bien a lo largo del presente artículo se muestran varios puntos de vista respecto al impacto que tiene el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, la premisa es sólo una, corresponde a demostrar que el derecho, como expresión de la voluntad no sólo de las mayorías sino también de todos los grupos que conforman el territorio nacional, en un marco de Estado social de derecho, ha de reconocerles a todos, independientemente de cualquier apreciación de tipo ético, moral, religioso o de otra índole, porque querámoslo o no, el derecho es un común denominador que no sólo impone sino que cohesiona y está obligado a pronunciarse sobre las realidades sociales.

Finalmente, pretender que realidades sociales como lo es el homosexualismo, no impliquen cambios sociales igualmente importantes resulta necio, por demás irresponsable puesto que implica vendar los ojos del derecho ante la realidad y pretender hacer caso omiso a influencias, no sólo de carácter internacional, religioso, ético, moral o económico o de cualquier otra índole, sino a realidades ciertas que afectan cada vez a más personas, quienes asumen una opción sexual.

46 JAMESON, FREDRICH y ZIZEK, SLAJOV, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998, pág. 90.

BIBLIOGRAFÍA

Conferencia Episcopal de Colombia, Posición de la Iglesia católica en relación con el proyecto de ley n° 043 de 2002, [en línea], disponible en: <http://pastoral.univalle.edu.co/pastoralprofe.htm> recuperado: 15 de mayo de 2006.

DILLON, MARTA, La CHA presenta hoy en el congreso un proyecto de unión civil en el orden nacional, [en línea], disponible en: <http://www.convencion.org.uy>, recuperado: 10 de mayo de 2006.

<http://www.colombiadiversa.org.co>

http://www.consenso.org/01/articulos/07_07.shtml recuperado: 1° de febrero de 2007.

<http://www.elcatolicismo.com.co> recuperado: 26 de abril de 2006.

<http://www.lacocelera.com/alentadora/post/2006/05/04/publicidad-gay> recuperado: 8 de mayo de 2006.

http://www.republicagay.com/pages/curiosidades/curiosidades_23.htm recuperado: 10 de mayo de 2006.

<http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/legislativas.html> recuperado: 1° de febrero de 2007.

JAMESON, FREDRICH y ZIZEK, SLAJOV, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

LEMAITRE, JULIETA, *Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso*, en: “Hacia un nuevo derecho constitucional”, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2005.

Ley 1004 de 2002, República de Argentina.

Ley 13 de 2005, Valencia, 1° de julio de 2005, Rey JUAN CARLOS R; el presidente del gobierno JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO.

NASCIMENTO, A., Una genealogía de la posmodernidad en el contexto latinoamericano, [en línea], disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/pensar/dissens15.html> recuperado: mayo 8 de 2006, 15:30.

OST, FRANÇOIS, *Ciencia del derecho*, en “Discusión sobre el carácter anticientífico del derecho”, Grijley, Lima, 1999.

Proyectos de ley presentados al Congreso de Colombia.

Recomendación y resolución del Consejo Europeo aprobada el 1° de octubre de 1981 en Estrasburgo.

