



**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ERRORES JURISPRUDENCIALES
EMANADOS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN AL
TÓPICO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL**

Trabajo de tesis presentado como requisito de grado para optar el título de magíster en derecho
público

JUAN MANUEL OCAMPO DUQUE

Docente guía: Sergio Luis Mondragón Duarte, Abogado

Manizales, Colombia

2023

DEDICATORIA

“Todo pasa y todo queda, pero lo nuestro es pasar, pasar haciendo caminos, caminos sobre la mar...” Joan Manuel Serrat

Al camino...

En especial a Ana Lucia Ocampo y Gildardo Gil Bermúdez por la entrega constante.

Con afecto al Dr. Leonardo Huerta Gutiérrez, maestro y amigo.

Con amor a Paola Andrea Franco, por el auxilio desinteresado.

A la memoria de José Otoniel Ocampo Duque, el recuerdo sempiterno de la nobleza.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, un distintivo agradecimiento a la Universidad de Caldas por contribuir en la formación del suscrito con una educación de calidad y una metodología acorde a los más altos estándares de desarrollo humano.

De igual manera, a mi director de tesis Sergio Luis Mondragón por la paciencia y la disposición de alimentar en cada encuentro un mejor producto, valioso y digno de la comunidad académica. También he de agradecer a mis compañeros maestrandos que a lo largo de las sesiones aportan reflexiones, dudas e incertidumbres que enriquecen el arte de pensar.

Por último, a aquellos infalibles de la existencia, Ana Lucia Ocampo Duque y Gildardo de Jesús Gil Bermúdez, que sin ápice de conocimiento jurídico alguno han sido inspiración y norte en la elaboración de este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

- I. Resumen**
- II. Introducción**
- 1. Capítulo I. La disyuntiva social y jurídica de la orientación sexual en el Estado constitucional contemporáneo.**
 - 1.1** La homosexualidad, una decisión rechazada por la comunidad internacional.
 - 1.2** La falta de interiorización conceptual de los términos que comprenden el marco de los derechos sexuales como causa de desprotección fundamental.
 - 1.3** La identidad sexual en la magistratura de las altas cortes en Colombia.
 - 1.4** Garantía constitucional y protección convencional de los derechos de identidad sexual en la actualidad.
 - 1.5** La religión de los LGTBIQ+
 - 1.6** El derecho fundamental a ser y no ser desprotegido.
- 2. Capítulo II. La relevancia superlativa de la Corte Constitucional en la garantía de los derechos fundamentales.**
 - 2.1** La supremacía de la Corte Constitucional y la teoría de la fuerza vinculante del precedente constitucional como fuente formal del derecho.
 - 2.2** La dificultad contra mayoritaria – Una corte constitucional al auxilio de las costumbres.
 - 2.3** Un legislador positivo con efectos negativos – Análisis de sentencias y cambio de precedente.
- 3. Capítulo III. La responsabilidad del Estado, el fundamento teórico del Estado social de derecho.**
 - 3.1** Una mirada histórica a la responsabilidad del Estado.
 - 3.2** Elementos y tipos de responsabilidad estatal en Colombia.
 - 3.2.1** El daño
 - 3.2.2** La imputación
 - 3.2.3** La responsabilidad subjetiva.
 - 3.2.4** La responsabilidad objetiva.

3.2.4.1 El daño especial o rompimiento en la igualdad de las cargas públicas.

3.2.4.2 El riesgo excepcional o responsabilidad por actividades peligrosas.

3.3 Agentes que pueden comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado.

3.4 Fines de la declaratoria de la responsabilidad del Estado – Alcance institucional

3.5 La responsabilidad de la Corte Constitucional

4. Conclusiones.

5. Referencias.

I. RESUMEN

El presente escrito tiene como propósito demostrar la responsabilidad extracontractual del Estado atribuible a la Corte Constitucional como consecuencia de los yerros jurisprudenciales, expresados a través de sus sentencias, con resultados perjudiciales para la comunidad LGTBIQ+ respecto a la garantía y protección de la orientación sexual en el nuevo Estado social de derecho. Así pues, este trabajo se pregunta si en los inicios del ejercicio judicial de la Corte, se incurrió en excesos argumentativos con la entidad suficiente para impactar negativamente la sociedad y las instituciones públicas de Colombia.

Para llegar a esta conclusión, se presenta un método de investigación hermenéutico jurídico (Ruiz, 2009) con apoyo en el sistema de precedente judicial. De igual manera, se aborda un enfoque metodológico cualitativo, partiendo de elementos individuales que permitan una conclusión general válida y razonable, como artículos de investigación, doctrina, leyes y principios constitucionales reconocidos.

Como resultado significativo, se evidencia como los pronunciamientos de la Corte Constitucional entre los años 1992 a 2000 sobre asuntos relacionados con la orientación sexual, configuran un daño antijurídico a la comunidad LGTBIQ +, en específico, bajo el título de imputación de responsabilidad estatal de falla en el servicio por omisión en la aplicación de imperativos normativos de carácter convencional exigibles y vinculantes para la fecha en que se alega la desprotección.

ABSTRACT

The purpose of this document is to demonstrate the non-contractual responsibility of the State attributable to the Constitutional Court because of the jurisprudential errors, expressed through its sentences, with detrimental results for the LGTBIQ+ community regarding the guarantee and protection of the topics of sexual orientation in the new social state of law. Thus, this paper asks if at the beginning of the judicial exercise of the Court, argumentative excesses were incurred with sufficient entity to negatively impact society and public institutions in Colombia.

To reach this conclusion, a legal hermeneutical research method is presented (Ruiz, 2009) with support in the judicial precedent system. In the same way, a qualitative methodological approach is addressed, starting from individual elements that allow a valid and reasonable general conclusion, such as research articles, doctrine, laws and recognized constitutional principles.

As a significant result, it is evident how the pronouncements of the Constitutional Court between the years 1992 to 2000 on the topic of sexual orientation, constitute an unlawful damage to the LGTBIQ+ community, specifically, under the title of imputation of state responsibility for failure in the service by omission in the application of regulatory imperatives of a conventional nature that are enforceable and binding for the date on which the lack of protection is alleged.

II. INTRODUCCIÓN

En el presente escrito se aboga por revelar cuál sería la responsabilidad extracontractual del Estado atribuible a la Corte Constitucional, como consecuencia de sus sentencias proferidas en materia de orientación sexual. Esta responsabilidad estaría justificada en decisiones jurisprudenciales que en su momento no supieron responder a las necesidades sociales de la comunidad LGTBIQ+. En los años ulteriores a su creación la Corte Constitucional protegió las mayorías, pero no encontró principios constitucionales claros para defender sin dubitación las minorías agravadas generando un desamparo constitucional injustificable.

En este orden, este trabajo se pregunta principalmente por ¿Cuál sería la responsabilidad extracontractual del Estado atribuible a la Corte Constitucional, como consecuencia de sus sentencias proferidas en relación al tópico de la orientación sexual?.

Para contestar a esta cuestión se propone un orden de trabajo que alcance metas específicas con el fin de vislumbrar una conclusión verosímil. Por lo que este escrito plantea objetivos que se desarrollaran conforme la siguiente estructura:

- Estudiar los conceptos de autonomía personal, libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual, a través de doctrina jurídica, literatura sociológica y jurisprudencia constitucional, con el fin de comprender su relación con el Estado Social de Derecho, su marco como derecho fundamental y su deber de protección.
- Examinar la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante un análisis hermenéutico de su precedente, para demostrar que existen méritos para endilgar responsabilidad extracontractual del Estado a la Corte Constitucional por los daños antijurídicos causados por sus posturas desproteccionistas con respecto al asunto de la diversidad sexual.
- Determinar el alcance jurídico e institucional de la jurisprudencia constitucional, para entender su posicionamiento en la estructura organizacional del Estado y comprender su fuerza vinculante y carácter superlativo en el ordenamiento jurídico.

- Analizar la teoría de la responsabilidad del Estado a partir de una lectura histórico-jurídica, con el objetivo de aclarar cómo se configura la responsabilidad estatal en la actualidad y enmarcar las consecuencias de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional bajo algún título imputación de responsabilidad del Estado.

Así pues, los anteriores propósitos hallan sustento en que históricamente la comunidad LGTBIQ+ ha sido objeto de rechazos y discriminaciones por los sectores conservadores del país. Esto puede evidenciarse en la creencia común – nacional e internacional- de que la homosexualidad estaba relacionada con la indignidad, la enfermedad y la aberración social. Un ejemplo de ello es -en los años 80 y comienzos de los 90- la convicción que el VIH-sida era un mal exclusivamente de la comunidad homosexual y drogadicta (Semana, 1989) De igual manera, antes de la expedición de la Carta Fundamental de 1991, la Corte Suprema de Justicia se había pronunciado de manera desfavorable acerca del comportamiento homosexual en los jueces y notarios, como se evidencia en los expedientes No 942, 1982 y Exp No 35, G.J 2409.

Lo expuesto anteriormente, es muestra del arraigo cultural y moral en contra de las personas homosexuales, al punto de considerar dicho comportamiento o actitud, como deshonroso, indigno, indecoroso o simplemente escandaloso. Ello lógicamente condujo a una excesiva desprotección de derechos fundamentales, sociales y patrimoniales de aquellas personas que se desenvuelven dentro de estos ámbitos sociales fuertemente rechazadas, no sólo por la colectividad en general sino también por las instituciones políticas y administrativas del Estado (Lemaitre, 2009). En virtud de lo anterior, todas las disposiciones legales expedidas en Colombia fueron la representación de valores estrechamente influenciados por concepciones dogmáticas religiosas. En consecuencia, normas cuyo destinatario era la persona humana heterosexual, con un alto grado de discriminación por razón de orientación sexual. Para sustentar lo anterior, pueden observarse las siguientes ejemplos: Ley 54 de 1990, Artículo 1 (Unión Marital de Hecho), Artículo 113 (Matrimonio), Artículo 411(Derecho de alimentos), Artículo 1040 (Herencia) del Código Civil, Artículo 68 Ley 1098 de 2006 (Adopción) y Artículo 47 Ley 100 de 1993 (Pensión de sobrevivientes). Todas estas normas desde su nacimiento han tenido un enfoque heterosexual, pues su destinatario era exclusivamente el matrimonio tradicional o la unión permanente de personas de distinto sexo, por ello, la Corte Constitucional se vio avocada a extender, a través de sus

pronunciamientos, las garantías que estas normas comportan a las parejas o uniones afectivas del mismo sexo.

En este orden, la Corte Constitucional a partir de su puesta en escena en el año 1992, debió conocer una sarta de demandas de inconstitucionalidad en contra de estas disposiciones abiertamente discriminatorias y con efectos negativos incalculables en los derechos fundamentales de la población LGTBIQ+. No obstante, esta primera ola de magistrados, en sus primeros años, de manera timorata, optó por una protección jurídica leve, etérea y simbólicamente nula, pues a grandes rasgos seguía enormemente influenciada por concepciones morales conservadoras. En este sentido, llegó a acoger lo que en la cultura anglosajona se denominó “*Don’t Ask, Don’t Tell*” (Yoshino, 1998, p. 539), es decir, vivir la homosexualidad en la intimidad sin posibilidad de exteriorizarla (López, 2017, p. 36). Esta política Estatal estadounidense (Public Law No 103-160, 546, 10 U.S.C. 654.), adoptada por el presidente Clinton en 1993, permitía a las personas homosexuales integrarse a las fuerzas armadas con la condición de mentir en los aspectos más personales de su vida e identidad, teniendo que guardar profundo silencio con respecto a su orientación sexual (Wolff, 1997, p. 5). Con influencia notoria de estos argumentos, la Corte Constitucional soslayó diestramente el libre desarrollo de la personalidad de la comunidad LGTBIQ+, contribuyendo en gran medida a una estigmatización con resultados nocivos inmensurables.

Para comprobar esta línea de pensamiento conservadora que florecía en la Corte Constitucional, puede revisarse la sentencia T-539 de 1994 en la cual el alto tribunal constitucional pone de manifiesto su inconformidad con una cuña televisiva en la cual aparecería una pareja del mismo sexo besándose. En esta ocasión, la corporación considera que, al ser una pieza de publicidad dirigida a un público variado, incluyendo niños y adolescentes, la misma “tiene una responsabilidad social”. Pues los medios masivos “condicionan el comportamiento y valores de los niños y los adolescentes” y les está vedado “invertir el orden de valores de la sociedad”.(Corte Constitucional, T-539, 1994)

En la mencionada sentencia, la Corte afirma con ingenio (a modo de ardid), para sustentar su tesis, que “los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición

de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica un tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, “siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia”. (Corte Constitucional, T-539, 1994). Cómo lo explicaría mejor López Medina, haciendo referencia a este infortunado argumento, sin rodeo alguno, “Los homosexuales pueden vivir su vida, pero la sociedad no tiene que tolerar la presencia pública de sus imágenes”. (López, 2016, p 37)

Solo hasta la sentencia C-481 de 1998 la Corte Constitucional con el impulso del magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, decide afirmar que es inconstitucional sancionar la homosexualidad. (López, 2016). Ello de entrada, demuestra un desinterés de atención sobre la población LGTBIQ+ por parte de la Corte durante los primeros años de su vigencia, amén de ello es un indicio de la falla del servicio que podría endilgarse a la misma por apartarse de la visión igualitaria y del concepto de dignidad humana implícito en la Constitución y en las normas convencionales ratificadas por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Lo antedicho deja en evidencia una transición acelerada entre la carta superior de 1886 y la Constitución Política de 1991 que no permitió la interiorización colectiva de que un nuevo modelo de Estado se había constituido en Colombia y con ello, la forma en que debían comportarse los representantes de las instituciones nacionales. Esta transición relegó y dejó atrás, en teoría, un estado secular, no obstante, en la práctica, para el tiempo objeto de estudio de este trabajo, aún estaba presente en la mente de algunos operadores judiciales, como se advierte en las sentencias, C-098 de 1996, T-569 de 1994, T-037 de 1995, T-097 de 1994, T-539 de 1994. Situación que resultó incongruente con el Estado Social de Derecho, convirtiendo en una necesidad el estudio que sobre la materia pudiera hacerse.

Ahora bien, entendiendo que la cláusula general de responsabilidad del Estado no distingue o limita el ámbito de aplicación de la misma, por el contrario, extiende sus efectos a todas las autoridades públicas y agentes del Estado, no existe *prima facie* motivo alguno por el cual la Corte Constitucional esté exenta de responder cuando a través de sus decisiones genere daños antijurídicos. Bajo la nueva teoría de la doctrina constitucional vinculante, sus providencias se

revisten parcialmente de fuerza material de Ley, es decir, tiene el carácter de legislativo positivo o negativo, por tanto, así como se ha desarrollado responsabilidad del Estado por hecho del legislador aun en su carácter de soberano, porque no estudiar a profundidad la responsabilidad entorno al organismo más poderoso de la “rama menos peligrosa” (Agudelo, 2014) de la estructura del Estado colombiano.

La responsabilidad que aquí se predica está enmarcada, en principio, entre los años 1992 y 2000, toda vez que dichos años tuvieron una Corte Constitucional activa en desmedro de la comunidad LGTBIQ+. Solo fue hasta el año 1998 que en la Corte con la sentencia C-481 se asoma una decisión que permite virar parcialmente del paradigma desproteccionista que venía defendiendo. La Corte que hoy es la garantista de las minorías en un tiempo no muy lejano, con una postura mayoritaria, las desconoció. Por ello, que la Corte hoy no tenga contrapeso material alguno de otra rama del poder, aunado a su carácter omnipotente, la hace eventualmente una instancia peligrosa si no se acepta su naturaleza equívoca, como lo procura exponer el presente trabajo.

En síntesis, la investigación tiene como propósito demostrar que la Corte Constitucional es falible y que como autor político de primer orden del nuevo organigrama de Estado no es tan inmaculada como parece, en este orden de ideas, esta se equivocó en los mensajes enviados indirectamente a la sociedad a través de algunas de sus sentencias entre los años 1992 a 2000 con relación a la orientación sexual, causando daños quizá inmensurables. Aunado a lo anterior, se pretende exponer porque dicha circunstancia carece de justificación razonable toda vez que, a la fecha de la desprotección aquí alegada y atribuida a la Corte, la Constitución Política ya introducía una lectura imperativa de los principios convencionales conforme lo informa su artículo 93. Con lo cual, son aplicables de manera directa dentro del ordenamiento interno, los valores prescritos en los artículos 2°, 3° y 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También los artículos 2 y 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como además los artículos 1°, 2° y 3° del Protocolo de San Salvador, y amén de lo anterior, los artículos 10, 11, 12, 52 y 53 de la Carta Andina para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

Para conseguir lo anterior, se propone Estudiar los conceptos de autonomía personal, libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual, a través de doctrina jurídica, literatura sociológica y jurisprudencia constitucional, con el fin de comprender su relación con el Estado Social de Derecho, su marco como derecho fundamental y su deber de protección. También se hará un repaso por la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante un análisis hermenéutico de su precedente, para demostrar que existen méritos para endilgar responsabilidad extracontractual del Estado a la Corte Constitucional por el tópico de la orientación sexual. De igual manera, se determinará el alcance jurídico e institucional de la jurisprudencia constitucional, para entender su posicionamiento en la estructura organizacional del Estado y comprender su fuerza vinculante y carácter superlativo en el ordenamiento jurídico

De igual manera, se deberá analizar la teoría de la responsabilidad del Estado a partir de una lectura histórico-jurídica, con el objetivo de aclarar cómo se configura la responsabilidad estatal en la actualidad y enmarcar las consecuencias de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional bajo algún título imputación de responsabilidad del Estado que permita nutrir la labor y praxis litigiosa y a su vez advierta las formas para una eventual indemnización.

Como actividad metodológica se desarrollará un modelo teórico que “condensa axiomas, teoremas, postulados supuestos, conceptos, leyes, teorías y paradigmas” (Villabela, 2015), con un tipo de investigación jurídico, con una metodología cualitativa y un enfoque descriptivo, partiendo de elementos individuales que permitan una conclusión general válida y razonable, como artículos de investigación, doctrina, sentencias de la Corte Constitucional, leyes y principios constitucionales reconocidos. Para el presente trabajo se conjugarán varios métodos de investigación, entre ellos, el hermenéutico jurídico (Ruiz, 2009) como arte de comprender y construir el sentido de las cosas (Kaufmann, 1996), con apoyo en el sistema de precedente judicial.

Por lo tanto, el desarrollo de este artículo tiene a bien ser desarrollado mediante lo siguiente:

1. Metodología cualitativa.
2. Enfoque descriptivo.

3. La técnica de recolección de datos es la observación documental.
4. La muestra está relacionada con la parte documental como normas, jurisprudencia y conceptos doctrinales.
5. Los instrumentos son las fuentes documentales

Por ello, en un primer momento se auscultarán las definiciones conceptuales que giran en torno al tema de la orientación sexual, como la identidad sexual, la autonomía personal, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otras, que permitan relacionar cuál es su importancia para el nuevo modelo de Estado constitucional. Seguidamente se revisará la jurisprudencia constitucional más relevante con respecto a la diversidad sexual, en los años 1992-2000, en busca de la afrentas y equivocaciones que pudiera tener la Corte Constitucional en contra de la comunidad LGTBIQ+. De igual forma, se hace énfasis en su posición estratégica y preponderante dentro de la estructura del Estado colombiano. Por otra parte, se repasan las concepciones primigenias de la responsabilidad del Estado, sus elementos, sus características y su importancia para la garantía plena de los derechos fundamentales. Por último, se desarrollará un ejercicio hermenéutico-jurídico que conjugue los conceptos revisados, los elementos de responsabilidad evidenciados y los errores advertidos para concluir razonablemente que la Corte Constitucional es sujeto de responsabilidad extracontractual del Estado.

Visto lo precedente, este trabajo pretende demostrar la carencia de protección de derechos fundamentales de la comunidad LGTBIQ+ en los años prístinos de la Corte Constitucional, con ello comprobado, advertir que dicha desatención constituye una falla en el servicio a la cual es loable adjudicar responsabilidad en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, por configurarse los elementos necesarios de daño antijurídico e imputación.

CAPÍTULO I. LA DISYUNTIVA SOCIAL Y JURÍDICA DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO.

La orientación sexual, que puede ser definida brevemente como la preferencia o atracción sexual o afectiva hacia otra persona (Colombia Diversa, 2021), ha sido a lo largo de la historia un asunto de trascendencia jurídica y social. Jurídica, en cuanto afecta el reconocimiento de ciertos derechos

fundamentales en algunas naciones, de tal suerte que llega a catalogarse la homosexualidad como un tipo penal que amerita persecución judicial, es decir, una orientación sexual no tradicional es criminalizada a lo largo del globo. Para poner en contexto lo crítico de la situación se puede mencionar que la homosexualidad, en algunos países, es inclusive castigada con la pena de muerte. (BBC, 2018)

Por otra parte, hay una trascendencia social en cuanto limita el acceso a ciertos bienes y servicios esenciales, e incluso a los no relevantes, como por ejemplo la imposibilidad de acceder a un simple pastel de bodas¹ en el que puede ser considerado uno de los países más desarrollados del mundo como lo es Estados Unidos. (BBC, 2018). Así pues, la orientación sexual incide en las miradas frecuentes de la colectividad, en el estatus quo de una persona e impacta las costumbres seculares de la población. Con lo cual, una persona que asume el valor de autodeterminarse con una sexualidad diversa carga con el peso incierto de su porvenir en una sociedad que a la fecha demuestra ser intransigente con lo que desconoce o contraría sus dogmas.

Lo anterior, deja en evidencia la importancia que adquieren los asuntos de orientación y diversidad sexual para un Estado contemporáneo, no solo por su deber de protección ante la flagrante discriminación de la comunidad con los temas asociados a la identidad sexual, sino también porque este tipo de identidades disimiles a las tradicionales son pábulo para la cultura nacional (Werner Cantor E. & Bogotá, 2011). Ello por cuanto estas comunidades relegadas son una gran fuente de expresiones artísticas, literarias y musicales, con un brillo particular virtud de la lucha incansable en contra de la marginación que los ha cobijado tantos años, circunstancia que reclama auxilio y garantía por parte del Estado.

En este orden de ideas, la atención que se exige al Estado sobre el tópico de la orientación sexual no solo enaltece la dignidad humana de las personas excluidas, sino también engrandece la nación, entendida esta como un concepto sociológico que representa el patrimonio inmaterial de una sociedad que incluye el pasado, presente y futuro del país, basado en la diversidad, inclusión

¹ En el año 2012 una pareja gay (David Mullins y Charlie Craig) acude al pastelero Jack Phillips para realizar su torta de bodas, quien se negó y rechazó el pedido por tratarse de una pareja del mismo sexo. Dicha discriminación trajo consigo una cadena de acciones judiciales que termino con una decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos respaldando la determinación tomada por el señor Phillips en virtud de su libertad religiosa. (BBC, 2018)

y pluralismo. Como lo mencionaba Vila Casado (2012) la nación es “un concepto incluyente y pluralista que reconoce que personas de diversa procedencia etnográfica y con diferencias culturales se consideren como miembros de una misma comunidad nacional, compartan la felicidad en los éxitos y la solidaridad en los fracasos, y se sientan herederas de un pasado y forjadoras de un futuro común” p.338

Por lo tanto, esta definición sociológica y cultural de nación, que se compagina con el respeto a la diversidad sexual, cobra relevancia superlativa para el Estado, y en especial para Colombia, toda vez que el preámbulo constitucional asume como un fin esencial del Estado el fortalecimiento de la unidad de la nación, adicional a ello, en su artículo 7º expresa que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (Constitución Política, 1991) y por ultimo dispone en su artículo 72 que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado.”(Constitución Política, 1991) y esto incluye el patrimonio material e inmaterial.

Así pues, la orientación sexual entendida como parte integral del concepto de nación y como aspecto relevante para cultura y desarrollo nacional hace imperativo su amparo por parte de todas las autoridades públicas que conforman el Estado constitucional. Por ello, visto lo precedente puede afirmarse que la Constitución de 1991 “rechaza el concepto objetivo de Nación, vinculado a la igualdad de raza, lengua o religión, sobre el que se han elaborado políticas totalitarias de ingrata recordación en el pasado y de inquietante presencia en la actualidad.” (Vila, 2012, p.337)

Hasta aquí, lo antedicho da cuenta de la incidencia y notable importancia que tiene para el Estado actual mantener sobre la mesa institucional un capítulo abierto acerca de la orientación e identidad sexual. No solo por el desarrollo cultural que brinda a la nación, sino porque eso lo convierte en garante de derechos humanos, es decir, un verdadero Estado Social de Derecho que reconoce en la existencia humana, libre y feliz, el principio y final del aparato estatal. Como mencionaría Elizabeth Castillo (2018) “reconocer la diversidad y los derechos iguales todos y todas enriquece el concepto de nación” (p.22)

Ahora bien, habiendo comprendido la estrecha relación del tópico de la orientación sexual con el Estado contemporáneo, que puede definirse como la dirección del deseo o la decisión autónoma de construir relaciones eróticas o afectivas casuales o permanentes con un individuo (Castillo, 2018), decisión respetable y sobre la cual se hace exigible su protección por tratarse de un asunto que atañe a la dignidad humana, es menester repasar cuáles son algunas de las causas para que a la fecha la marginalidad de los grupos LGTBIQ+ sea tan alta.

Un ejemplo de dicho abandono estatal y censura social se puede advertir en los hechos de violencia contra personas LGTBIQ+ en Colombia, que para el año 2018 ascendieron a 316 casos y para el año 2019 a 285 casos, en los cuales se incluye violencia policial, amenazas y homicidios. (Colombia Diversa, 2019). En igual sentido, según la Defensoría del Pueblo, entre los años 2020 y 2021, solo en homicidios, se han presentado 98 casos de personas asesinadas con orientación sexual diversa. (Defensoría del Pueblo, 2021)

Por esto, se observará como el escenario internacional ha ayudado, de alguna manera, a estigmatizar los grupos LGTBIQ+, lo cual genera un patrocinio a su desprotección. También se advertirá como la falta de unidad conceptual de los términos o acepciones que se utilizan en el mundo de la identidad sexual, y su uso reduccionista o irresponsable en la sociedad, es una causal de desprotección fundamental. Por otra parte, se hará un acercamiento al tratamiento que las altas Cortes judiciales colombianas le han dado a la orientación sexual. De otro lado, se propondrá como la orientación sexual va más allá del derecho de libre desarrollo a la personalidad y cómo puede exigirse incluso como un derecho religioso. Por último, en este capítulo se auscultará como el estado tiene la obligación de proteger y promover la decisión libre de autodeterminarse y como le está vedada cualquier actitud que obstaculice dicho proceso.

1.1. La homosexualidad, una decisión rechazada por la comunidad internacional.

Cuando se habla de comunidad internacional suele hacerse referencia a la noción política de la misma, es decir, una red jurídica que procura que las relaciones económicas y geopolíticas entre Estados soberanos se lleven en buenos términos. Sin embargo, para los propósitos de este apartado es menester hablar de una noción sociológica de la comunidad internacional, es decir, una red de

personas que conviven con fenómenos o hechos humanos, como la raza, el amor, la guerra, la hambruna, entre otros, y comparten las características inherentes de la persona humana desde su respectiva parte del globo.

Ahora bien, esta noción sociológica de la comunidad internacional se caracteriza por la transmisión de información y el intercambio de las culturas propias de cada nación a través de las herramientas que trae la ciencia y la tecnología a lo largo de la historia. Así las cosas, llámese papiros, libros, telegramas, fax, telefonía o internet, esta red de personas se caracteriza por transferir datos morales, éticos, culturales y sociales desde todos los rincones de la tierra.

En este orden de ideas, la globalización de la información permite compartir las costumbres del mundo y en congruencia con lo anterior, esta intercomunicación global, esta red de lenguaje universal, tiene la posibilidad de influir positiva o negativamente según sea el mensaje que se exterioriza al mundo (kaku, 2022). Por lo anterior, el fenómeno de la orientación sexual en la comunidad internacional no debe hacer referencia únicamente a la influencia que tienen los Estados a través de sus instituciones legales o políticas, pues de ser así se estaría restringiendo la discusión a partir del Tratado de Versalles de 1919 o la conferencia de San Francisco de 1945 virtud de la cual se organiza la ONU, que son quizá los acuerdos que dan origen a la comunidad internacional política que hoy conocemos.

En otras palabras, el capítulo de la orientación sexual no es una particularidad que se extrapole únicamente de un Estado a otro mediante sus normas, instituciones, entre otras, sino un fenómeno que se remonta al origen prístino de la humanidad, que se transmite de persona a persona a través del lenguaje, en conclusión, la coyuntura de la orientación sexual diversa debe asumirse como un capítulo propio de la raza humana que no está sujeto a la aceptación o no de un Estado.

Es por ello que este trabajo aborda la conciencia colectiva que se traslada en las redes de comunicación global como causa de desprotección de los derechos humanos de las personas con orientación sexual diversa. Esto por cuanto se reconoce en esta forma global de comunicarse, llámese arte, cine, literatura, etc, una herramienta que influye sistemática y progresivamente en la psiquis colectiva de las personas.

Un diáfano ejemplo de lo anterior puede ser advertido en las piezas cinematográficas, series o caricaturas, incluso en las infantiles, que hacen alusión a la homosexualidad con total normalidad como mecanismo que procura remediar la exclusión que la población LGTBIQ+ ha vivido históricamente. Ejemplo de lo anterior, encontramos las siguientes: El Princesito (Moxie Peng, 2021), Luca (Enrico Casarosa, 2021), Out (Steven Clay Hunter, 2020), Gravity Falls (Alex Hirsch, 2012), entre otras. No obstante, aunque estas herramientas sean una gran iniciativa para llevar un mensaje incluyente a la comunidad internacional, aún hay Estados que se resisten a estas muestras de expresión artística que llevan un mensaje de reconciliación. Tal es el caso de países como Emiratos Árabes Unidos, Malasia, Arabia Saudita, Egipto, Kuwait, Indonesia, Líbano y Qatar, que en 2022 prohibieron la reproducción de un filme infantil² por contener una escena de representación homosexual (El País, 2022).

Ahora bien, a pesar de las dificultades, es claro que el camino se ha trazado para superar los episodios excluyentes de la comunidad internacional, habrá que recordar que el arte es libertad y se cuele con mayor facilidad que la Ley, pues se filtra en los recovecos de la humanidad buscando la luz que el ius positivismo radical intenta apagar.

Así las cosas, la importancia del lenguaje que se utiliza en la comunidad internacional y el tratamiento que se le da al asunto alrededor del globo, es un elemento que no se puede ignorar para entender el desprestigio de la comunidad LGTBIQ+ en países como Colombia. Ello por cuanto Colombia, y el resto del mundo, en reiteradas ocasiones ha recibido mensajes con un corte discriminatorio incluso sustentados, algunas veces, bajo la bandera de la ciencia.

Muestra de lo anterior es que en la década de los 80 y 90 la causa de la enfermedad del VIH estaba relacionada únicamente con la tendencia homosexual y drogadicta. Por ello, el lenguaje utilizado a nivel internacional para referirse a la enfermedad era también peyorativo y excluyente. Al respecto menciona Mirko Grmek (1992) que la ausencia de certeza científica condujo a hablar

² Se trata de la película de Disney Lightyear que fuera censurada en 14 países por contener una escena corta donde se evidencia un beso lésbico, que generó rechazo en países de oriente próximo y Asia. (El País, 2022)

de “la neumonía gay”, o del “cáncer gay” o de la “peste gay””.(p. 35). De igual forma lo menciona Arrizabalaga en 1997:

La actitud ambigua, cuando no abiertamente homófoba, de los expertos contribuyó a la estigmatización de los homosexuales como grupo social al que se presentaba como fuente y nicho de la nueva y desconocida enfermedad. En consecuencia, la práctica totalidad de las denominaciones que entonces recibía ésta la relacionaban de forma expresa con la homosexualidad masculina (gay cancer, gay pneumonie, gay plague, Gay-Related Immune Deficiency, Gay Compromise Syn-drome). (p. 172)

Otro de los mensajes abiertamente discriminatorios enviados a la comunidad internacional, fue la cultura norte americana “*don’t ask, don’t tell*” implementada por el presidente Bill Clinton como una herramienta que flexibilizaba la restricción de los homosexuales para servir al ejército estadounidense, prohibición que databa desde la primera guerra mundial (Yoshino, 1998). Esta nueva regla del “*don’t ask don’t tell*” permitía enlistar y servir al ejército a personas con orientación sexual diversa siempre y cuando se guardara absoluta reserva con respecto a su inclinación sexual y por supuesto les estaba vedada a dicha población la posibilidad de exteriorizar conductas consideradas para la época como desviadas.

Dicha medida, en principio, fue una pequeña victoria para la comunidad homosexual, toda vez que el Departamento de Defensa, ampliamente discriminatorio, llegó a afirmar, dentro de sus procedimientos y estándares de retiro que, “la homosexualidad es incompatible con el servicio militar”. (Army Regulation, 1997) Por lo tanto, pasar de un estado de prohibición absoluta a un estado de flexibilización fue considerado como un avance para la comunidad afectada.

Sin embargo, esta política adoptada era un avance minúsculo o incluso insignificante para la comunidad LGTBQ+, pues si bien al momento del alistamiento ya no se preguntaba la inclinación sexual, durante el ejercicio del servicio se tenían extremas prohibiciones en la conducta. Como lo menciona Yoshino (1998) si "el miembro ha declarado que él o ella es homosexual o bisexual el miembro será dado de baja a menos que el miembro haya demostrado que él o ella no es una persona que participa, intenta participar, tiene una propensión a participar

o tiene la intención de participar en actos homosexuales” (p. 539) Tal es el grado de discriminación que aun sin haber participado en actos de este tipo, será dado de baja si se conoce que “ el miembro se ha casado o intenta casarse con una persona del mismo sexo biológico” (p. 539).

En este orden de eventos, el mensaje enviado a la comunidad internacional era claro: los derechos de la comunidad LGTBIQ+ estarán supeditados a los derechos y voluntades de las mayorías heterosexuales, y si bien, pueden estos concebirse a sí mismos con una orientación sexual diversa, más vale que no sea exteriorizada so pena de rechazo.

En este mismo sentido, otra prueba reciente de discriminación se observa en el Estado de Florida, Estados Unidos, en atención a que en el mes de marzo de 2022 el Senado de Florida aprobó un proyecto de Ley que protege el derecho de los padres en la educación de los menores. En consecuencia, se prohíbe fomentar o enseñar sobre orientación sexual e identidad de género en las aulas de clase. Argumentan los precursores de esta Ley que corresponde únicamente a la familia discutir los temas relacionados con la comunidad LGTBIQ+. (CNN, 2022)

En esta misma línea, vale la pena recordar que la homosexualidad era considerada alrededor del globo como una enfermedad (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, 1952) y solo hasta el 15 de diciembre de 1973 fue retirada de la segunda edición del manual de trastornos mentales (Barrientos, 2016), de igual modo, esta línea solo fue acogida por la Organización Mundial de la Salud a partir del año 1990 (Iguales, 2012). Así las cosas, si bien hoy la Organización Mundial de la Salud o la Asociación Americana de Psicología no asocian la homosexualidad a una patología, dicha perspectiva, según se ha observado, parece no haber calado profundamente, de tal suerte que, podría afirmarse que el discurso político o religioso en contra de las comunidades LGTBIQ+ ha tenido mejor acogida que el discurso científico alrededor del tema. Como menciona Barrientos (2016) la exclusión de la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales “no ha conducido, hasta la fecha, a la supresión del prejuicio y discriminación hacia gays, lesbianas y trans” (p. 336)

En igual sentido, puede mencionarse como mensaje de discriminación la creencia internacional de que la inclinación homosexual únicamente era un fenómeno de los hombres,

dejando de lado las relaciones homosexuales entre mujeres sobre las cuales apenas aparecen estudios en español a partir del año 2013. (Barrientos, 2016). Incluso sobre esta perspectiva, expone Gonzales y Aguilera (2019) que “durante la época franquista ni siquiera se consideraba una realidad y mucho menos se tomó en cuenta la posibilidad del amor y la sexualidad entre las mujeres”. (p. 228). Lo anterior, por supuesto, se relaciona fuertemente con la creencia nociva antes enunciada que atribuía el fenómeno del VIH únicamente a los hombres homosexuales.

De manera similar pueden mencionarse fenómenos de discriminación en Europa, en especial, en los gobiernos de corte dictatorial o totalitarista, como España durante la época del franquismo y Alemania durante el nazismo. Ejemplo de lo anterior, es que durante la vigencia del gobierno de Francisco Franco se estatuyó como columna vertebral de España la familia tradicional heterosexual, considerando los homosexuales como desviados que brindaban un espectáculo degradante y odioso incompatible con la moral franquista. En esta misma línea, la Alemania nazi consideraba la homosexualidad como un colectivo ofensivo con igual envergadura que los judíos o gitanos, por lo tanto, debían ser perseguidos y aniquilados. (Vaño, 2001).

De igual modo, en la actualidad se puede mencionar como el fenómeno de rechazo y discriminación se presenta a grandes rasgos en Rusia, donde en el mes de octubre de 2022, la Cámara Baja del Parlamento aprobó por unanimidad una Ley en contra de la propaganda LGTBIQ+. Con esta disposición se procura restringir cualquier contenido audiovisual, artístico o literario que produzca dicha comunidad, sin distinción alguna de contenido para jóvenes o adultos. De esta manera, el Estado podrá ampliar la lista de contenido que categoriza como prohibido e impondrá sanciones a quien haga propaganda relacionada con la comunidad mencionada. (ABC, 2022)

Ahora bien, sorprende en gran medida que estos mensajes fueran desarrollados por comunidades pluriculturales y tengan aceptación en países de primer mundo como Estados Unidos, pues ello sin duda refuerza el mensaje de exclusión que se lleva a la comunidad internacional, en especial, a los países en vía de desarrollo que constantemente procuran parecerse a las grandes potencias mundiales.

Por otra parte, en América Latina aún hay países que ignoran la necesidad de protección que debe brindarse a la comunidad LGTBQ+, enviando un mensaje de indiferencia a la sociedad. Como lo expone Barrientos (2016) “Venezuela, Paraguay o Bolivia no disponen de buenas legislaciones antidiscriminación hacia gays, lesbianas y trans comparados con otros países de la región” (p. 337). Lo anterior, se relaciona con lo mencionado por Federico Guzmán (S.F) quien expone que “Durante muchos siglos y aún hoy, los actos sexuales homosexuales han sido objeto de prohibición y silenciamiento en la cultura occidental, y especialmente en nuestra versión latinoamericana de la cultura hispánica.”

Colombia por su parte, no fue ajena a esta influencia internacional, por el contrario, durante los años 80 eran publicados libros segregadores como “Bazuco, Homosexualidad: enfermedades malditas” que afirmaban, según Serrano (1997) citando a Bronx (1979), que “el homosexual no es culpable por lo que siente pero “El pecado es la aceptación libre y voluntaria de las prácticas homosexuales y lesbianas” (p.86), ante lo cual debe buscar tratamiento psicológico o por lo menos renunciar a la sexualidad” (p.7.)

Bajo este contexto, puede recordarse que hasta apenas el año 1980, a solo 10 años de la actual Constitución Política de Colombia, estuvo vigente en el Código Penal el delito de acceso carnal homosexual. Que si bien no era una disposición que se aplicara usualmente, el hecho de pretender condenar a prisión a una persona por sostener prácticas homoeróticas, dejaba en evidencia el corte homofóbico de la sociedad colombiana. (Bustamante, 2008). Cabe mencionar que esta despenalización, no es producto de una evolución cultural colombiana hacia la tolerancia, sino que viene de la mano con el suceso de que la homosexualidad haya sido retirada del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. (Avella, 2015). Lo anterior, es sin duda un hecho revelador de la gran autoridad que ejercen los contextos internacionales dentro de las instituciones políticas internas de un país.

Ante estas situaciones nacionales e internacionales, la crítica es necesaria, pues si bien la discriminación se puede dar en el ámbito privado por ser la diferencia una condición inherente a la existencia humana, en el derecho público es un fenómeno inadmisibles, toda vez que es el Estado el canal para corregir las situaciones injustas que se viven en la particularidad. En otras palabras,

es humano mirar distinto al otro, pues es común en las culturas evidenciar grupos que se excluyen con otros, sea por instinto (Noah, 2014), por necesidad, por miedo, entre otras, no obstante, estas prácticas le están vedadas al Estado Social de Derecho, pues aquel tiene la obligación de corregir la zozobra de aquellos que están siendo apartados de la dignidad.

Con lo precedentemente expuesto, queda en evidencia que la comunidad internacional ha manejado un lenguaje explícito, abiertamente excluyente o en algunos casos indiferente con respecto al tópico de la orientación sexual diversa. Este lenguaje políticamente inapropiado, con ayuda de los discursos religiosos como manifiesta Gonzales y Aguilera (2019) pues “la Iglesia Católica comenzó a criminalizar estas prácticas, llegando a considerarlas delito o perversión” (p. 227), se ha transmitido en la conciencia colectiva de gran parte del mundo, haciendo que el fenómeno de la homosexualidad, su discriminación, violencia e injusticia se asuman como un estado de total normalidad.

Así las cosas, puede afirmarse que una de las causas de desprotección de la comunidad LGTBIQ+ es el lenguaje usado en la comunidad internacional, implícito en el rechazo sistemático e histórico del comportamiento homosexual, pues este lenguaje, sea verbal, artístico o conductual contribuye a la formación de una conciencia común nociva que tiene como consecuencia la estigmatización de la población LGTBIQ+. Estigmatización que igualmente funge como factor de desprotección por llevar este impregnado el sabor de la discriminación.

1.2 La falta de interiorización conceptual de los términos que comprenden el marco de los derechos sexuales como causa de desprotección fundamental.

En la actualidad es común en la sociedad usar el término homosexualidad para abarcar el amplio mundo de la orientación sexual (Serrano, 1997) , así las cosas, la sociedad suele reducir la gran diversidad de inclinaciones sexuales a un solo concepto, ignorando de plano la existencia de otras representaciones identitarias o sexuales. Esta costumbre ha afectado fuertemente la comunidad LGTBIQ+, pues con ello se desconoce los estilos de vida trans, gays, lésbicos, binarios, entre otros que hacen parte de la comunidad y a quienes se les reduce al término homosexual por ser una

acepción que se ha incrustado en la conciencia de las personas. Así las cosas, diría Serrano (1997) “no hay una sino muchas homosexualidades” (p.4)

Este reduccionismo se comporta como una forma de desprotección pues minimiza la problemática de la orientación sexual únicamente a la homosexualidad, en especial, por cuestiones culturales, a la homosexualidad de hombres. Como expone Barrientos (2016) “la homogeneización de la diversidad sexual, en una única categoría única como “homosexual” podría llegar a constituirse en un reduccionismo que no da cuenta de la enorme variedad existente de las relaciones entre personas del mismo sexo” (p. 334)

En esta instancia, vale la pena entonces entender que homosexual es simplemente “la persona que, en su tendencia y comportamiento sexual, muestra inclinación hacia personas del mismo sexo” (Pardo, 1995, p.82). Es decir, la homosexualidad involucra una interacción afectiva, sexual, emocional, intelectual o sentimental hacia el mismo sexo (Guzmán, S.f). En este mismo sentido, puede expresarse que la homosexualidad es una preferencia para relacionarse en muchos aspectos, entre ellos erótico-afectivos, con personas del mismo género. (Álvarez-Gayou, 2000)

También, cobra relevancia entender que la homosexualidad no debe ser considerada como una condición, como en múltiples oportunidades, equivocadamente, menciona la Corte Constitucional, pues la “condición” supone un juicio de valor sobre quien asume dicho comportamiento. Dicho condicionamiento lo restringe como si su comportamiento fuese guiado por un instinto o patología, y no por una decisión consciente, libre y racional. Así las cosas, resulta peyorativo inferir que el ser humano está condicionado por situaciones externas a su razón o que es esclavo en asuntos como la orientación sexual. (Pardo, 1995)

Así las cosas, este apartado procura vislumbrar un mundo de acepciones que son necesarias para un entendimiento integral del fenómeno de la orientación sexual diversa, sobre todo, intenta comprender cómo esa falta de educación e interiorización en la sociedad a cerca de las palabras y términos que rodean los derechos sexuales se convierte en una causa de desprotección. Por lo tanto se describirán los significados de las siglas LGTBIQ+ y si aquellas han sufrido modificaciones a lo largo de la historia. De igual manera, se dará una mirada pedagógica a conceptos como sexo,

genero, identidad, entre otros, que suelen confundirse en la sociedad dificultando la aprehensión de su significado y en consecuencia obstaculizando su garantía constitucional.

Es importante mencionar que el valor de este apartado es justamente conocer, así como conocer la historia nos conduce a la conciencia necesaria para no repetirla en caso de que sea nociva, de igual forma el conocimiento sobre los aspectos que rodean la identidad sexual nos abre las puertas para no repetir errores del pasado. Ello por cuanto lo que se hace y deja de hacer en la académica tiene un impacto dentro de la sociedad, especialmente para estos grupos poblacionales. En virtud de lo anterior, es importante que la sociedad interiorice las investigaciones o estudios que hay sobre el tema para que sus actos exterioricen mayor garantía y protección a la dignidad de estas minorías. Como diría Serrano (1997) “El ejercicio investigativo no está separado de las relaciones de poder y hegemonía que viven las sociedades y tanto los objetos de la investigación como los modos de hacerla están relacionados con aquellas; lo que se dice y lo que se deja de decir afecta a los grupos implicados en ello y tiene a veces costos sociales altos”. p.12

En este orden, el desarrollo de este subtítulo contribuye con la superación de la “política de los enunciados” (Foucault, 1977, pg. 25), es decir, el control de discurso que se implementa en la sociedad respecto a la sexualidad. Que como se verá más adelante, es un aspecto en el cual deben hacerse aportes, pues se advertirá como el Estado Colombiano y sus instituciones parecen ser el producto de ideas del siglo xviii y xix cuando “la sexualidad es cuidadosamente encerrada. Se muda.” donde “La familia conyugal la confisca. Y la absorbe por entero en la seriedad de la función reproductora. Entorno al sexo, silencio.” (Foucault, 1977, pg.9)

En primer lugar, una de las grandes preguntas que pudiera hacerse una persona ajena a estas comunidades, o un anciano a quien le resultan extrañas estas nuevas cosmovisiones de vida, podría ser ¿Qué es LGTBIQ+? o que significa dicho acrónimo. Pues bien, aunque cada letra tiene un significado, en conjunto hacen referencia al movimiento social de las personas con orientación sexual e identidad de género diversa (Defensoría del Pueblo, 2021) que pretende reivindicar los derechos y libertades de quien se identifica con un estilo de vida divergente al heterosexual.

La primera manifestación de este movimiento se remonta al 28 de junio de 1969, cuando por causa de los abusos policiales que padecían las personas gais y trans en Nueva York, Estados Unidos, durante una inspección en un bar conocido como Stonewall Inn, uno de los pocos que atendía esta población en la ciudad, estalló una contienda entre las personas del lugar y la policía pues los homosexuales se negaron a mostrar su tarjeta de identidad y las mujeres trans se negaron a ser requisadas. A este evento posteriormente se le conocería como la Revuelta de Stonewall (La vanguardia, 2019). Este primer momento de revolución cultural tiene un significado importante para dicha comunidad, por lo tanto, en esta fecha se conmemora el día internacional del orgullo LGTBIQ+. (Colombia Diversa, 2022)

Este hito histórico se comporta como el comienzo formal de la comunidad que era conocida como LGBT, dicho apogeo concurre durante diversos días con diversas protestas sociales contra la policía dejando desmanes, heridos y detenidos. Hechos que dejaron consecuencias para los protestantes que transigieron durante meses lo que da pie a la creación de las primeras dos organizaciones de activismo para la comunidad, el *Gay Liberation Front* y la *Gay Activist Alliance* las cuales tenían como objetivo principal visibilizar los problemas que afrontaba la comunidad, como lo eran abusos continuos de las autoridades y civilización, agresiones físicas y verbales, asesinatos y demás. Todo esto por sus disímiles ideologías y preferencias. Al poner de manifiesto dichas problemáticas se convoca el 28 de junio de 1970 en las ciudades de Nueva York y los ángeles a la marcha denominada “*liberación de Christopher Street*” en honor a las calles que fueron epicentro de lo que se podría denominar el estallido social. (Vives, 2019) Años después el presidente Bill Clinton dio una muestra histórica en la trayectoria del movimiento que llevaba treinta años emergiendo por las calles los días 28 de junio anualmente por la exigencia de igualdad en sus derechos, al conmemorar su aniversario número treinta y recordar el mes de junio como el “mes del orgullo gay y lésbico”.

A lo largo de los años se ha ido añadiendo siglas a su descripción dándole más fuerza y diversidad al movimiento, pues en la conocida revuelta solo agrupaban los conceptos de (L)lesbiana, (G)gay, (B)bisexual y (T) transexuales. Por lo cual, una década después el mes de junio es reputado por el presidente Barack Obama como el “*mes del orgullo lésbico, gay, bisexual y transgénero*” (C.Macías, 2022). Actualmente para hacer referencia al colectivo se menciona

como el movimiento LGBTIQ+ haciendo referencia a una categorización más amplia como lo sería lesbiana, gay, bisexual, transgénero, travesti, transexual, intersexual, queer y la sigla más (+) para hacer referencia a las personas que no se identifican con ninguna de las anteriores.

La importancia de este acrónimo, es que se desarrollado como una bandera de visualización de esta comunidad, que le da cierta relevancia política y soporte social, conforme Colombia Diversa (2019) “la sigla se ha convertido en una herramienta para visibilizar la organización y el posicionamiento político a nivel nacional e internacional, en torno a la defensa de derechos relacionados con la diversidad sexual y de género, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y la violencia” (p.12).

Pero para un correcto desarrollo del tema y sus referencias es de vital importancia la explicación de cada una de estas identidades como por ejemplo lo define la Organización para los Estados Americanos y a su vez la Organización de las Naciones Unidas (Organización de los Estados Americanos, 2016) se hace un breve recuento para sigla o significado de las siglas LGBTIQ+ como lo es:

Lesbiana: Son aquellas que se reconocen como mujeres y sienten atracción sexual por otras mujeres.

Bisexual: En esta categoría se hace referencia a las personas que sienten atracción sexual tanto por los hombres como por las mujeres.

Queer: Es aquella que piensa las relaciones, las preferencias sexuales y las expresiones de un género fuera de la heteronormatividad. Por lo cual, no preside las gravámenes de género que parten del apócrifo de que los seres humanos están condicionados a la equivalencia de hombre y mujer.

Gay: Son individuos que se identifican como hombres que sienten afinidad sexual por otros hombres.

Transgénero: Son los sujetos cuyas identidades de género son diferentes del género que se les asignó al nacer y no necesariamente implica un cambio de sexo. Como lo explicaría mejor

Casas y Méndez (2018) “es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos” (p.84)

Transexual: Son personas que se identifican con el sexo contrapuesta al nacer por lo cual pasan por una transformación que implica un cambio de sexo.

Intersexual: Son individuos que cuentan con tipologías tanto genéticas como fisiológicas de ambos sexos.

Travesti: Es un sujeto que se expresa y viste de acuerdo con el género opuesto, podría ejemplificarse como persona nacidas como hombres que se identifican, visten y actúan como personas nacidas como mujeres. Así las cosas son “personas que asumen una identidad atribuida socialmente al sexo opuesto, sobre el cual es pertinente precisar que algunas personas travestis intervienen sus cuerpos con hormonas y cirugías” (Casas y Méndez, 2018, p. 85)

En este punto, es menester mencionar la diferenciación entre la persona homosexual y la persona gay, pues son conceptos que tienden a confundirse o a incorporarse uno en el otro. Esta situación es explicada por Uribe y Arce (2004) al manifestar que la homosexualidad es un término que ayuda a referirse a la preferencia del deseo de un sujeto por los de su mismo sexo, mientras que lo gay es un conjunto de vivencias sociales que estructuran una subjetividad la cual se refuerza relacionándose con los demás, en sus territorios, costumbres y valores. Quiere decir esto que, “se puede ser homosexual, no necesariamente se es gay, ya que esto último implica tener relaciones y moverse dentro de la comunidad gay.” (Lozano, 2009, p.157)

Así pues, debe decirse que la anteriores acepciones hacen parte del proceso de desarrollo de la identidad sexual. La cual es una amalgama de características personales, entre las cuales se incorporan el sexo, la orientación, el género (Alcántara, 2013) y permite a las personas formular un concepto de sí mismo (OMS/OPS 2000:7) y es de vital importancia por ser un concepto inherente a la orientación sexual, está vinculado a múltiples aspectos de lo humano que se integran en un todo altamente complejo y por sí irreductible a sus partes.

Así las cosas, no puede reducirse el tema de la identidad sexual únicamente a las personas gay, como tampoco la orientación puede ser reducida únicamente a la homosexualidad, cuando existen tantas categorías y conceptos que integran dichos colectivos. En este sentido, ignorar la relevancia de los conceptos que incorporan la asignatura de la identidad sexual desconocería las garantías que se le deben dar a los conceptos de género, de sexualidad u orientación sexual. En otras palabras, como puede protegerse un colectivo si se ignora su existencia, si se reduce a sus integrantes únicamente a homosexuales.

Esto va en consonancia con lo mencionado por el profesor Miguel Ignacio Romero (2021) pues el lenguaje también puede ser una fuente de violencia, con lo que debe pulirse el uso de las acepciones y conceptos en materia de orientación sexual. Mas aun cuando, “las personas pueden avocar por medio del lenguaje su propia identidad, como la sexualidad y su propia identidad de género” por lo que “las expresiones excluyentes generan un impacto en las relaciones sociales, así, las personas LGBTI+ ocultan su sexualidad a fin de cumplir con los estándares sociales admisibles” (p.496)

Por otro lado, la sexualidad humana implica conjugar diversos estados de carácter biológico, emocional, social y cognitivo. De esta forma, la identidad sexual es un producto que abarca el fenómeno biológico de la genitalidad hasta el fenómeno psicológico de su aprensión y reconocimiento, lo que permite que el ser humano, una vez desarrollado un ejercicio cognitivo y emocional se reconozca a sí mismo como una entidad singular, es decir, pueda hacerse un concepto de sí mismo como menciona la OMS. Para poder entender la formación de la identidad sexual en el ser humano es importante tener en cuenta cuáles son los componentes de la sexualidad y los aspectos que la constituyen:

Sexo Biológico: Puede ser definido como la integración de características biológicas y funcionales que determinan la asignación de sexo al recién nacido. Así pues el sexo biológico incorpora componentes como el sexo cromosómico, sexo gonadal, los genitales externos e internos, los componentes neuroendocrinos y neuro encefálicos (Fundación Huésped, 2022).

En similar sentido, este concepto es adoptado por la Corte Constitucional en Sentencia T-804 de 2014 con base en lo mencionado por el Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH- en el documento: Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos, así: “Conjunto de características físicas, biológicas, anatómicas y fisiológicas de los seres humanos, que los definen como hombre o mujer. El sexo viene determinado por la naturaleza, es una construcción natural, con la que se nace” (ACNUDH, 2013)

Identidad de Género: Es la convicción íntima, el sentimiento básico internalizado de una persona, la experiencia psicológica interna de sentirse a sí mismo como mujer u hombre. Normalmente este sentimiento íntimo se define a los 3 años de vida y generalmente corresponde al sexo asignado, es decir es la forma en la que auto reconoce la persona independiente de su sexo biológico. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2021)

Conforme el documento Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos la identidad de género “Es la vivencia interna e individual de cada persona, la cual puede corresponder o no al sexo asignado biológicamente al momento del nacimiento o que haya decidido darse a partir de las modificaciones de apariencia o funcionalidad, a través de intervenciones médicas, quirúrgicas, o de otra manera, siempre y cuando lo haya hecho de manera libre” (ACNUDH, 2013).

Rol de Género: Hace referencia a los roles o comportamientos que una sociedad asigna a hombres y mujeres. Es decir, son atributos o comportamientos definidos como masculino o femenino en diferentes épocas y en una cultura determinada. Estas conductas también se encuentran generalmente en concordancia con el sexo biológico y la identidad de género. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2021). De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), el género se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres.

El género fue definido por la Corte Constitucional en Sentencia T-804 de 2014 con base en la recomendación General N° 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra

la Mujer, así: “se refiere a los estereotipos, roles sociales, condición y posición adquirida, comportamientos, actividades y atributos apropiados que cada sociedad en particular construye y asigna a hombres y mujeres” (right-to-education.org, 2010).

Orientación Sexual: Puede definirse como la dirección de los intereses eróticos y afectivos, es la preferencia o atracción que tiene un individuo por otro, ya sea heterosexual, homosexual o bisexual. (Fundación Huésped, 2022). “La orientación sexual se define a su vez como la atracción sexual, afectiva y romántica hacia otros” (Corte constitucional, T-450A, 2013)

La orientación sexual también fue adoptada por la Corte Constitucional en sentencia T-804 de 2014 con base en el documento del ACNUDH, 2013, como “la capacidad de sentir atracción emocional, afectiva y sexual por otra persona, independiente del sexo biológico, o de la identidad de género, así como de la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con esas personas. Dentro de esta categoría se identifican tres grandes tipologías de orientación sexual.” (ACNUDH, 2013)

Sexualidad: El concepto de sexualidad hace referencia al modo de sentirse esta condición sexuada (sexo) y a la vivencia subjetiva de esta condición. Mi manera peculiar de ser el hombre o la mujer que soy; en el plano personal y en la medida en que vivo rodeado de otros hombres y mujeres. Sería como vivo mi realidad de hombre y mujer; y también como me siento orientado hacia los hombres o las mujeres me rodean. (Santiago Frago, 2004)

Siguiendo la línea de los anteriores conceptos, la identidad sexual suele entenderse como una propiedad que unifica ciertas características del ser, es decir, a través de los años los individuos recogen todos los anteriores conceptos para construir su propia identidad sexual, que le permite autodeterminarse en su esfera sexual y afectiva, por ello, esta identidad tiene un núcleo compuesto por una conciencia sobre el sexo, la sexualidad, el género y la orientación, en otras palabras, es un saber esencial acerca de la propia existencia.

La identidad de género, el rol de género y la orientación sexual constituyen la identidad sexual de una persona, siendo la sexualidad la expresión de esta identidad sexual en una persona. Cada

uno de los aspectos descritos va evolucionando en el proceso del desarrollo desde el recién nacido hasta el adolescente, dándole un sentido en el logro de la identidad sexual. (Fundación Huésped, 2022)

Para comprender la noción de identidad sexual, en el año 2000, la Organización mundial de la salud (OMS) y la organización panamericana de la salud (OPS) formularon un documento que con miras a la salud sexual. En dicho escrito se manifiesta que:

“La identidad sexual es la manera como la persona se identifica como mujer o como hombre, o como una combinación de ambos, y la orientación sexual de la persona. En el marco de referencia interno que se forma con el correr de los años, que permite a un individuo formular un concepto de sí mismo sobre la base de su sexo, género y orientación sexual, y desenvolverse socialmente conforme a la percepción que tiene de sus capacidades sexuales” (OMS/OPS 2000:7)

Así pues, es loable expresar que la noción de identidad sexual es incierta, si se entiende que recoge una infinidad de palabras y conceptos inacabados como la orientación sexual, el género, la genitalidad, sexo, masculinidad, feminidad, entre otros. En últimas la identidad sexual comporta una indeterminación de la identidad o en algunos casos una identidad inacabada que se descubre a sí mismo a partir de la conciencia. (Alcántara, 2013).

En este mismo sentido, Alcántara (2013) citando a Silva y Valls (2011) sobre el significado de la identidad sexual menciona que es:

“el conjunto de características sexuales que nos hacen genuinamente diferentes a los demás (la percepción de nuestra sexualidad, nuestras preferencias sexuales, nuestros sentimientos o actitudes ante el sexo, etcétera). Podría decirse que dicha identidad constituye el sentimiento de masculinidad o feminidad (con todos los matices que hagan falta) que acompañará a la persona a lo largo de su vida y que no siempre se definirá de acuerdo con su sexo biológico o su genitalidad. Por tanto, la identidad sexual es la combinación de muy diversos factores: biológicos, ambientales y psicológicos” (p. 173)

Concluye la Organización Mundial de la Salud (2006) que “la sexualidad humana es un aspecto central del ser humano, presente a lo largo de su vida. Abarca al sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vivencia y se expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales.”

Por último, vale la pena mencionar que el uso de la terminología, conceptos o acrónimos que rodean la diversidad sexual no se ha establecido de manera pacífica dentro de la comunidad. En Colombia, por ejemplo, sobre los años 2000 se suscitaron incluso discusiones acerca del orden de las letras del movimiento LGTBIQ+ por parte de los mismos integrantes. (Castillo, 2018). En este orden de ideas, se advierte que la definición o aceptación de estos conceptos por parte de la sociedad son un proceso complejo, la falta de educación e ignorancia que gira en torno al lenguaje usado en el día a día de la diversidad sexual puede constituirse como una causa de desprotección.

Esto es así, si se tiene en cuenta que desde la institucionalidad pública, la familia tradicional, los colegios o aulas universitarias, existe una tendencia reduccionista de la comunidad LGTBIQ+ únicamente al término homosexual (Serrano, 1997). En otras palabras, el amplio mundo que rodea la diversidad sexual termina siendo minimizado a una sola población de las tantas que la integran. De igual forma, se desconocen las necesidades de estos grupos minoritarios cuando se ignoran y no se discuten sus derechos en los claustros legislativos por el desconocimiento que sobre el tema tienen los representantes de la nación, por ello, no es para nada arriesgado afirmar que la ignorancia que rodea el tópico aquí tratado hace nugatoria su garantía.

1.3 La identidad sexual en la magistratura de las altas cortes en Colombia.

Hasta aquí, es claro que los conceptos que rodean los aspectos propios de la orientación sexual son amplios, extensos e incluso indeterminados, si se tiene en cuenta que desde el origen del acrónimo LGTBIQ+ este ha surtido algunas modificaciones conforme se van identificando grupos poblacionales con sus propias cosmovisiones.

De igual manera, se puede advertir que hay distintas causas que dan luces del porque el alto grado de discriminación y desprotección con estas minorías LGTBIQ+. Una de ellas es el desprestigio generalizado en las redes de comunicación universal, lo que conlleva a que personas que desconocen el asunto repitan indiscriminadamente los mensajes enviados a esa comunidad internacional. Otra de las causas, es la incapacidad para interiorizar y aplicar en las relaciones sociales la gran variedad de conceptos que existen en torno al tema de la identidad sexual, lo que dificulta la aprehensión de los mismos por parte de la sociedad y en consecuencia entorpece su garantía.

Ahora bien, es importante observar cuál ha sido el efecto de estas causas en las autoridades públicas colombianas, en especial, en la administración de justicia. Ello nos permite conocer cómo se ha desarrollado el asunto de la orientación sexual en las altas cortes judiciales colombianas y cómo estas han desconocido en algunos momentos los derechos fundamentales de las minorías patrocinando aún más la estigmatización y discriminación de estos grupos poblacionales.

Para comenzar, puede mencionarse la Corte Suprema de Justicia en el año 1982 (CSJ, Exp. No 942, 1982) para referirse a la prohibición de los jueces de ser homosexuales, sostiene que, existe una diferencia entre el fuero privado y el ámbito público de las personas, con lo cual hay actitudes y comportamientos que si bien pueden ser desarrollados en la intimidad y la vida privada, no pueden ser expuestos en la vida pública so pena de mancillar la dignidad de ciertos cargos que ocupan los servidores públicos. En consecuencia, se infiere de la sentencia que la homosexualidad es un “mal comportamiento social” y atenta contra la probidad, la moralidad y rectitud que debe resaltar en los empleados del Estado. Así pues, concluye la Corte Suprema que son sancionables las conductas que representan un escándalo o actitud indecorosa que ponga en riesgo un fin superior como lo es la dignidad de los cargos del Estado, dignidad a la cual se encuentra sometido todo aquel que desee ingresar al sector público.

En este mismo sentido, se expresa la Corte Suprema de Justicia en demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 960 de 1970, Artículo 198, numeral 1 (Estatuto Notario), que prohibía a dichos funcionarios “La embriaguez habitual, la práctica de juegos prohibidos, el uso de estupefacientes, el amancebamiento, la concurrencia a lugares indecorosos, el

homosexualismo, el abandono del hogar, y, en general, un mal comportamiento social” (CSJ, Exp No 35, G.J 2409). Manifiesta en esta oportunidad que la sanción de estas conductas y su prohibición es legítima toda vez que, se protege la majestad y dignidad del servicio notarial.

Por lo pronto, puede observarse como antes de la Carta de 1991 era recurrente expresarse con respecto a la orientación sexual diversa como un asunto indigno que puede afectar el servicio público. Es también evidente que estas condiciones sexuales eran consideradas malos comportamientos que atentaban con los valores de la sociedad.

Una vez entró en vigencia la nueva Constitución Política de Colombia, con un nuevo catálogo de principios que persiguen la dignidad humana, amén de un clausulado que incorporaba los valores promulgados por las convenciones internacionales de derechos humanos, podría pensarse que la situación para la población LGBTQ+ cambiaría radicalmente. Empero, los argumentos y posturas excluyentes siguieron manifestándose en los magistrados de la nueva guardiana de la constitución, la Corte Constitucional.

Fue así como en sus neófitas sentencias la Corte Constitucional se inclinó por posturas estigmatizantes y discriminatorias, nuevamente sustentada en criterios morales colectivos de la época, ignorando por completo el clausulado constitucional y convencional existente.

Para comprobar esta línea de pensamiento conservadora que florecía en la Corte Constitucional, puede revisarse la sentencia T-539 de 1994 en la cual el alto tribunal resuelve el alcance constitucional de un comercial televisivo, que a juicio de los accionantes fue censurado vulnerando los derechos fundamentales de la población homosexual.

Este caso surge en torno a la censura efectuada por el Consejo Nacional del Televisión a una cuña televisiva denominada “Sida-referencia-Beso-duración 40” que pretendía incentivar el uso del condón en las personas por los altos índices de VIH en la población. No obstante, a pesar del fin noble del comercial, fue prohibida su difusión por aparecer en el dos hombre besándose y por incorporar un texto que reza “No tenemos prejuicios, pero use condón que es la única vacuna contra el Sida”.

En esta ocasión, la corporación considera que, al ser una pieza de publicidad dirigida a un público variado, incluyendo niños y adolescentes, la misma tiene una responsabilidad social. Pues los medios masivos condicionan el comportamiento y valores de los jóvenes y les está vedado invertir el orden de valores de la sociedad. En la sentencia, la Corte afirma con ingenio (a modo de ardid), para sustentar su tesis, que:

“los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población, no justifica un tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia”. (Corte Constitucional, T-539, 1994)

Cómo lo explicaría mejor López Medina, haciendo referencia a este infortunado argumento, sin rodeo alguno, “Los homosexuales pueden vivir su vida, pero la sociedad no tiene que tolerar la presencia pública de sus imágenes”. (López, 2016, p 37). Concluye la corte constitucional diciendo que el comercial es únicamente inconveniente y que mal haría el Consejo de Televisión al mostrar “como idénticas las conductas sexuales comúnmente reconocidas como naturales a las que son practicadas por un grupo específico de la población y que, de alguna manera, son excepcionales con respecto al comportamiento sexual de la generalidad de las personas” (Corte Constitucional, T-539, 1994)

Así las cosas, para la Corte la manifestación del pluralismo y de la diversidad no puede implicar el despropósito de “invertir el proceso de la naturaleza sexual en los niños y adolescentes, sobre cuya formación moral tienen especial interés el Estado y la sociedad civil” (Corte Constitucional, T-539, 1994). En esta instancia, incluso para el magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte excedió sus facultades argumentativas, y en su aclaración de voto expresó que la Corte Constitucional:

“no debe hacer análisis que partan del supuesto de tratar a los homosexuales como seres distintos a la generalidad de los humanos (...) resultan extrañas al fallo todas las motivaciones diferentes a la improcedencia de la acción de tutela, por tratarse de un acto administrativo (...) Todo lo demás era impertinente.” (Corte Constitucional, T-539, 1994).

De igual forma, pude evidenciarse como la Corte Constitucional en la sentencia T-569 de 1994, con magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, en el caso que involucra un menor de edad con orientación homosexual, permite que un manual de convivencia escolar este por encima de la constitución política y tenga la entidad suficiente para trasgredir el libre desarrollo de la personalidad al desconocer el enfoque diferencial que se debía adoptar con el menor.

En esa oportunidad, los hechos relevantes son los de un joven con orientación sexual diversa que cursa grado once, y quien decide tener pelo largo, maquillarse y asistir al Colegio con zapatos de tacón. La institución educativa le llama la atención de manera reiterada para que se someta al Manual de Convivencia, pues según esta, sus comportamientos no se ajustan a las costumbres del manual. Ante este hostigamiento social que recibe el menor por parte de las directivas, profesores y psicólogo, este decide retirarse de sus actividades académicas. Posteriormente, los padres solicitan a la institución recibirlo nuevamente, petición que es despachada desfavorablemente por que a juicio de la institución el menor se emancipo por su propia voluntad.

Lo que a simple vista pareciese un caso fácil de resolver a la luz de la Constitución y los principios convencionales, en atención a la primacía de los derechos de los menores y sobre todo teniendo en cuenta un enfoque integral de revictimización y no discriminación por razón de identidad sexual, la Corte Constitucional vira hacia argumentos que en la actualidad podrían catalogarse como inadmisibles. En su momento, la Corte manifiesta que el libre desarrollo de la personalidad tiene limitaciones, en este caso el derecho de los demás, hasta aquí, no existe novedad pues es un axioma jurídico universal que el límite de los derechos es el derecho de los demás. Empero, en el caso en concreto no se expone con suficiencia como el reconocimiento de sí mismo como homosexual, puede afectar la sociedad que circunda al individuo que decide a través de su conciencia auto proclamarse con alguna identidad sexual específica. Tampoco menciona porque la restricción de la educación del menor y de su libre desarrollo de la personalidad, se torna

necesaria, razonable y proporcional en sentido estricto para proteger otros intereses constitucionales superiores. Así pues, en su momento se pronuncia en el siguiente sentido:

“La Corte Constitucional ha sido enfática al proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos, y ha removido los obstáculos que se han presentado para su realización en los casos que han llegado a su conocimiento. Pero también ha señalado que el ejercicio de este derecho tiene limitaciones, dentro de las cuales se encuentran los derechos de los demás. Si las conductas homosexuales invaden la órbita de los derechos de las personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos no se ajustan a las normas de comportamiento social y escolar, aquéllas no pueden admitirse ni tolerarse. En el caso presente, el menor al presentarse al Colegio con zapatos de tacón, maquillado, etc. no solo infringió el reglamento educativo, sino que también puso en evidencia su propia condición sexual, y él mismo se encargó de que su derecho al libre desarrollo de la personalidad no pudiera ser objeto de protección, cuando optó por estas actitudes reprobables en contra de las condiciones normales y sanas del ambiente escolar transgrediendo el derecho de sus condiscípulos y el propio de su intimidad.” (Corte Constitucional, T-569, 1994)

En otras palabras, para la Corte el comportamiento del menor, por superar su esfera íntima y permitirse exteriorizarlo, se torna inadmisibles pues excede los estándares de normalidad y rompe los esquemas de lo que puede denominarse un ambiente escolar sano. Así las cosas, el alto tribunal termina justificando el abordaje de la institución que le exigía al menor “un comportamiento en el salón de mayor masculinidad” para que no interrumpiera la paz y convivencia comunitaria del colegio, ignorando por completo una solicitud de ayuda que en su momento presentó el menor para reconocerse como homosexual.

Igualmente, puede advertirse como el Tribunal Constitucional patrocina posturas conservadoras al sostener que el Colegio cumplió con una correcta labor de orientación pues siempre le indicó al menor lo reprochable de su comportamiento. Dicho de otro modo, la homosexualidad es un problema conductual que amerita orientación por ser un comportamiento reprochable.

Por lo anterior, la decisión estuvo enfocada en demostrar que la marginación que tuvo el menor fue provocada por el mismo y no por las actuaciones de la institución, lo que a todos rasgos es sin duda una revictimización, sobre todo si se tiene en cuenta que en una de las declaraciones del menor reza “Que su derecho al libre desarrollo de la personalidad se veía obstruido por la coordinadora del curso, pues ella, al saber de su situación le contó a "la demás gente" quién era, que debido a ello se enteraron profesores y alumnos, y que a partir de esa situación se presentaron dificultades en la relación con sus compañeros; se queja porque los niños de 6o. de grado salían a recreo y se burlaban de él.” (Corte Constitucional, T-569, 1994)

En este orden, se avizora nuevamente como la Corte opta por una protección nula de los derechos de las personas con orientación sexual diversa, ignora también el rendimiento académico del estudiante y sigue sosteniendo los argumentos expuestos en la ya mencionada sentencia T-539 de 1994 sobre las buenas costumbres y valores de la sociedad. Así pues, esta reiteración de argumentos es clara en la T-569 del 1994 en el siguiente apartado:

“Esta Sala de Revisión es enfática en señalar que el deber de los estudiantes radica, desde el punto de vista disciplinario, en respetar el reglamento y las buenas costumbres, y en el caso particular se destaca la obligación de mantener las normas de presentación establecidas por el Colegio. (...) El hecho de que el menor haya tenido un aceptable rendimiento académico no lo exime del cumplimiento de sus deberes de alumno.” (Corte Constitucional, T-569, 1994)

Con lo anterior, queda demostrado que la Corte pone un gran empeño en hacer respetar las buenas costumbres de la sociedad, incluso por encima de los derechos de identidad sexual de las personas. Para complementar lo antedicho, cobra importancia el alcance dado por la Corte con respecto al derecho del libre desarrollo de la personalidad, en el cual manifiesta que la razón de ser este derecho radica en que la persona sea “dueña de sí misma y de sus actos, reflejando una imagen limpia, digna para sí y para las personas con las cuales convive en la sociedad.” (Corte Constitucional, T-569, 1994)

Ello quiere decir que para la Corte el libre desarrollo de la personalidad se justifica únicamente cuando se muestra una imagen limpia, impoluta y digna, sin dejar de lado que el significado de dignidad estará entonces dado por la sociedad mayoritaria en la cual convive el individuo, sin que le sea permitido al sujeto auto percibirse como digno por sus convicciones, pues esta convicción debe ser validada mayoritariamente so pena de rechazo.

En este orden de ideas, puede evidenciarse como en la Sentencia T-569 de 1994, la corte omite tomar una decisión con un enfoque diferencial por la condición de menor de edad, omite también la identidad sexual del individuo que demandaba una protección especial por el contexto homófobo en que se desenvolvía y revictimiza el actor endilgándole responsabilidad por su marginalidad ignorando las circunstancias de hostigamiento que rodeaban el menor que lo llevaron a tomar la determinación de interrumpir sus estudios.

Contrario a la protección esperada de la Corte Constitucional, esta remata la sentencia diciendo que “lo anteriormente expuesto no conduce a enjuiciar en este proceso la situación personal de homosexualidad o no por parte del alumno, producto del libre desarrollo de su personalidad y del derecho a su intimidad, sino más bien al comportamiento en público en el plantel educativo que altera la disciplina del Colegio” (Corte Constitucional, T-569, 1994)

Ahora bien, otra providencia que refleja el enfoque desproteccionista de la Corte en sus años prístinos, es la Sentencia T-037 de 1995, que sin ningún tipo de eufemismo, manifiesta que la homosexualidad es una situación anormal de la cual no puede predicarse respeto y que de ningún modo podrá este comportamiento considerarse como virtud. En este orden, el tribunal constitucional manifiesta que:

“La igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal - como la homosexualidad- esté autorizado para actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones e incurrir, sin poder ser castigado, en conductas ajenas a la respetabilidad de un centro educativo, menos todavía si éste pertenece a una institución cuya alta misión exige de quienes la componen las más excelsas virtudes.” (Corte Constitucional, T-037. 1995)

En esta decisión se discuten los comportamientos homosexuales de un estudiante de la Escuela de Policía Simón Bolívar de Tuluá, quien fue retirado de la institución castrense por mala conducta, por supuesto, esta mala conducta estaba relacionada con su inclinación sexual. Pues a juicio del Director de la Institución, el “alumno había incurrido en la ejecución de actos de homosexualismo, lesionando gravemente la moral, el prestigio y la disciplina de la Policía Nacional”. (Corte Constitucional, T-037, 1995).

Así las cosas, la Corte hace un acercamiento mutatis mutandis a los paradigmas de la cultura anglosajona con respecto a la política, Don't Ask, Don't Tell (Yoshino, 1998), es decir, vivir la homosexualidad en la intimidad (López, 2017). Se recuerda que esta era una política Estatal estadounidense que permitía a las personas homosexuales integrarse a las fuerzas armadas con la condición de esconder o encubrir su identidad sexual, teniendo que guardar silencio con respecto a su orientación sexual (Wolff, 1997).

En este caso en concreto la Corte justifica la disciplina castrense y manifiesta que la formación moral de los estudiantes debe tener un rigor elevado en cuanto se trata de una institución que imparte enseñanzas a quienes pertenecen o habrán de pertenecer a la fuerza pública. Por lo tanto, a juicio del tribunal, la homosexualidad quebranta fuertemente la disciplina y ofende a los demás compañeros de la institución, amén de ser una conducta contraria a las buenas costumbres.

“Para la Corte es claro que, tanto los actos de homosexualidad como los que impliquen objetivamente el acoso o asedio a los compañeros dentro del establecimiento, quebrantan de manera ostensible y grave la disciplina y además ofenden a los demás integrantes de la comunidad educativa, quienes merecen respeto, por todo lo cual aquéllos deben ser oportuna y ciertamente castigados.” (Corte Constitucional, T-037, 1995).

Para culminar, la sentencia expone que la honra es un derecho que requiere mérito y que por lo tanto, no se vulnera este derecho fundamental cuando quien lo reclama ha cometido irrespeto hacia la institución. Cierra diciendo que “la mejor manera de haber conservado su honra y buen nombre era, en el caso de ZAPATA BEDOYA, su conducta seria y digna, el respeto y

consideración hacia sus compañeros y hacia la institución a la que pertenecía.” (Corte Constitucional, T-037, 1995).

En este sentido, la Corte contradice la sentencia proferida en primera instancia por la juez del circuito y no pasa a estudiar si quiera la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el *a quo* en contra del Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional que sanciona ejecutar actos de homosexualismo, ni tampoco permite la aplicación del principio de favorabilidad, por el contrario, manifiesta que el Decreto 100 de 1989 si bien fue derogado, dicha conducta sigue siendo reprochable conforme el Decreto 2584 de 1993 pues este establece como falta adoptar modales no acordes con las buenas costumbres y el respeto debido.

Dicho de otro modo, aunque la Corte reconoce que la norma fue remplazada y se eliminó el acto homosexual como prohibición expresa, este sigue siendo un acto censurable a la luz de las buenas costumbres, lo que es un tipo de sanción abierto.

Con lo antedicho, se evidencia como, bajo el argumento de revisar las conductas de manera objetiva, es decir, sancionando el hecho irrespetuoso o la conducta indecorosa, sin que importe la inclinación sexual del implicado, la Corte omite en esa oportunidad realizar un enfoque diferencial e incluso pretermite el análisis profundo de disposiciones normativas que en la actualidad, por tener un contenido fuertemente sospechoso o discriminatorio, deberían ser prohibidas por la constitución.

Incluso en la actualidad así lo reconoce la Corte Constitucional al referirse a normas que incorporan diferencias, prohibiciones o sanciones por razón de sexo, etnia, identidad sexual, religión, entre otras. Según la sentencia C-038 de 2021, toda disposición con contenido restrictivo o sancionatorio que conlleve un trato diferencial, debe tener una análisis exhaustivo que justifique su existencia a partir de la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sobre el particular se ha expuesto lo siguiente:

“En el caso de normas que incorporan tratos diferenciados en razón de categorías sospechosas, como el sexo, el escrutinio debe ser siempre estricto, esto es, en el marco del

mismo no solo debe preguntarse por la legitimidad constitucional o razonabilidad de la disposición, sino acerca de si esta persigue una finalidad imperiosa. Adicionalmente, si es apta, necesaria y proporcional en sentido estricto. La pregunta inicial es, por tanto, si el trato diferenciado que contempla la disposición objeto de examen persigue una finalidad constitucionalmente legítima e imperiosa.” (Corte Constitucional, C-038, 2021)

En este orden de ideas, en su momento, la Corte debió optar por un análisis más profundo de la categoría en que se enmarcaba el numeral 46 del Decreto 100 de 1989 al hacer referencia a “Ejecutar actos de homosexualismo”, ello por cuanto hoy no hay dubitación alguna de que las normas con contenido diferencial en razón de identidad sexual, raza, género, etc., son sospechosamente discriminatorias y por ende inaplicables.

En consecuencia, a falta de una argumentación suficiente que legitime la existencia de este tipo de normas, estas deberán ser retiradas del ordenamiento jurídico. Así pues, cualquier concepto o termino que haga relación a la identidad sexual de las personas, es una “categoría sospechosa, prohibida por la Constitución –artículo 13 C.P.–. El trato diferenciado que se sustente en este criterio, se presume directamente discriminatorio y desconocedor del derecho a la igualdad, a menos que se demuestre la razonabilidad y proporcionalidad de su uso” (Corte Constitucional, C-038, 2021).

Otra providencia que reproduce la postura anglosajona ya mencionada, es la sentencia T-097 de 1994, en donde la Corte Constitucional conoce el caso presentado por José Moisés Mora Gómez alumno de la Escuela de Carabineros "Eduardo Cuevas" de Villavicencio, quien fuera expulsado de la escuela por supuestas conductas homosexuales dentro de la institución. En esta oportunidad, si bien la Corte tutela el derecho alegado por el accionante, esta protección tiene un enfoque en el derecho al debido proceso, del cual se desprende el derecho de defensa y contradicción y de contera el buen nombre.

Empero, nuevamente la corte de manera pusilánime pone en un segundo escaño el derecho de las personas homosexuales a auto determinarse, ello por cuanto reconoce que las prácticas homosexuales, son en efecto la concreción misma de la homosexualidad y que dichos

comportamientos sólo adquieren sentido para desarrollar dicha naturaleza, sin embargo, este comportamiento debe atarse en el interior y su exteriorización no debe poner en riesgo la institucionalidad. En otras palabras, pesa más la forma institucional, la disciplina y la formación castrense que el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Esta paradoja, donde la Corte defiende teóricamente la homosexualidad pero el resultado es la prevalencia del establecimiento, se describe cuando menciona que “Es la incidencia en los objetivos institucionales lo que trae consigo la descalificación, no el rechazo de la persona en sí misma” (Corte Constitucional, T-097, 1994)

Así las cosas, se pregunta la Corte ¿qué hacer cuando el reproche social a las personas homosexuales no tiene un fundamento constitucional, pero aun así, genera agravio a los objetivos institucionales de la policía? La respuesta de la Corte es aplicar un juicio de ponderación, para armonizar y resolver el choque que se presenta entre los derechos de la persona homosexual, y el supuesto derecho de la institucionalidad. El resultado de este juicio, desafortunadamente da como resultado: “i) La prohibición de llevar a cabo prácticas sexuales de todo tipo dentro de la institución armada, se justifica por razones disciplinaria y ii) que la condición de homosexual no debe ser declarada ni manifiesta, pues la institución tiene derecho a exigir de sus miembros discreción y silencio en materia de preferencias sexuales”. (Corte Constitucional, T-097, 1994)

Sin embargo, si se analiza desde la óptica de la argumentación jurídica, este juicio de ponderación se torna desacertado, toda vez que se ponderan derechos humanos de carácter convencional y constitucional, en contra de supuestos derechos institucionales los cuales a todas luces no revisten la misma jerarquía. Así entonces, olvida la Corte que la ponderación es usada “para solucionar colisiones entre derechos y principios fundamentales” (Corte Constitucional, T-027, 2018).

En este orden de ideas, puede deducirse que lo que realmente hizo la Corte fue ponderar un principio, pues los derechos fundamentales se expresan como principios, (Mocora, 2017) y una regla, que era la norma que disponía como causal de mala conducta los actos homosexuales. Por lo anterior, puede observarse como se vacía el objeto mismo que persigue la ponderación, que es la construcción jurídica de los derechos fundamentales. Por lo tanto, es claro que los derechos

humanos, fundamentales, tipo principio, no pueden ser comparados o “enfrentados, dada su heterogeneidad, con las reglas legislativas” (Mocora, 2017, p.79)

En conclusión, es factible afirmar que la Corte Constitucional reiteró el enfoque, “don’t ask, don’t tell” de origen estadounidense, con lo que promueve un discurso contrario al espíritu antropocéntrico del Estado Colombiano. Pues convierte al ser humano en un medio para un fin institucional, ignorando que las personas con orientación sexual diversa son un fin en sí mismo que requieren protección y respeto del Estado Social de Derecho.

En palabras escuetas, en estos primeros pronunciamientos de la Corte, el mensaje es claro: la institucionalidad tiene una importancia superlativa en comparación con los derechos humanos de las personas, y en caso de colisión entre la libertad de pensamientos, el desarrollo personal y la dignidad e identidad de las personas, en contraste con los cánones establecidos por la sociedad, debe ceder el grupo minoritario, en este caso el sentir de la comunidad LGTBIQ+.

Con lo precedentemente expuesto, queda en evidencia que la Corte se aparta del concepto que sobre dignidad humana desarrollaría en años ulteriores, en el cual afirma que los individuos tienen un valor inherente a su condición humana y por ello, se exige de todos los poderes públicos, en especial de la administración de justicia, un trato especial que permita la realización del proyecto de vida de las personas. Ello por cuando debe entenderse que el Estado es una herramienta, un simple medio, para alcanzar los fines individuales que cada quien se impone en el transcurso de su existencia por considerarlos compatibles con su bienestar.

Por consiguiente, sobre la base de que el principio de la dignidad humana impone un parámetro de interpretación del ordenamiento jurídico y adicional funge como una carga que exige acciones afirmativas de cara a las demás reglas jurídicas existentes, es posible concluir que la Corte Constitucional de los primeros años, profirió decisiones que en nada se compaginan con el Estado Social de Derecho. Sobre la dignidad humana, años después, en sentencia C-143 de 2015 el alto tribunal se pronunciaría de excelsa manera, así:

“Esta consagración se basa en la teoría iusfilosófica de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo. Así, Kant afirma que un ser humano y generalmente todo ser racional existe como un fin en sí mismo. De esta máxima se deriva la primera formulación del Imperativo Categórico, esto es, la Fórmula de Humanidad que ordena que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona o en la persona de cualquier otro siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solo como un medio. De esta manera, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo.” (Corte Constitucional, C-143, 2015)

En este estado de cosas se confirma, por la misma Corte, que los juicios de valor moral sobre las conductas de las personas, que no riñan en modo alguno con derecho fundamentales de los demás, son un coto vedado para la estructura estatal, lo que incluye la prohibición de reproducir normas y sanciones que discriminen en razón del comportamiento homosexual.

Otra sentencia importante para los efectos de este trabajo, es la proferida por la Corte Constitucional el día 7 de marzo de 1996 con numeración C-098 de 1996, en la cual se resuelve la inconstitucionalidad del artículo 1 y literal a del Artículo 2 de la Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. Ello por cuanto el actor considera que existe una omisión legislativa al excluirse a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de conformar uniones maritales de hecho y sociedades patrimoniales de hecho, lo que en consecuencia vulnera el derecho a la igualdad y las garantías a conformar un grupo familiar con las mismas protecciones que tienen las parejas heterosexuales.

En esta oportunidad, lamentablemente, la Corte se olvida de sus amplias facultades constitucionales para modular las disposiciones legales e integrar el ordenamiento jurídico cuando sea necesario para garantizar la efectiva vigencia de los axiomas constitucionales y sobre todo para optimizar los derechos fundamentales de las personas. Sobre todo cuando con alguna norma de rango infra constitucional, pueda eventualmente excluirse un determinado grupo social. Esta

exclusión conduce inevitablemente a una desprotección por no encontrarse el grupo apartado cobijado por las consecuencias positivas que produce la norma examinada.

Así las cosas, con respecto a la constitución de parejas homosexuales expresa que la “La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental”. (Corte Constitucional, C-098, 1996). Lo anterior, sin dudas es incomprensible en la actualidad, pues la corte, sin ahondar profundamente en las razones fácticas con las que sustenta esta afirmación, cercena la posibilidad de construir un proyecto de vida fundado en el afecto, el trabajo y la ayuda recíproca de las personas del mismo sexo.

En esta decisión, la Corte manifiesta que las relaciones homosexuales no necesitan la misma protección establecida en la Ley para las uniones maritales de hecho de las parejas heterosexuales, pues no comparten la misma vocación. Ignora entonces que las relaciones afectivas homosexuales con vocación de permanencia deben incorporar integralmente todos las prerrogativas y garantías que se predicán de las relaciones heterosexuales sobre todo si la disminución de estas garantías comporta un agravio a la dignidad humana. Por ello, manifiesta que “El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso” (Corte Constitucional, C-098, 1996).

Posterior al fallo, como si los magistrados quisieran dejar claro que no pueden cambiar nada en la relación del Estado con las parejas del mismo sexo, se presentan dos aclaraciones de voto y un salvamento. La primera aclaración es propuesta por los magistrados, Eduard Cifuentes Muñoz y Vladimir Naranjo Mesa, quienes elegantemente se lavan las manos manifestando que “la extensión, por vía judicial, del régimen legal existente a las uniones homosexuales, en este caso, no sería posible, pues desconocería que es el Congreso el llamado a adoptar tal medida, de conformidad con el primado del principio democrático”. Postura que como se verá más adelante, está superada.

La segunda aclaración de voto es manifestada por el magistrado Hernando Herrera Vergara, quien si bien se encuentra conforme con la parte resolutive de la sentencia, aclara que no encuentra

motivo alguno de carácter constitucional, como para si quiera pensar en los homosexuales como opción o concepto familiar. En su momento expuso que:

“la familia como núcleo fundamental de la sociedad se constituye solamente por la decisión libre “de un hombre y una mujer” sin que puedan tener cabida como se ha expuesto dentro del contexto constitucional, las parejas homosexuales, para los efectos civiles de las uniones maritales de hecho y del compañero y compañera permanente, que forman parte de éstas, lo que no guarda consonancia con los principios de orden jurídico y con las situaciones normales y morales que regulan la familia como núcleo fundamental de la sociedad, en relación con la decisión libre “de un hombre y una mujer”, bien sea para contraer matrimonio o para conformar dicho vínculo familiar”. (Corte Constitucional, C-098, 1996).

Por último, se puede advertir el salvamento de voto del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, quien expresa que la de homosexualidad no es un derecho, ni mucho menos esta categoría puede ser un bien jurídicamente tutelable. Tal parece que para el magistrado Hernández no es suficiente tener la calidad de persona humana. Así pues, propone que “ La homosexualidad es un concepto que la Constitución no trata ni regula. No la proscribire pero tampoco de su preceptiva surge que le otorgue categoría de derecho jurídicamente reclamable” (Corte Constitucional, C-098, 1996). Por lo tanto, “No cabe, entonces, consideración alguna sobre la igualdad (artículo 13 C.P.) por la sencilla razón de que la regulación, exclusiva de la unión familiar heterosexual está consagrada en la misma Carta Política” (Corte Constitucional, C-098, 1996).

Ahora bien, con respecto a lo mencionado por la aclaración de voto de los magistrados Cifuentes y Naranjo, en lo que tiene que ver con la imposibilidad de la Corte Constitucional de llenar vacíos normativos que corresponden a espacios democráticos. Es imperioso manifestar que dicha postura fue superada ampliamente en virtud del valor normativo de la constitución y en atención al título de guardiana suprema de la constitución que ostenta la Corte Constitucional. Así las cosas, en la actualidad, la Corte profiere sentencias interpretativas e integradoras con las que condiciona o modula respectivamente una disposición normativa.

Para aclarar el tema, debe transcribirse un apartado de la Sentencia C-820 de 2006 que no deja asomo de duda de la función que cumple la Corte como protectora del ordenamiento jurídico constitucional, demostrándose a sí misma tácitamente, que las aclaraciones de voto descritas atrás son exabruptos jurídicos que riñen con el nuevo modelo de estado constitucional donde la Carta superior adquiere un valor normativo vinculante.

“Si una disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente.

(...)

De igual manera, la Corte ha considerado necesario proferir sentencias integradoras, esto es, aquellas en las que proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para que, de esa manera, se integren los vacíos normativos o se enfrenten las inevitables indeterminaciones del orden legal que resultan contrarias a la Constitución. Por ello, estas sentencias integran normas jurídicas para llenar vacíos legislativos que son inconstitucionales. (...) Por ello, si el juez, para decidir un caso, se encuentra con una indeterminación legal, ya sea porque el enunciado legal es insuficiente, ya sea porque el enunciado es contrario a la Carta, el juez debe proyectar los mandatos constitucionales directamente al caso, aun cuando de esa manera, en apariencia, adicione el orden legal con nuevos contenidos normativos” (Corte Constitucional, C-820, 2006)

Con lo antedicho, queda probado que no es viable que frente a una latente omisión legislativa que atente derechos fundamentales, la Corte guarde silencio y prefiera que esta desprotección se tramite en el foro público de la democracia sin siquiera exhortar a que así se haga. Por ello, lo dispuesto por los magistrados que aclararon voto, a saber, que: “No puede esperarse que el expediente fácil de una interpretación analógica, sustituya lo que debe ser fruto de una decidida y valerosa lucha política.” (Corte Constitucional, C-098, 1996), es una teoría que pierde su validez y desnaturaliza la existencia misma del alto tribunal constitucional.

Vale la pena mencionar en este apartado que, una vez superada la década de los noventa se profiere la Sentencia T-1426 del 2000, con magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, en esta providencia el problema jurídico gira en torno a la protección constitucional de una persona homosexual con VIH que no fue afiliada al sistema de seguridad social en calidad de beneficiaria por no estar incorporada la unión de personas del mismo sexo dentro de la definición de compañero permanente que trae la Ley. Así las cosas, manifiesta la entidad accionada que la afiliación no puede realizarse pues “no existe en la actualidad ninguna norma que permita al unión de personas del mismo sexo para darle validez legal” (Corte Constitucional, T-1426, 2000). Situación que fuera confirmada por el juez de primera instancia al mencionar que “la unión que mantiene el actor con su agenciado no está legalmente reconocida por la Ley colombiana”. (Corte Constitucional, T-1426, 2000)

Esta sentencia cobra vital importancia, en cuanto puede observarse como a partir de un pronunciamiento previo de la Corte Constitucional, en específico la C-098 de 1996, el juez de primera instancia fundamenta su decisión. Con lo cual, queda en evidencia la relevancia que adquiere un pronunciamiento de la alta Corte, ello por cuando imprime un sentido o una dirección específica al ordenamiento jurídico. En este caso, el a quo expresa que:

“la afirmación del actor relativa a la obligación del Seguro Social de afiliar a su compañero, en calidad de beneficiario, estima que no es procedente por cuanto esta Corporación, mediante Sentencia C-098 de 1996, declaró exequible el artículo 1o. de la Ley 54 de 1990, acorde con el cual, para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho la formada entre un hombre y una mujer que, sin estar casados, tienen comunidad de vida permanente y singular.” (Corte Constitucional, T-1426, 2000)

En esta oportunidad, la Corte Constitucional resuelve que, no es de recibo el argumento del accionante ni del juez de primera instancia, en cuanto no puede aplicarse por analogía la prohibición del régimen patrimonial de la unión marital descrita en la Ley 54 de 1990 para las parejas del mismo sexo, a los asuntos del sistema de seguridad social pues los objetos y materias de la Ley son completamente diferentes.

Empero lo anterior, aunque prima facie se creería que con esta introducción se iban a proteger los derechos que tienen las parejas del mismo sexo de ser tratadas de manera equitativa a las uniones heterosexuales, sobre todo en asuntos de salud, que en su momento tenían conexidad con la vida como derecho fundamental máxime de alguien con una patología como el VIH, lo que hace el alto tribunal es confirmar la sentencia de primera instancia y solo contradice esta de manera formal. Lo sorprendente del asunto es que la argumentación del caso es precaria, y posteriormente toma una decisión abiertamente desproteccionista basado en las definiciones que trae el Decreto reglamentario 1889 de 1994.

Así las cosas, resulta sorprendente como a pesar de que la Ley 100 de 1993 no estipula ninguna diferencia en razón a la orientación sexual, la Corte prefiera tomar las definiciones que trae su Decreto reglamentario para tomar una decisión que no se acompasa de ningún modo con la dignidad humana de las personas. Tampoco hace un juicio de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad para entender que esta discriminación es justificable constitucionalmente. A grandes rasgos expone lo siguiente:

“el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 estipula que el Plan de Salud Obligatorio tendrá cobertura familiar. Agrega que serán beneficiarios del Sistema, entre otros, el compañero o compañera permanente del afiliado, siempre que la unión sea superior a dos años, sin detenerse en su sexo. Es el artículo 111 del Decreto 1889 de 1994, reglamentario del sistema de pensiones, el que dispone que para efectos de la pensión de sobrevivientes ostenta la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él, durante un lapso no inferior a dos años.

Resulta pertinente precisar que por compañero o compañera permanente, en los términos de la Ley 100, debe entenderse la persona de diferente sexo que convive con el afiliado, conforme a lo precisado por el Decreto 1889 de 1994 y no por lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 54 de 1990.

(...) corresponde confirmar la decisión del Juez de instancia, puesto que (...) la persona del mismo sexo, que hace vida marital con el afiliado, en cuanto no fue

constitucionalmente asimilada al cónyuge, no puede acceder al Sistema como beneficiario, porque las normas que rigen la Seguridad Social no lo tienen previsto.”
(Corte Constitucional, T-1426, 2000)

Así pues, todo lo anterior deja sobre la mesa el corte conservador de esa primera ola de magistrados con respecto al asunto de la orientación e identidad sexual, situación que incluso fue corregida posteriormente, por lo menos en lo relacionado con la unión patrimonial de hecho, mediante sentencia C-075 de 2007. Esto quiere decir que, en el caso específico de los derechos patrimoniales de la parejas homosexuales, desde la providencia C-098 de 1996 hasta que fuera proferida la C-075 de 2007, transcurrieron aproximadamente 10 años en los cuales la comunidad LGTBIQ+ tuvo que someterse a una indefensión normativa injustificada, causada únicamente por una mirada conservadora, insostenible constitucionalmente, de la norma bajo estudio.

Hoy la constitución sigue siendo la misma, sin embargo el resultado es distinto una vez se revisa la norma a través del prisma ius fundamental que incorpora la Carta Superior. Por consiguiente, las preguntas que se estiman necesarias en esta instancia son, ¿qué sucede con aquellos grupos minoritarios que sufrieron agravio a sus derechos durante los años en que tardo la corrección del paradigma?, ¿debe existir algún tipo de reparación?, ¿puede endilgarse responsabilidad a la Corte Constitucional por los yerros jurisprudenciales posteriormente reconocidos tácitamente? O ¿basta solo con virar el precedente jurisprudencial?. Para dar respuesta a estas interrogantes se desarrollaran en los siguientes capítulos propuestas que permitan contestar estas preguntas a partir de las tendencias de la responsabilidad extracontractual del estado y teniendo en cuenta la prevalencia institucional de la Corte en el Estado Colombiano y su fuerza vinculante.

1.4 Garantía constitucional y protección convencional de los derechos relacionados a la identidad sexual en la actualidad.

En el subtítulo anterior, se hizo un ejercicio de revisión y análisis de las sentencias prístinas proferidas por la Corte Constitucional en casos que involucraban asuntos de orientación sexual, del cual pudo vislumbrarse una enorme desprotección para las comunidades y grupos poblacionales

LGTBIQ+. Ahora bien, esta nula garantía y protección de derechos atrás descrita, se torna aún más evidente si se traen a colación las nuevas posturas asumidas por la Corte Constitucional con apoyo de los elementos jurídicos existentes en el derecho convencional. Es por esto que, este apartado se hace fundamental en tanto reitera y esclarece lo antedicho, “la constitución es la misma, sin embargo el resultado es distinto”.

Expresado de otro modo, que hoy existan posturas robustas y claras en el ordenamiento jurídico interno y convencional entorno a la protección y garantía de las personas y población con orientación sexual diversa, pone en entredicho lo que en su momento argumentaba la Corte Constitucional. En otras palabras, revisar y estudiar el presente pone en evidencia los desaciertos jurisprudenciales del pasado que fueron advertidos en el anterior subtítulo entre los años 1992 y 2000.

En este orden, debemos comenzar expresando lo que tanto en la actualidad como en el pasado guarda vigencia:

"Todas las personas (...) 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. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados". (Constitución Política, 1991)

El enunciado anteriormente descrito hace referencia al principio fundamental de la igualdad prescrito en el Artículo 13 de la constitución política de Colombia, y debe ser interpretado armónicamente con los Artículos 1, 2 y 5 de la misma. Ahora, aunque por más de 30 años este articulado se ha mantenido incólume en la Constitución, sus aplicaciones, como hemos visto, han sido divergentes.

Este artículo 13 es fundamental en cuanto incorpora un elemento jurídico como lo es la igualdad real y permite una diferenciación con la igualdad formal, dejando claro que en el nuevo modelo de Estado Social de Derecho, es exigible la búsqueda de la igualdad real (Corte

Constitucional, T-432, 1992). Este nuevo elemento del principio de igualdad, demanda un esfuerzo adicional de las instituciones por cerrar las brechas de la inequidad según el contexto propio de los actores que participan en el Estado. En otras palabras, obliga a los actores estatales a tomar medidas y acciones afirmativas diferenciales (discriminación positiva) para la población discriminada o marginada (C-115, 2017), que posteriormente es denominada por la Corte como como sujetos de especial protección constitucional (Corte Constitucional, T-678, 2016).

Esta acotación dogmática es relevante si se entiende que el presente escrito tiene un enfoque diferencial intrínseco al tratar población que ha sufrido históricamente vejámenes, estigmatización y discriminación (Guzmán, s.f). Por lo que sea la oportunidad para expresar que no solo basta con repasar el presente y compararlo con el pasado, sino que ese análisis y lectura comparativa debe tener una perspectiva de género y un enfoque diferencial que permita una discriminación positiva en favor de estos grupos poblacionales.

Ahora bien, para entrar en contexto sobre la actualidad y el ahora que rodea el asunto de la identidad y orientación sexual, se podría comenzar mencionando brevemente uno de los planes de desarrollo que le apostó a la construcción de políticas públicas de la población LGTBIQ+ y que estuvo vigente para los años 2010-2014 denominado “Prosperidad para todos”, el cual ordena que el gobierno nacional a través de sus entidades gubernamentales lleven a cabo las acciones necesarias para la implementación y seguimiento de las políticas públicas nacional para la garantía de los derechos de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transgeneristas e Intersexuales como es conocido en la comunidad LGTBIQ+. Este plan de desarrollo procuraba que las entidades territoriales incluyeran en sus planes de desarrollo departamentales, municipales y distritales acciones y metas que garantizaran los derechos de las personas en las poblaciones LGTBIQ+.

Posteriormente, se observa como el decreto 2340 de 2015 establece que el ministerio del interior debe de diseñar programas de asistencia técnica, social y de apoyo para las organizaciones LGTBIQ+, en coordinación con las instituciones gubernamentales para dicha elaboración, ejecución, y seguimiento en las políticas públicas dirigidas a la población LGTBIQ+, para el ejercicio de sus libertades y derechos con enfoques diferenciales en el desarrollo y formulaciones de acciones conjuntas para las entidades del estado.

De igual modo, el Estado colombiano ha venido construyendo herramientas jurídicas para la protección de la población discriminada, lo cual se logra por ejemplo mediante la Ley 1482 de 2011, modificada por la Ley 1752 de 2015, a través de la cual se dictaron disposiciones para "sancionar penalmente actos de discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación".

El breve desarrollo normativo expuesto, permite advertir que Colombia, hasta hace muy poco, ha empezado a avanzar, aunque lentamente, en el reconocimiento de la población LGTBIQ+ y en la necesidad de implementar políticas públicas diferenciales que atiendan dichos grupos a lo largo del territorio nacional. Sin embargo, los grandes avances en materia de garantías y derechos fundamentales de estas comunidades han sido desarrollados por los instrumentos internacionales y por la misma Corte Constitucional que ha venido refrendando positivamente los pronunciamientos que aquí se estudiaron con anterioridad.

Por ello en la actualidad, deben revisarse los valores prescritos en los artículos 2º, 3º y 5º del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También los artículos 2 y 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como además los artículos 1º, 2º y 3º del Protocolo de San Salvador, y amen de lo anterior, los artículos 10, 11, 12, 52 y 53 de la Carta Andina para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

En este sentido, puede observarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han sostenido, de manera reiterada, que la obligación de prevenir las violaciones a los derechos de los sectores sociales LGTBIQ+ es de carácter general y permanente y cobija a todas las instituciones del Estado (Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012; y Caso Duque vs. Colombia, sentencia de 26 de febrero de 2016).

De igual modo, el 24 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó la Opinión Consultiva de 24 de noviembre de 2017, sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En esta, la Corte reiteró que se trata de categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente, puso en evidencia que la falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto y garantía plenos no puede ser considerado como un argumento válido para negar o restringir derechos humanos o perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural.

Por otro lado, mediante la Resolución AG/RES.2435 (XXXVIII-0/08), la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género resolvió "manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género".

Otro de los instrumentos importantes que pueden ser aplicados en la actualidad por parte de los operadores jurídicos del Estado, son los denominados Principios de Yogyakarta que nacieron cuando un grupo de expertos sobre derechos humanos decidieron reunirse en Indonesia entre el 6 y 9 de noviembre de 2006. Allí se procedió a analizar los impactos de la discriminación y violencia sobre personas con identidad de género diversas, ante lo cual surgieron lineamientos que permiten interpretar las diferentes declaraciones y convenciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estos lineamientos, en total 29, son los que se denominan "Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género" (Casas y Méndez, 2018).

Dejando al lado un poco el marco normativo internacional, nos adentramos nuevamente al ordenamiento jurídico interno, en especial, en materia de precedente judicial y jurisprudencia Constitucional, que ha tenido grandes avances en cuanto a garantía y protección de derechos de la comunidad LGTBIQ+, las sentencias que se mencionaron a continuación superan completamente el paradigma discriminatorio que en algún momento asumió la Corte Constitucional y pueden ser condensadas de la siguiente manera:

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la autonomía de las personas para definir su orientación sexual e identidad de género (SU-337 de 1999, T-551 de 1999, C-507 de 1999, T-1096 de 2004, C-577 de 2011, T-196 de 2016 y C-584 de 2015, entre otras, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado. Igualmente, considera la identidad de género y la orientación sexual como expresiones propias de la autonomía, identidad y libre desarrollo de la personalidad. La Corte insta a subsanar vacíos existentes en la normatividad vigente con el objeto de ampliar la protección y eliminar toda forma de discriminación.

De igual forma la Corte Constitucional, al abordar escenarios constitucionales que comprometen el goce efectivo de derechos en razón a la intersexualidad, la orientación sexual e identidad de género diversas, determinó estándares de protección entre los que se destacan la posibilidad de que las parejas del mismo sexo (i) conformen familia mediante la unión marital de hecho (sentencia T-717 de 2011) y el matrimonio civil (sentencias C-577 de 2011 y SU-214 de 2016), (ii) accedan al registro civil de sus hijos acorde a la realidad familiar que componen (sentencias SU-696 de 2015 y T-196 de 2016) y (iii) accedan a los efectos jurídicos que el Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones confiere a las familias (sentencia SU-623 de 2001).

En este mismo sentido, en lo que concierne a las personas trans e intersex, la Corte determinó reglas constitucionales para el acceso (i) al cambio del componente nombre y sexo en los documentos de identidad (Sentencias T-087 de 2014, T-797 de 2012 y T-099 de 2015), (ii) a procesos de reafirmación genital o de transformaciones corporales asistidas médicamente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (sentencias T-450A de 2013 y T-622 de 2014) y (iii) a la regulación de la situación militar, de conformidad a su identidad de género (sentencias T-476 de 2014 y T-099 de 2015).

Además, en la sentencia T-314 de 2011, la Corte Constitucional estableció que la ausencia de garantías para condiciones materiales de igualdad en casos de personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados implica la limitación o, incluso, la anulación de otros derechos como el acceso al trabajo, la educación y a una ciudadanía plena. En consecuencia, consideró que el Estado debe adelantar políticas públicas y acciones afirmativas para incentivar el reconocimiento,

el respeto y la protección de los sectores sociales LGBTIQ+ y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.

Con lo precedentemente expuesto, queda revelada la postura actual de la Corte Constitucional y como la misma ha avanzado en la protección y garantía de los derechos fundamentales de estos grupos marginados, en donde también hace uso de los principios y valores prescritos en los instrumentos internacionales para garantizar los derechos de la población LGTBIQ+, revelando así que no existía justificación alguna para pronunciarse de manera desproteccionista en los fallos proferidos entre los años 1992 y 2000 que fueron objeto de estudio en apartes atrás.

1.5 La religión de los LGTBIQ+.

El Constituyente quiso elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales y, en consecuencia, enfatizó el principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Cosa que, paradójicamente, defendió la Corte en la ya citada sentencia C-098 de 1996. Paradoja, si se tiene en cuenta que en dicha sentencia se da un discurso políticamente correcto más que eficientemente práctico, como ya se explicó apartados atrás.

Así pues, en su momento y para efectos de este subcapítulo, la Corte mencionó que dentro de las diversas manifestaciones y libertades individuales que protege la Carta no puede obviarse la órbita sexual y la órbita religiosa. Dando así un empujón a lo que aquí se pretende demostrar, que no es otra cosa que la obligatoriedad de proteger ambas orbitas con una misma intensidad.

“La democracia se ocupa ciertamente de promover por la vía del consenso los intereses generales. Pero, al hacerlo, en una sociedad que no es monolítica, debe dejar un adecuado margen al pluralismo (C.P. art. 1). Entre otras manifestaciones de diversidad, amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo e insuprimibles por la voluntad democrática, la Corte no puede dejar de mencionar la religiosa y la sexual. La opción soberana del individuo en estos dos órdenes no concierne al Estado, que ha de permanecer

neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social.”
(Corte constitucional, C-098, 1996)

En este acápite, este trabajo pretende proponer una mirada distinta y adicional a la tradicional relación que existe entre la comunidad LGTBIQ+ y sus derechos sexuales, derecho a la libertad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la obligatoriedad de protección por parte del Estado, aspectos sobre los cuales en la actualidad no hay duda de lo imperativo que resulta su satisfacción. Esta nueva mirada tiene que ver con los derechos a la libertad religiosa y de culto protegidos por el Artículo 19 de la Constitución Política de Colombia. En otras palabras, se plantea un nuevo elemento al discurso de protección para hacerlo más amplio y garantista.

Lo anterior, tiene sustento en la lectura de los postulados de Ronald Dworkin (2014) según los cuales, las cosmovisiones religiosas no necesariamente dependen de un culto, de una secta, de un templo o de un dios, sino que el ser humano, puede tener un sentido religioso propio dado por su conciencia y sus convicciones. En este orden de ideas, si se entiende la orientación e identidad sexual como condiciones imprescindibles para la formación de un concepto de sí mismo, puede afirmarse entonces que las prácticas sexuales diversas son una manifestación individual que se inmiscuye con las convicciones del ser y por lo tanto pueden existir como una órbita religiosa del individuo.

Así pues, para los propósitos de este trabajo, la homosexualidad puede tener un sentido religioso, y como tal, este sentido debe ser protegido y garantizado por el Estado. Por ello, se hace necesario conceptualizar a cerca del término religión, que si bien ha tenido distintos acercamientos a lo largo de la historia, puede hoy entenderse como una condición identitaria, que funge como elemento central de la mente, la cultura y la sociedad, así pues, los fenómenos religiosos son parte central de la expresión individual y cultural. (Adame, 2009).

Así mismo, la relevancia de la religión radica en que los comportamientos religiosos nacen en la psicología individual, como una convicción consciente que termina siendo un elemento inherente a la constitución del comportamiento adulto e imprescindible de la personalidad en la infancia. De

tal suerte que, como expondría Adame (2009) mencionado a weber, la religión es “una forma constitutiva de un ethos colectivo”.(p.4)

Así las cosas, se tendrá en cuenta el paradigma que presenta la orientación sexual como una especie de religión y en consecuencia se podrá afirmar que la desprotección a la población LGTBIQ+ no sólo cercena su derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino también, su derecho a la libertad de religión o libertad de culto, y en consecuencia el derecho a la libertad de conciencia. Como se manifestó, dotar la orientación sexual diversa de un sentido religioso permite añadir un elemento de protección obligatorio para las autoridades del Estado y la comunidad internacional.

Por ello, el sentido religioso del que se habla en este apartado es un fenómeno sociológico que prescinde de la existencia de un dios o dioses que le den sentido, por el contrario, el sentido surge de la consciencia humana, sus prácticas y comportamientos. Es entonces la religión una práctica individual o colectiva, que permite desarrollar un sentido ético y moral de la existencia personal. Por lo tanto, toda practica que permita nutrir la libertad de conciencia persigue un ethos personal y se convierte, para las personas que practican sus convicciones, en un culto hacia si mismo que adquiere relevancia y protección constitucional en la misma proporción que la libertad de culto teísta.

En este sentido, el deber de protección que tiene el Estado frente a la comunidad LGTBIQ+ tiene el mismo carácter de protección religiosa otorgado a los cultos teístas que se desarrollan en la nación. Por eso como menciona Ronald Dworkin (2014) en su obra póstuma:

La religión es una visión del mundo insondable, distintiva y abarcadora: afirma que todo tiene un valor inherente y objetivo, que el Universo y sus criaturas inspiran asombro, que la vida de los humanos tiene un propósito y el Universo un orden. La creencia en un dios es solo una de las posibles manifestaciones o consecuencias de esa visión más profunda del mundo. (p. 13)

Bajo este entendido, cualquier cosmovisión y su respectiva manifestación puede ser catalogada como un buen significado de religión, no pudiendo el Estado establecer un concepto excluyente que genera una desprotección a aquellos que exteriorizan su religión por fuera de un marco teísta o un dios unipersonal. Es decir, religión es todo aquello que las convicciones humanas construyan como digno de admiración y seguimiento, así como lo hizo Einstein con el universo y la ciencia o Spinoza con la naturaleza, así mismo podrá hacerlo un miembro de la comunidad LGTBIQ+ con sus respectivas manifestaciones de alegría, amor o deseo.

En otras palabras, hay quienes en su condición homosexual pueden asumir un sentido religioso al momento de manifestarse y materializar su condición homosexual sin que le sea loable al Estado restringir este pensamiento. Por el contrario, a partir de ese momento se hace exigible su respeto y garantía, tal como se exige garantía para las religiones teístas como la católica, la cristiana o la budista. Por eso, entregar un sentido religioso a la condición sexual diversa no solo procura mayor garantía para dicha comunidad sino que la facilita, pues la protección que el Estado manifiesta a las comunidades religiosas es superlativa a la que propone a las minorías.

Aunque para algunos suene descabellada la idea, la Suprema Corte de Estados Unidos ha reconocido este sistema de conciencias religiosas distintas a las teístas. Sobre el particular puede mencionarse el caso *United State vs Seeger*, 380 U.S. 163 (1965), donde la Corte afirmó, con respecto al servicio militar, que una persona puede ser objetora de conciencia por sus creencias que tienen una posición similar a la creencia en dios. (Us Supreme Court, 1965). Así pues, el derecho de objeción de conciencia no está reservado únicamente a quienes profesan conforme una moral de un ser supremo, sino también a aquellos cuyas convicciones significativas de la vida le den sentido a la misma.

En este marco, adquiere total relevancia para el Estado y la sociedad cuestionarse si debe o no protegerse la orientación sexual con un sentido religioso, pues en línea con la Corte Suprema norteamericana, podríamos plantearnos la pregunta: ¿puede una persona de la comunidad LGTBIQ+ objetar conciencia por ser la guerra una ofrenda a su sentido de la vida ? pues su cosmovisión gira en torno a los valores de tolerancia, amor y reconciliación, que adquieren un significado superior quizá por la histórica lucha social que han debido enfrentar.

Con lo anterior se demuestra que, otorgarle un sentido religioso a la orientación sexual, amplía, efectivamente, su órbita de protección, pues sus garantías ya no se circunscriben únicamente a las garantías que surgen del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que es viable afirmar que se le pueden reconocer derechos que estaban reservados para la libertad religiosa o de culto, con lo cual se patrocina un mejor e integral amparo de la libertad de conciencia.

En este estado, hablar de religión se puede convertir en algo muy etéreo, es decir, surge la dificultad de cómo y cuándo puede el Estado categorizar un sentido de la vida como religioso y cuando no. Según Dworkin (2014) la religión incluye dos valores, “el significado intrínseco de la vida y la belleza intrínseca de la naturaleza” (p.18). El primer valor afirma que “la vida humana tiene un significado o importancia objetivos” y el segundo tiende a concebir “el Universo como un todo” que es sublime per se. (p.19). Quiere decir esto que se debe creer que la vida tiene un objetivo, una meta significativa que vale la pena alcanzar y que todo lo que nos rodea es en sí mismo bello y gratificante.

Concluye Dworkin (2014) que la fe religiosa “incluye la responsabilidad personal de decidir por uno mismo sobre preguntas éticas relacionadas con que tipos de vida son apropiados y cuáles resultarían denigrantes. Un Estado viola ese derecho cada vez que prohíbe o pena la práctica homosexual, por ejemplo” (p.73)

Para dar un valor normativo a lo que se ha mencionado, vale resaltar que el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dispone que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”. (Declaración Universal de derecho Humanos, 1948)

En este mismo sentido, y con un mayor énfasis el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y libertades fundamentales del Consejo de Europa, en su artículo 9 agrega que:

“La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás” (Consejo de Europa, 1950)

De lo anterior, puede sostenerse que a nivel internacional los Estados tienen, desde hace tiempo, el deber de abstenerse de infringir la vida privada de las personas y la obligación de mantenerse al margen de la esfera de sus convicciones. Por lo tanto, puede entenderse también que les está vedado privilegiar una religión sobre otra o incluso tener una religión oficial. (Dworkin, 2014). Estas circunstancias que compelen a los Estados a comportarse imparcialmente con respecto a la conciencia de las gentes es lo que Dworkin denominó el reto constitucional.

Así las cosas, entender la orientación sexual diversa como un estilo de vida religioso, que da sentido a la vida misma y ve la naturaleza como un bien universal bello en sí mismo, permite sostener que toda transgresión a dicha población es un menoscabo del Estado laico y se puede considerar una penalización por pertenecer a una concepción de vida particular.

Con lo precedentemente expuesto, se resalta la importancia de asumir este paradigma como medio para salvaguardar la comunidad LGTBIQ+, pues entender el tópico de la orientación sexual como una eventual categoría del concepto de religión jurídicamente relevante, impone al Estado el deber de atender las minorías sexuales como un movimiento de conciencia colectiva que comparte valores, prácticas y principios supremos.

1.6 El derecho fundamental a ser y no ser desprotegido.

Hoy no existe dubitación alguna acerca la garantía constitucional que se otorga a las minorías discriminadas, el Estado afortunadamente ha ido superando la desprotección judicial a las personas

con identidad sexual diversa e incluso desde la rama ejecutiva, por lo menos en Bogotá, se adelanta una política pública que atiende específicamente las problemáticas de la comunidad LGTBIQ+. (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2022). Sin embargo, a lo largo de este capítulo se ha demostrado que el camino no ha sido fácil para las personas pertenecientes a estos grupos marginados en Colombia, que incluso, como puede observarse de las vivencias jurisprudenciales citadas, fueron abandonados por la institucionalidad encargada de las garantías constitucionales superiores como lo es la Corte Constitucional.

Llama la atención como la agenda legislativa a inicios de los 2000 es nula para esta comunidad, pues desde el 2003 a 2007 se presentaron distintas iniciativas legislativas para la protección de la comunidad LGTBIQ+, de las cuales no resultó exitosa ninguna. (Castillo, 2018). También cobra relevancia el hecho de que solo hasta el año 2007 fuera elegido en un cargo de elección popular una persona abiertamente homosexual en Colombia, en específico, Sebastián Romero edil de Bogotá por el partido Polo Democrático Alternativo. (Semana, 2018)

Por ello, este corto sub capítulo es solo un recordatorio simbólico en honor a quienes por su condición pintoresca fueron incomprendidos, quienes por ideas del pasado sufrieron la desprotección estatal de quienes estaban llamados a ser su última esperanza. Así pues, a quienes reservaron su identidad (T-539 de 1994), al joven Fernández Díaz (T-569 de 1994), a José Moisés Mora Gómez (T-097 de 1994), a Milton Zapata Bedoya (T-037 de 1995), a Otoniel Sarmiento Moreno y Jhon Alexander Beltrán Rincón (T-1426 del 2000). Por los que nunca pudieron ser y fueron desprotegidos, porque confiaron en un sistema técnico y se encontraron con uno parcializado por las costumbres y los dogmas. Por eso, se recuerda que no hay otro derecho superior al de ser y existir conforme las convicciones lo autoricen y con arreglo a la libertades identitarias y manifestaciones que permitan un concepto sobre sí mismo. No hay exigencia más relevante para el Estado que la no perforación de la esfera íntima de los seres humanos.

Con lo precedentemente expuesto, ha quedado claro que la institucionalidad juega un papel preponderante en las dinámicas sociales, ya lo sostenía Castillo (2018) cuando afirmaba que “la violencia y la discriminación mantienen su presencia constante. Discursos de distinta índole, desde despachos oficiales, hogares, pulpitos o escuelas, avivan el odio que nace de la ignorancia” (p.21)

CAPITULO II. LA RELEVANCIA SUPERLATIVA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

En las últimas décadas, la Corte Constitucional ha sido una ferviente defensora de los derechos fundamentales de las personas, sin embargo, no siempre con la misma intensidad en todas sus providencias como quedó anotado en el capítulo anterior, pues existen serias razones para considerar que muchos de sus fallos estaban permeados por influencias conservadoras y de talante discriminatorio que impactaron los derechos de las comunidades LGTBIQ+. Ahora, esto no debe ser mirado de manera aislada, ni como un fenómeno de momento que no acarrea consecuencias jurídico-sociales, sino que debe ser observado con mayor rigor si se tiene en cuenta la investidura y solemnidad de la Corte Constitucional, toda vez que es una entidad que como propósito tiene la guardia e integridad de la constitución y sus valores, ergo, representa un mayor escalón ético y moral en comparación con el resto de instituciones colombianas.

En este orden, este capítulo procura confirmar que la decisiones de la Corte Constitucional adquieren un cuerpo aplicable en la decisiones judiciales y administrativas de los operadores judiciales de menor rango, con lo cual, los casos que analiza la Corte que son situaciones vivas de la sociedad, problemáticas concretas de la gente de a pie, terminan multiplicándose o disminuyéndose según sea el pronunciamiento del alto tribunal constitucional.

Con esta reflexión, es menester revisar en este capítulo la supremacía de la Corte Constitucional como órgano judicial, entendiendo sus providencias como nueva fuente formal del derecho bajo la teoría de la fuerza vinculante de sus sentencias. De igual manera, deberá repasarse el tópico de la dificultad contra mayoritaria que enfrentan los altos tribunales constitucionales y como puede resolverse esta en el objeto bajo estudio. Por último, se profundiza en las razones que llevaron a la Corte a cambiar su paradigma, en especial, se revisarán la sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007 y C-336 de 2007, sobre las cuales se construirá un juicio de valor que justifique este examen de responsabilidad.

2.1 La supremacía de la Corte Constitucional y la teoría de la fuerza vinculante del precedente constitucional como fuente formal del derecho.

El debate de la supremacía de la Corte Constitucional en Colombia es un tema que se imbrica en la discusión de las fuentes del derecho, pues solo puede predicarse que una autoridad reviste una fuerza superlativa sobre las demás cuando sus decisiones son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades del Estado (López, 2018), de tal suerte que, inspira el ordenamiento jurídico e impacta las decisiones administrativas y judiciales que se toman en el país.

Así pues, en Colombia el sistema de fuentes del derecho fue estipulado por el Artículo 230 de la Constitución Política, del cual puede advertirse que existen unas fuentes primarias y unas fuentes secundarias, esto según la fuerza vinculante de las mismas. En este orden, hay fuentes obligatorias y otras que fungen como simples criterios auxiliares de la actividad judicial y administrativa. (Quinche, 2020). Reza la carta fundamental que:

“Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” (Constitución Política, 1991)

El artículo precedente ha suscitado muchas inquietudes, pues no parece abarcar en plenitud las fuentes del derecho que rigen la actualidad, sino que la Carta limitó el universo de las fuentes del derecho (Corte Constitucional, C-486, 1993) y dejó por fuera asuntos como los tratados públicos, las sentencias que surgen del ejercicio de control abstracto de constitucionalidad, las sentencias de tribunales internacionales sobre los cuales Colombia acepta su jurisdicción por sujeción a un trato internacional, así como también dejó de mencionar a la misma Constitución como fuente formal del derecho. (Quinche, 2020).

Ahora, si bien es cierto no existe un listado amplio que enuncie la totalidad de las fuentes del derecho que inspiran y rigen el ordenamiento jurídico colombiano, lo importante para aterrizar en la discusión será definir el concepto de fuentes del derecho. A pesar de que la Corte Constitucional lo ha definido como “los cauces por los que se expresa el derecho” (Corte Constitucional, C-131,

1993), esta aproximación sigue siendo etérea, por ello, el profesor Manuel Fernando Quinche (2020) ha expresado que las fuentes del derecho son “el conjunto de elementos con los que los operadores jurídicos, las autoridades públicas y los particulares fundan sus decisiones, ejercen sus competencias o resuelven los conflictos que llegan a su conocimiento” (p.3)

Empero, será la propia Constitución la que defina cuales de esos elementos que usa el operador jurídico son principales, y en consecuencia deberán ser de obligatorio cumplimiento so pena de configurarse sanciones de índole penal o disciplinario, y cuales son secundarios o auxiliares, con lo cual existe cierta discrecionalidad en su aplicación por ser una herramienta hermenéutica y decisional, mas no un imperativo para el funcionario judicial o administrativo encargado de resolver los asuntos a su cargo.

Así las cosas, a la luz del tenor literal de la Constitución la fuente de derecho principal es la Ley, por ello, los jueces, y también los funcionarios administrativos, están sometidos al imperio y obediencia de la misma, por otro lado, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad, son secundarias. Este sistema de fuentes establecido por la Carta de 1991 tiene la característica de ser cerrado, vertical y rígido. Cerrado por cuanto solo enuncia cinco fuentes, vertical, por cuanto denota una jerarquización de las mismas, pues se aplica la Ley en un primer orden y subsidiariamente las auxiliares, y rígido, por cuanto no permite aplicar fuentes auxiliares si existe la ley. (Quinche, 2020)

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido, en relación al Artículo 230, que la Carta se ha visto afectada por la llamada mutación constitucional (Bernal, 2009), fenómeno que se presenta cuando en la práctica jurídica se da un alcance distinto al tenor literal de la misma, por lo que podría hablarse de una reforma pasiva causada por el día a día de los actores jurídicos del Estado. (Corte Constitucional, C-588, 2009).

Bajo estos argumentos, la Corte Constitucional en sentencia C-486 de 1993, resignifica la palabra Ley incorporada en el Artículo 230 y disuelve la distinción rígida que traía la Carta en relación con fuentes primarias y secundarias. Con lo que se pasa de un sistema de fuentes cerrado,

vertical y rígido, a uno abierto, horizontal y flexible. Situación que es confirmada por la sentencia C-836 de 2001, al mencionar que:

"La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución. La Corte ha avalado desde sus comienzos esta interpretación constitucional del concepto de "imperio de la ley contenido en el artículo 230 constitucional" (Corte Constitucional, C-036, 2001).

Así pues, se infiere de los pronunciamientos de la Corte que, una interpretación sistemática de la Carta nos conduce a entender el sistema de fuentes del derecho colombiano como un modelo abierto, por cuanto hay cabida para componentes que no estipula textualmente la Constitución, como las sentencias de tribunales internacionales, el derecho convencional, el precedente constitucional, entre otras. De igual forma, ya no es un sistema vertical sino horizontal por cuanto acepta la teoría del bloque de constitucionalidad que integra los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario a la Constitución Política (Corte Constitucional, C-225, 1995). Y por último, se vuelve flexible porque permite aplicar directamente las que fueron consideradas fuentes auxiliares, como los principios, aun en presencia de ley que le sean contrarios.

Ahora bien, en lo que atañe a este capítulo, una de las aproximaciones al precedente y la jurisprudencia como fuente formal del derecho con fuerza vinculante, se ve específicamente en la sentencia C-539 de 2011, que de manera explícita hace referencia a la jurisprudencia de las altas cortes, como fuente primaria. En este caso, la Corte expresa que el concepto de imperio de la ley es amplio y no puede reducirse a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que "debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico." (Corte Constitucional, C-539, 2011).

Sin embargo, la fuerza vinculante del precedente presentó cierta resistencia por parte de los operadores judiciales de menor jerarquía que apelaban a los principios de autonomía e independencia judicial, con fundamento en el Artículo 228 de la Constitución Política, pues los mismos constituyen el pilar fundamental del estado democrático (Loewenstein, 1976). No obstante, esta argumentación no tuvo acogida, y la Corte Constitucional afirmó que la autonomía del juez se encuentra subordinada al principio de igualdad y seguridad jurídica (Corte Constitucional, T-109, 2019), y en consecuencia los operadores jurídicos se encuentran limitados, con lo que deberán dar igual tratamiento a las personas que se encuentren en condiciones similares y aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico de manera uniforme. (Corte Constitucional, T-446, 2013). En este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Aunque la labor hermenéutica del funcionario judicial está rodeada de garantías, como la independencia y autonomía funcional, ello no tiene un sentido absoluto, sino que dicha labor está sometida a importantes condicionamientos. De una parte, la jurisprudencia de los máximos tribunales que, bajo la institución del precedente y el principio *stare decisis*, vinculan directamente a todos los funcionarios judiciales (y a todas las autoridades públicas, tratándose de la Corte Constitucional).” (Corte Constitucional, T-546, 2002)

En esta línea, estos planteamientos de la autonomía e independencia judicial han sido superados en diferentes providencias, como la C-634 de 2011 y la C-284 de 2015, las cuales han aclarado el carácter vinculante de la jurisprudencia y la obligación de cumplir la *ratio decidendi* de las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Con lo que puede afirmarse que “los cuerpos colegiados de cierre dieron un nuevo enfoque a las fuentes del derecho” (Albarello y Rodríguez, 2021, p.3). Por ello, vale la pena transcribir un apartado del alto tribunal constitucional así:

“Una adecuada interpretación del concepto “imperio de la ley” al que refiere el Artículo 230 C.P (...) incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la *ratio decidendi* de esas sentencias contienen subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los

conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas” (Corte Constitucional, C-634, 2011).

Con lo precedentemente expuesto, puede aceptarse que son fuente primaria del derecho, y en consecuencia tienen fuerza vinculante, la *ratio decidendi* y la parte resolutive de las sentencias de control abstracto y concreto de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, así como la *ratio decidendi* de las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Con lo que su omisión e inaplicación por parte de los jueces constituye un vicio con la entidad suficiente para que sea considerada una vía de hecho y proceda la tutela contra providencia judicial por materializarse el defecto sustantivo por violación del precedente. (Quiroga, 2020).

Así las cosas, hoy puede sostenerse que el precedente constitucional se incorpora a la Constitución Política y es una extensión integral de sus mandatos en atención a los poderes y facultades que se le han otorgado a la Corte Constitucional a través del Artículo 241 de la Constitución y con base en el principio de supremacía constitucional del Artículo 4. Por ello, los efectos de sus sentencias trascienden el caso puesto en conocimiento y moldean el ordenamiento jurídico, inspirando las decisiones de las autoridades judiciales y administrativas. Al respecto se pronunciaría el alto tribunal de la siguiente manera:

“La *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada fuente de derecho que integra la norma constitucional” (Corte Constitucional, T-292, 2006).

Ahora bien, el doctrinante Manuel Fernando Quinche (2020) reconoce implícitamente el impacto que ha tenido el cambio de sistema de fuentes del derecho, pues el precedente constitucional y las reglas jurisprudenciales adquieren fuerza material de ley. Este autor, menciona que la prueba fidedigna de la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional se halla en aquellas en que se condiciona la exequibilidad de una norma y somete la vigencia de dicha norma a la interpretación dada por el alto tribunal, quedando “excluidas todas las demás interpretaciones” (p.13)

En este sentido, y en consonancia con el objeto de este escrito, se debe poner atención en el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBIQ+ en Colombia, pues la Corte ha extendido efectos positivos a la comunidad al reconocerle derechos que omitía la ley, como en las sentencias C-811 de 2007 (seguridad social en salud), C-336 de 2008 (pensión de sobrevivientes) y C-798 de 2008 (Alimentos). Lo que pone en evidencia como la Corte a través de sus sentencias moldea el ordenamiento jurídico y lo ajusta para que las autoridades del Estado obren conforme la interpretación dada, lo que en palabras de Quinche (2020) es una “evidencia emblemática” (p.13) de como la fuerza vinculante inspira y transforma el derecho aplicable en las instituciones del país.

Sin embargo, y aunque esto pone en evidencia que hoy la Corte Constitucional se reviste de un poder superlativo, y que a la hora de tomar decisiones involucra a todas las autoridades del Estado, también silenciosamente pone sobre la mesa que sus efectos eventualmente pueden ser negativos y afectar las comunidades a la hora de negar el reconocimiento de un derecho. Ello, por cuanto los efectos de sus sentencias, positivos o negativos, se extienden por todo el ordenamiento jurídico, considerándose reglas de obligatorio cumplimiento pues sus interpretaciones adquieren fuerza material de ley.

Por lo anterior, si bien es cierto que en las sentencias C-811 de 2007, C-336 y 798 de 2008, mencionadas anteriormente, la Corte Constitucional inspiró de manera positiva el derecho aplicable, no es menos cierto que, antes de dichos pronunciamientos, en especial los expuestos en el capítulo primero de esta investigación, su influencia estuvo manchada por efectos contraproducentes y perniciosos que impactaron negativamente las poblaciones minoritarias LGTBIQ+. En este orden, durante los primeros años de la Corte, estuvieron excluidas del ordenamiento jurídico otras interpretaciones posibles, incluso más garantistas, por los lineamientos explícitos que profería en las sentencias ya referidas.

Dejando esto claro, es importante hacer referencia a las cuatro propiedades que hacen que una norma sea imperativa y obligatoria con el fin de avizorar como el precedente constitucional satisface dichos elementos y en consecuencia pueda afirmarse que lo definido o dicho por la Corte Constitucional debe ser aplicado forzosamente.

Así pues, en primer lugar, se debe precisar si en el precedente existe una regla-norma jurídica que indique la realización u omisión de una conducta, que en este caso sería la *ratio decidendi*. En segundo lugar, se debe precisar si hay un destinatario que tenga el deber jurídico de comportarse conforme la conducta señalada por la regla-norma (*ratio decidendi*), que en este caso son todos los operadores judiciales y administrativos del Estado. En tercer lugar, se precisa si existe un titular que pueda exigir judicialmente la aplicación de la conducta contenida en la regla, que en este caso puede ser un particular o una autoridad pública. Y por último debe precisarse si existe sanción para el destinatario de la regla en caso de su inaplicación, que en esta situación se vería materializada con la nulidad o revocatoria de la sentencia en sede de tutela (Quinche, 2020).

Con ello se advierte claramente que el precedente constitucional es de aplicación forzosa, que está destinado a todos los operadores jurídicos e impone el deber de realizar u omitir una conducta contenida en la *ratio decidendi* de una providencia, so pena de estar en curso de una vía de hecho, e incluso incurrir en prevaricato (Corte Constitucional, C-335, 2008) y en consecuencia, cuando hay inaplicación del precedente es exigible su cumplimiento judicialmente.

Lo antedicho es grave si se entiende que durante el tiempo de desprotección alegado en este trabajo, es decir, años 1992 a 2000, la regla de conducta incorporada en la jurisprudencial e impuesta por el alto tribunal no permitía a los operadores jurídicos, judiciales o administrativos, moverse de la interpretación establecida por la Corte Constitucional. Toda vez que, incluso cuando en sus decisiones judiciales o administrativas se pregonara en mayor medida los derechos fundamentales de las personas, estaría abierta la posibilidad a ser revocadas en sede de tutela. Pues como lo confirmaría la Corte Constitucional en sentencia T-292 de 2006:

“En el evento en que un juez desconozca abiertamente un precedente constitucional, la sentencia judicial ciertamente incurriría en un defecto que la separa de la coherencia orgánica con la Constitución. En este caso la decisión judicial puede vere avocada a una acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo, llamada genéricamente vía de hecho” (Corte Constitucional, T-292, 2006).

De igual forma, sea esta la oportunidad para advertir que el carácter preeminente que se predica de la Corte Constitucional también se justifica si se tiene en cuenta que esta corporación esta sobre los demás altos tribunales en cuanto a creación de reglas jurídicas, pues como mencionaría la misma, “si se presentan posiciones hermenéuticas contrapuestas por parte de los órganos de cierre frente a derechos fundamentales, se debe preferir la de esta Corporación” (Corte Constitucional, T-656, 2011)

En este mismo sentido, puede agregarse que existe una notable diferencia entre el precedente constitucional y la jurisprudencia de las demás altas cortes del Estado, pues en esta ultima el operador jurídico puede, excepcionalmente, apartarse de las reglas jurisprudenciales cumpliendo con las cargas de transparencia y argumentación (Corte Constitucional, C-836, 2001 y C-621, 2015), empero, en el caso del precedente constitucional le está prohibida dicha inaplicación. De tal suerte que el servidor público que se aparta del precedente constitucional, incurre en el delito de prevaricato, el cual solo será discutible si hay “simple disconformidad que se presente entre una providencia, resolución, dictamen o concepto y la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes, a menos que se trate de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales” (Corte Constitucional, C-334 de 2008)

Por ello, es indudable que el operador jurídico no tiene margen alguno para pronunciarse en sentido contrario a lo expuesto por la Corte Constitucional, como si lo podría hacer en relación con la jurisprudencia de los otros órganos de cierre. Así las cosas, los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional tienen un impacto profundo en la resolución de casos judiciales y administrativos a cargo de los operadores jurídicos del estado, pues podrán ser señalados de desconocer la cosa juzgada constitucional y la interpretación superior, cuando: “i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad, ii) se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad, y iii) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela” (Corte Constitucional, T-656, 2011).

Con las anteriores elucubraciones queda claro que, durante el espacio de tiempo en que fueron proferidas las providencias en relación al tópico de la orientación sexual que vulneraban flagrantemente los derechos fundamentales de la comunidad LGTBIQ+, no quedaba otro camino para para los operadores jurídicos que reproducir y multiplicar decisiones contrarias a los derechos de las comunidades minoritarias. Pues huelga decir que “respetar el precedente para quienes administran justicia no es una opción más dentro de nuestro complejo sistema jurídico, sino un deber” (Corte Constitucional T-292, 2006), con lo que “el precedente judicial es la figura jurídica que sirve como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, T-109, 2019)

A guisa de conclusión, considerando lo que se ha dicho en este subtítulo, puede afirmarse que el precedente constitucional hace previsible la aplicación del derecho, y para la época de desprotección que aquí se discurre, cualquier pronunciamiento en contravía a lo manifestado por la Corte Constitucional hubiese incurrido en falta de coherencia con la Constitución, además, hubiera vulnerado, como lo expresa la Corte, la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento jurídico. Con lo cual, por extraño que parezca, la aplicación del derecho a la igualdad en dicho momento jugo en contra de las comunidades desprotegidas, toda vez que sus casos, que fueron expuestos en el primer capítulo, una vez fueran conocidos por los operadores jurídicos únicamente podían ser resueltos conforme la interpretación dada por el máximo órgano constitucional, por lo tanto, solo tendrían vocación de ser crónica de una muerte anunciada.

Así las cosas, queda claro que la supremacía de la Corte Constitucional es una realidad inexorable, pues su doctrina e interpretación son la Constitución misma (López, 2018) toda vez que, la función de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, como lo concluiría de manera tajante la Corte, hace que “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel” (Corte Constitucional, C-113, 1993).

De tal suerte que, el profesor Diego López Medina (2018), menciona que la fuerza impositiva e imperativa del precedente es comparable con la coerción física pues tiene una “potencia simbólica y legitimadora quizá (...) solo comparable con la fuerza de coacción física que posee

quien controla el ejército de un estado.” (p.xxi), esto en atención a que “las principales emanaciones de la soberanía interna del Estado son el monopolio sobre las armas y el monopolio sobre el derecho” (Kriele, 1980, p.55)

2.2 La dificultad contra mayoritaria – Una Corte Constitucional al auxilio de las costumbres.

Una vez superado el debate jurídico entorno a la obligatoriedad y fuerza vinculante del precedente constitucional, es importante reflexionar respecto la resistencia doctrinal que se presenta por dicho fenómeno, pues que un Tribunal Constitucional tenga la capacidad para influir, transformar e inspirar todo el ordenamiento jurídico, incluso abrogándose funciones legislativas (López-Quiroz, 2016) es un asunto que se inmiscuye en el concepto de soberanía estatal (Kriele, 1980), lo que denota, para algunos, un rasgo antidemocrático inadmisibles (Waldron, 2019). Dicho de otro modo, el hecho de que la Corte Constitucional carezca de legitimidad democrática en estricto sensu, es decir, legitimidad electoral, como lo tiene el congreso, y aun así pueda tomar decisiones jurídico-morales por la totalidad del Estado, es un asunto no de poca renuencia.

Traer a colación esta disquisición resulta relevante para este trabajo entorno a que permite acercarnos a la conducta exigible de la Corte, es decir, responde a la pregunta del cómo se debe comportar un alto tribunal Constitucional. Así pues, debe cuestionarse si a la Corte Constitucional se le demanda comportarse como un cuerpo democrático que represente las voces de la ciudadanía o por el contrario, debe ser un cuerpo técnico y especializado, dedicado al estudio jurídico de las normas de manera objetiva con el fin último de alcanzar un ordenamiento jurídico armónico y en consonancia con los más altos preceptos de la dignidad humana que persigue la Constitución.

Lo anterior cobra mayor importancia una vez se ha fijado la supremacía que reviste la Corte Constitucional en contraste con otras autoridades públicas, toda vez que su labor como guía del ordenamiento jurídico reclama de suyo responsabilidades superlativas, advirtiendo la dimensión y alcance de sus providencias. Así las cosas, los yerros que puedan ser atribuidos a la Corte Constitucional como institución que protege y promueve derechos humanos, no pueden ser

medidos con el mismo racero que los errores de las demás autoridades públicas si se tiene en cuenta su impacto sobre la sociedad.

Lo antedicho lógicamente no niega de manera absoluta las posibilidades de errar, pues la Corte Constitucional no es un ente artificial programado con algoritmos infalibles, sin embargo pone sobre la mesa la obligación de que el juicio sobre la misma sea más severo y puede afirmarse que su deber institucional aumenta el rigor con el que deben ser auditadas sus providencias, pues a esta se le exige una mayor carga de prudencia, sabiduría y discernimiento. Por tanto, la actividad judicial y cuasi legislativa (López-Quiroz, 2016) que adelanta la Corte carece de márgenes amplios para dar pasos en falso.

Para advertir la resistencia que recibe la Corte Constitucional a la hora de tomar decisiones como portavoz de todo el ordenamiento jurídico, puede verse al profesor Alexander López-Quiroz (2016) quien expresa con vehemencia que la Corte extralimito sus funciones y se atribuyó facultades que desbordan la misma Constitución, de la siguiente manera:

“La Corte Constitucional, a través de sus sentencias de control abstracto, modificó la Constitución Política, en especial el Artículo 150. Ahora, dicha norma debe leerse: “hacen parte de la rama legislativa el Congreso de la República y la Corte Constitucional”; estamos ante una tiranía, dos poderes en un solo órgano estatal. (...) la Corte Constitucional carece de la competencia funcional para legislar. A pesar de ello, lo hace de manera abierta, contrariando y violando de manera flagrante las competencias funcionales otorgadas por la Constitución Política a los diferentes órganos estatales, (...). Esta situación fáctica derogó la división de poderes, de manera que la Corte Constitucional abrogó funciones legislativas que la Constitución Política no le otorgó” (p.41)

En este punto se presenta la denominada dificultad contra mayoritaria (Bickel, 1986) que consiste en la existencia de un órgano judicial, en este caso un alto tribunal constitucional, que no ha sido elegido democráticamente y aun así tiene la capacidad, a través de sus providencias, de establecer reglas morales de conducta que contrarían al legislador, el cual si es un órgano que

representa políticamente la sociedad por haber sido elegido por esta. Esto se denomina en el derecho anglosajón como el *judicial review*, es decir, la revisión judicial de los actos del legislador.

Así las cosas, en este subcapítulo se cuestiona cual debió ser el comportamiento de la Corte Constitucional entre los años 1992 a 2000, en los cuales, como ha quedado demostrado, impuso reglas jurídico-morales imperantes para las demás autoridades del estado que perjudicaban la comunidad LGTBIQ+. Para responder a este asunto deberán repasarse algunos juristas y su posición respecto a la labor de los altos tribunales constitucionales.

En primer lugar se debe observar el debate del poder contramayoritario impulsado por Alexander Bickel (1986), pues la dificultad contramayoritaria se relaciona estrechamente con el poder judicial y sus consecuencias políticas, jurídicas y sociales. Este autor expone que el juez, una vez conoce un caso polémico y álgido que no ha sido definido por el legislador, debe dejarlo añejar para que tome más forma y pueda tomar una decisión que no contrarie la soberanía popular, lo que dicho autor denomino como virtudes pasivas del juez. (Agudelo, 2014). Sin embargo, esta posición tiene un riesgo en cuanto a la no determinación de un tiempo prudente que pueda guiar al juez para saber cuándo un asunto esta lo suficientemente listo para ser revisado judicialmente, lo que genera una desprotección fundamental en los derechos de las personas.

Esta brecha temporal indeterminada hace que no sea de recibo esta posición, pues esto no es un riesgo que deban asumir las personas, toda vez que representaría un sacrificio injustificado. Tal como se observa en la tardanza de la Corte Constitucional para reconocer los derechos de identidad sexual de las personas LGTBIQ+, ello por cuanto solo hasta el año 1998 hay un indicio de cambio de postura en torno a la desprotección de la orientación sexual vivida por las minorías de la época.

En otras palabras, la Corte permitió madurar el caso de la orientación sexual desde el año 1992 a 1998, situación que de ninguna manera beneficio esa comunidad, por el contrario, solo resolvió parcialmente la dificultad contramayoritaria que se presentó entre una sociedad (mayorías representadas) con paradigmas de la carta de 1886 y una Corte Constitucional (poder judicial sin legitimación democrática) con la obligación de aplicar unos principios de la nueva carta de 1991. Cosa que en últimas solo se traduce en 6 años de desprotección, lapso durante el cual la población

LGTBIQ+ era en extremo discriminada y donde la actitud pasiva del juez constitucional no obró como una virtud, sino tal vez, como un vicio que patrocina intolerancia en la sociedad.

Con ello, queda claro que Bickel no resuelve el dilema que se presenta en la práctica con respecto a las virtudes pasivas del juez, esto es, la indeterminación de la prudencia o el momento adecuado para que el juez intervenga. Toda vez que, si bien concilia el choque entre mayorías y jueces, no existe fórmula exacta para encontrar ese momento adecuado, ese tiempo preciso de maduración donde el juez se encuentra facultado para participar activamente. Inexactitud que no puede soportar el administrado sobre sus hombros y que en últimas se convierte en una desprotección generada por la incapacidad del juez de decidir, pues está condicionado al momento ideal o maduración del caso adecuado para intervenir.

Por otro lado, Bickel (1986) expresa que las virtudes pasivas deben ir acompañadas de un juez activo dialógicamente, es decir, que el juez no tiene un rol ni un poder contra mayoritario, sino un rol educador que estimula una relación democrática con el legislador, con lo que lo único que hace es apoyar la democracia. (Agudelo, 2014). A este ejercicio dialógico lo denominé coloquio amplio, es decir, la capacidad del juez para conversar con las realidades que lo rodean, el legislador y las costumbres.

No obstante, uno de los problemas del coloquio amplio o lato que propone Bickel (1986) es que el argumento o conclusiones que de allí resulten tienen una gran carga moral, política, cultural, económica y no de hermenéutica-técnica jurídica. Circunstancias que sin dudas nutren la producción del derecho, pues en últimas, como afirma Agudelo (2014) mencionando a Levi (1948) y Bickel (1986) “los jueces en sus decisiones tan solo plasman el resultado de todo un proceso de discusión jurídica que se da entre litigantes, jueces, sociedad y legislador” (p. 99). No obstante, como quedó evidenciado, no siempre es útil, si una vez hecho el ejercicio dialógico el tribunal auxilia las costumbres en desmedro de los derechos personales. En otras palabras, el diálogo es necesario cuando hay vaguedad de conceptos, sin embargo, en esta oportunidad la Constitución fue diáfana con respecto a sus fines y valores, con lo cual no hay lugar a deliberar si como resultado de dicha deliberación se produce una desprotección de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, hoy puede afirmarse entorno al tópico de orientación sexual que la maduración del caso solo tiene como resultado un Estado responsable por la imposibilidad del juez constitucional de apartarse y desprenderse de las concepciones ideológicas y morales de la sociedad. Pues, contrario a lo que diría Levi (1948) y Bickel (1986), el juez no debe generar ningún diálogo social, más cuanto este diálogo produce una desprotección de derechos fundamentales. El juez debe actuar, cuando ello no acarrea ningún desmedro al criterio de sostenibilidad fiscal, de manera inmediata, eliminando *ipso facto* toda amenaza que atente contra los derechos fundamentales.

Ahora bien, otro autor que da su punto de vista sobre la función del tribunal constitucional es Jeremy Waldron (2019) quien defiende una intervención judicial técnica al imperio de la soberanía popular, en este caso el legislador. Lo que se acompasa con lo manifestado por Vladimiro Naranjo (1995) quien expone que “la soberanía es el poder de dar leyes a los ciudadanos, tanto colectiva como individualmente, sin el consentimiento de un superior” (p.218). Empero, aunque la Corte no se haya comportado a la altura de las necesidades de dicha comunidad, tampoco logra justificarse la postura de Waldron (2019), que en este caso hubiese podido resultar más gravosa para la población LGTBIQ+, pues las reglas de la experiencia nos advierten que el poder judicial tiene una posición estratégica (Agudelo, 2014), para madurar por su carácter técnico, con lo cual aventaja al parlamento para adaptarse a las necesidades de las minorías que no son escuchadas por las mayorías.

Dicho de otro modo, no se acoge el razonamiento de dar prevalencia a las decisiones del legislador inspirado principalmente por mayorías, por cuanto se acepta que el juez es cercano al derecho y tiene como propósito la justicia, lo que lo ubica en una posición privilegiada y técnicamente estratégica para madurar y aproximarse a soluciones más loables que las que podría alcanzar el legislador.

En otras palabras, que las virtudes pasivas propuestas por Bickel (1986) no hayan sido de utilidad para este caso, no justifica per se la propuesta de Waldron (2019). Todo lo contrario, el problema nos plantea la necesidad de un juez menos pasivo políticamente y más activo jurídicamente. La palpable desprotección de derechos fundamentales sufrida por la comunidad

LGTBIQ+ durante los años en que la Corte Constitucional patrocinó el *statu quo* justifica un *judicial review* aún más técnico y jurídico, desprendido de los debates políticos y centrado en la interpretación axiológica de las normas que rodean el caso, con lo que el ejercicio hermenéutico de la Corte debe tener como centro de la discusión la dignidad humana.

En este sentido, entendiendo que es necesario eventualmente una actitud activa de los jueces, se acoge lo propuesto por Kelsen (1931) con respecto a la revisión del ordenamiento jurídico en cabeza de una autoridad moral que se desprenda o aparte de las demás autoridades públicas. Que la misma tenga margen de acción y que procure no estar contaminada de los debates políticos que se desarrollan en las demás ramas del poder. Que se centre únicamente en la tarea de guardar la norma hipotética fundamental, o en el caso colombiano de proteger como lo dispone el artículo 241, la integridad de la Constitución. Bajo este modelo, se puede afirmar que la Corte Constitucional debió entender que “la política y el derecho no debían confundirse” (Agudelo, 2014, p. 187)

Así las cosas, es preferible inclinarse también por la postura de Von Jhering (1987), quien apuesta por la realidad inmediata que se presenta ante el juez, situación que permitiría una decisión útil y práctica para solventar lo que constituye una vulneración a los derechos de la población LGTBIQ+. Es decir, el juez de Jhering (1987. p.271) interpreta conforme la necesidad social que se le presenta, es activo por cuanto lo que importa es un buen resultado en la práctica y es esta realidad (la discriminación de las minorías) la que juega un papel protagónico en la hermenéutica del juez.

Por ello puede decirse que, el error judicial de la Corte Constitucional fue esperar la venia de una sociedad ensimismada en paradigmas inconstitucionales y no decidir conforme la técnica jurídica y hermenéutica que exigían las minorías y su realidad. Aunque cueste creerlo, es loable afirmar que hubiese sido más útil una interpretación textual de la Carta, toda vez que, el artículo 93 constitucional es claro, los principios convencionales irrigan el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no existía razón para seguir disfrazando de correcto lo que era abiertamente discriminatorio.

En este sentido, para encontrar los deberes del juez constitucional, a quien se le indilga responsabilidad en este trabajo, es de mejor recibo la postura de François Geny (1925), muy de la mano de Jhering (1987), quien a través su método de interpretación afirma que el juez es un observador de la realidad, un observador objetivo, quien no debe dejar “penetrar en las regiones trascendentales de nuestra naturaleza moral” (citado por Agudelo, 2014. p.322), pues ello obstruiría el ideal que debe moldear los deberes del juez, la justicia. No obstante, en boca de Geny, el juez también procura utilidad general, utilidad que se traduce en lo que la “opinión común considera como el bien del mayor número” (citado por Agudelo, 2014. p.322). Por ello, se acoge parcialmente lo dicho por Geny, pues lo anterior, justificaría la desprotección de derechos fundamentales si está fundada en la opinión general, tal como ocurrió entre los años 1992 a 2000, en donde la Corte Constitucional por evitar un desmedro a la utilidad de la que habla Geny provocó un desmedro constitucional.

Por otro lado, revisando el pensamiento de Philipp Heck (Citado por Agudelo, 2014), según el método de la jurisprudencia de intereses, el juez Constitucional debió “amparar el conjunto de intereses considerados por la ley como dignos de protección” (p. 325), en este caso, el conjunto de intereses protegidos por el Bloque de Constitucionalidad. Bajo esta escuela el juez asume mayor responsabilidad como consecuencia de su libertad para auxiliar al legislador, libertad que en el *sub examine* y según lo expuesto hasta el momento no usó en defensa de las minorías LGTBIQ+, que bajo el contexto en que se desarrollaban los años en comentario eran fuertemente discriminadas. De igual manera, otro autor como Perelman (1955) (citado por Agudelo, 2014. p.358), mencionaría que el juez va más allá de proferir decisiones aceptables, pues la interpretación de principios debe conducirlo a producir decisiones justas y equitativas.

Otro autor relevante para entender la posición y rol de los jueces en casos difíciles es Ronald Dworkin (2011) quien expresaba que los problemas que involucran derechos fundamentales no deben ser puestos a disposición de órganos políticos de carácter democrático, pues no debe haber deliberación política en asuntos como los derechos fundamentales, a su juicio, estas cuestiones deben ser definidas con base en principios generales. Y bajo esta premisa, el órgano estatal más apto para definir cuestiones de estas características fundado en principios generales es la rama judicial (Dworkin, 2011).

Sobre el anterior razonamiento se pronunciaría el profesor Pedro Trovão (2015) explicando de manera clara lo mencionado por Dworkin, así:

“Solamente los tribunales garantizan que las cuestiones referentes a los derechos fundamentales puedan ser resueltas con base en consideraciones que apelen a la aplicación de principios generales. Los órganos políticos democráticos, siendo que se encuentran encuadrados en una lógica de responsabilidad política de tipo mayoritario, se encuentran en una situación más comprometida como para poder decidir según una argumentación fundada en principios de carácter general, de profundo contenido moral. En su opinión, sería un poco ingenuo aceptar que el proceso político basado sobre las reglas de funcionamiento democrático baste para tutelar la garantía efectiva de los derechos fundamentales, principalmente de los grupos minoritarios. Es por esto que las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, en su entender, deberían ser quitadas de la esfera de actuación de los órganos políticos y ser apenas confiadas al poder judicial” (p. 8-9)

Con lo precedentemente expuesto, este trabajo se atreve a afirmar que el juez constitucional debe recoger y entender su rol con base en varias de las posturas atrás estudiadas, que le permitan auxiliar a la sociedad holísticamente como lo demanda un estado liberal, con énfasis en las minorías que por su condición histórica se encuentran en indefensión frente al Estado. En definitiva, su conducta deberá ser guiada por los principios y valores constitucionales que persigan los más altos estándares de dignidad humana con el fin de proferir providencias justas (Perelman, 1955), para lo cual tendrá que hacerse cargo de la realidad inmediata que se le presenta de manera objetiva (Jhering, 1987), dialogando con los actores involucrados para comprender sus posiciones mas no para adquirir su estándares morales (Geny, 1925) y que desde la posición privilegiada (Dworkin, 2011) que tiene por estar cerca al derecho (Agudelo, 2014) no olvide que la política y la justicia no deben trastocarse (Kelsen, 1931), de esta manera, sus decisiones serán contramayoritarias pero estarán sustentadas en una hermenéutica imparcial que tiene como base la técnica del derecho.

De esta manera, la dificultad contra mayoritaria estaría superada pues el tribunal no se comportaría como un legislador que escucha y representa el pueblo en estricto sensu, es decir, no actúa como cuerpo democrático, sino que actúa como un cuerpo técnico con rigor académico del cual puede afirmarse que sus decisiones carecen de subjetivismos e influencias morales. Así las cosas, no sería necesario ahondar en el carácter democrático de la Corte Constitucional, toda vez que la misma estaría al auxilio de la constitución no de una democracia representada por la costumbre mayoritaria.

Lo anterior, está en consonancia con lo expuesto por Roberto Gargarella (2015) en la discusión que se presenta entre la democracia y el constitucionalismo, pues aunque pareciera que una noción se incorpora dentro de la otra de manera inescindible, no es esto cierto, y difieren en aspectos relevantes que nutren la cuestión aquí planteada sobre el debido comportamiento de la Corte Constitucional.

Así pues, este autor menciona que el conflicto que surge entre ambas nociones se da porque apelan a principios distintos, por un lado, la democracia apela a un poder que no reconoce límites y en la cual no hay una autoridad superior a la que se ejerce actuando colectivamente. Por otro lado, la idea del constitucionalismo gira entorno a los derechos humanos que hace pensar en “límites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, y especialmente, las presiones de un grupo mayoritario.” (Gargarella, 2015, p.1)

En este sentido, pensadores demócratas como Thomas Jefferson y Thomas Paine, estaban en contra de una constitución permanente, pues consideraban que lo más valioso era el autogobierno de los vivos que debía imponerse a la autoridad de los muertos, pues cada generación tenía derecho a rehacer su carta fundamental sin límite alguno (Paine, 1819). Con ello, puede observarse como la democracia considera cualquier intento de restricción al autogobierno como una pérdida de libertad.

Ahora, el argumento constitucionalista para superar la tesis de la democracia absoluta, y la cual es de recibo para este trabajo, va dirigida a pensar que solo la primacía del constitucionalismo nos hace libres en la medida que protege el principio democrático. En este sentido, el

constitucionalismo defiende el valor del autogobierno y considera que atar las manos a la sociedad en ciertas circunstancias solo potencia nuestra libertad como comunidad. Por ello, el rol de la Constitución es expandir las capacidades de la comunidad auto imponiéndose determinados límites. Estos límites tienen un guardián práctico que, para el caso colombiano, es la Corte constitucional, encargada de “poner límites “capacitadores” sobre las facultades de autogobierno de la sociedad–. Reconociendo los riesgos de caer en tentaciones inadmisibles (oprimir a grupos minoritarios, censurar a la oposición)” (Gargarella, 2015, p. 9).

La anterior cuestión es representada mediante la historia griega de “Ulises y la sirenas” el cual explica Gargarella (2015) de la siguiente manera:

“En el relato tradicional, Ulises, como capitán de su navío, les exige a sus marineros que lo aten al mástil de la embarcación, porque temía perder el control de la misma una vez enfrentado al canto de las sirenas. Al dar aquella orden, Ulises sabía que iba a perder control sobre sus impulsos más inmediatos –esperablemente, él se vería tentado a desviar su embarcación, e incapacitado así de llegar al destino que se había fijado inicialmente–, pero ello no lo llevo a desdecirse. Ulises tomó su decisión de modo consciente, convencido de que de ese modo –atado al mástil, inmovilizado– podría conseguir el objetivo que se había propuesto en un principio. Por lo dicho, cualquier descripción de tal situación que pretendiera presentar dicho acto como una “pérdida de libertad” por parte de Ulises resultaría insensata. (...) fue así, en definitiva, cómo consiguió llegar al destino prefijado. La moraleja (...) hay limitaciones que liberan, ataduras que nos capacitan” (p. 8)

En este orden de ideas, para este caso, la Corte Constitucional es la representación de Ulises, pues es quien tiene el poder para tomar decisiones entorno al reconocimiento o no de los derechos de las personas LGTBIQ+. Por otra parte, los principios y valores constitucionales fungen como las amarras del mástil al cual se debe atar la Corte para evitar decisiones, que aunque democráticas, puedan ir en contra de las minorías, pues el norte hacia el cual encallar es la dignidad humana. En este sentido, para los años 1992-2000 la corte debió ignorar las sirenas y no auxiliar sus

costumbres, pues desvían su rumbo y finalidad última que es la justicia sobre los derechos fundamentales de las personas.

En conclusión, esta investigación exige la mirada de un tribunal constitucional avezado y riguroso, al cual se le demanda imparcialidad y objetividad, que está obligada a perseguir la dignidad humana, en sumo, una Corte Constitucional de oídos sordos para las sirenas democráticas que puedan mancillar los principios y valores constitucionales. Bajo este punto de vista, se denota con mayor claridad la falla en el servicio a cargo de la Corte, por dejarse influenciar por costumbres conservadoras, lo que servirá de argumento adicional a la responsabilidad que aquí se predica. En este orden, las decisiones que la Corte Constitucional tomó en su momento solo dejan en evidencia que al ignorar su función técnica desconoció que la función judicial es la que “tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controversiales, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva.” (Naranjo, 1995, p.259), y hoy es inconcebible que lo expuesto por la Corte en su momento fuera una verdad definitiva con vocación a repetirse, en especial, cuando involucraba la dignidad de las personas LGTBIQ+.

2.3 Un legislador positivo con consecuencias negativas – Análisis de sentencias y cambio de precedente.

Cuando se habla teóricamente de la función legislativa (Kelsen, 1931) de la Corte Constitucional, esta puede transitar entre ser un legislador positivo (López, 2011) o negativo (Espitia, 2016), según los efectos de sus providencias. Será positivo cuando incorpora interpretaciones en la norma que no estaban establecidas, es decir, establece un nuevo contenido normativo como lo hace en sentencias interpretativas, integradoras y de exequibilidad temporal diferida, con lo cual, en estas la Corte estudia una norma o interpreta un principio y le da un alcance y modula sus efectos sin sacarla del ordenamiento jurídico (Solano, 2007). Por otro lado, funge como legislador negativo cuando deroga una norma declarándola inconstitucional y retirándola del ordenamiento legal (Trovão, 2015).

En este orden de ideas, la Corte tiene la posibilidad de cambiar las reglas jurídicas en torno a los casos vividos por la población LGTBIQ+, pues sus sentencias interpretativas permiten modular

las normas que tienen visos de inconstitucional y la adecuan a una interpretación en específico para que sea coherente con la constitución y de tal forma la apliquen los operadores judiciales y administrativos.

En este sentido, se contrastarán algunas sentencias proferidas entre los años 1992 a 2000 con otras que fueron proferidas después de dichos años en relación al tópico de la orientación sexual, en especial, en asuntos como afiliación a seguridad social, pensión de sobrevivientes y obligación de alimentos. Con ello, podrá evidenciarse como la Corte Constitucional, aun teniendo la facultad de adecuar las normas a una interpretación constitucional, prefiere optar por una perspectiva segregacionista injustificable, pues la misma corte posteriormente afirma que la distinción que hacen las normas entre parejas heterosexuales y homosexuales es insostenible, desproporcional, innecesaria y no persigue ningún fin constitucional superior.

Así las cosas, en el anterior acápite se revisó cual debía ser el comportamiento de un tribunal constitucional y como esta conducta exigible no fue la tomada por la Corte Constitucional para la época en que profirió las sentencias mencionadas en el primer capítulo, como lo son la T-539 de 1994, T-569 de 1994, T-097 de 1994, T-037 de 1995, C-098 de 1996, T-1426 de 2000, de las cuales se recuerdan y destacan las siguientes consideraciones con tono discriminante:

- “Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. (...) La manifestación del pluralismo y de la diversidad cultural no implica el despropósito de mostrar lo particular como general, ni equivale a presentar como normal una situación sui generis, porque puede invertir el proceso de la naturaleza sexual en los niños y adolescentes, sobre cuya formación moral tienen especial interés el Estado y la sociedad civil.” (Corte Constitucional, T-539, 1994)
- “Si las conductas homosexuales invaden la órbita de los derechos de las personas que rodean al individuo, e inclusive sus actos no se ajustan a las normas de comportamiento social y escolar, aquéllas no pueden admitirse ni tolerarse. En el caso presente, el menor

(...) no solo infringió el reglamento educativo, sino que también puso en evidencia su propia condición sexual, y él mismo se encargó de que su derecho al libre desarrollo de la personalidad no pudiera ser objeto de protección, cuando optó por estas actitudes reprobables en contra de las condiciones normales y sanas del ambiente escolar transgrediendo el derecho de sus condiscípulos y el propio de su intimidad.” (Corte Constitucional, T-569, 1994)

- “La igualdad ante la ley no consiste en admitir que quien presenta una condición anormal -como la homosexualidad- esté autorizado para actuar explícita y públicamente con el objeto de satisfacer sus inclinaciones (...), sin poder ser castigado.” (Corte Constitucional, T-037. 1995)
- “La condición de homosexual no debe ser declarada ni manifiesta, pues la institución tiene derecho a exigir de sus miembros discreción y silencio en materia de preferencias sexuales”. (Corte Constitucional, T-097, 1994)
- “La sociedad patrimonial en sí misma no es un presupuesto necesario para ejercitar este derecho fundamental (...) El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso” (Corte Constitucional, C-098, 1996).
- Salvamento de voto: “la extensión, por vía judicial, del régimen legal existente a las uniones homosexuales, en este caso, no sería posible, pues desconocería que es el Congreso el llamado a adoptar tal medida, de conformidad con el primado del principio democrático” (Corte Constitucional, C-098, 1996).
- Salvamento de voto: “la familia como núcleo fundamental de la sociedad se constituye solamente por la decisión libre “de un hombre y una mujer” sin que puedan tener cabida como se ha expuesto dentro del contexto constitucional, las parejas homosexuales, para los efectos civiles de las uniones maritales de hecho y del compañero y compañera permanente” (Corte Constitucional, C-098, 1996).

- “La homosexualidad es un concepto que la Constitución no trata ni regula. No la proscribire pero tampoco de su preceptiva surge que le otorgue categoría de derecho jurídicamente reclamable” (Corte Constitucional, C-098, 1996).
- “No existe en la actualidad ninguna norma que permita al unión de personas del mismo sexo para darle validez legal (...) la persona del mismo sexo, que hace vida marital con el afiliado, en cuanto no fue constitucionalmente asimilada al cónyuge, no puede acceder al Sistema como beneficiario, porque las normas que rigen la Seguridad Social no lo tienen previsto.” (Corte Constitucional, T-1426, 2000)

Las anteriores providencias fueron superadas por los pronunciamientos C-075 de 2007, C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008, de los cuales se destacan los siguientes apartes que contrarían ostensiblemente las consideraciones atrás mencionadas:

- “Para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscribida por la Constitución.” (Corte Constitucional, C-075, 2007).
- “Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.” (Corte Constitucional, C-075, 2007).
- “La detección de la inexequibilidad por omisión legislativa relativa de la norma objeto de estudio (...) implica (...) condicionar su exequibilidad a efecto de que se entienda que la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo también admite la cobertura de las parejas del mismo sexo. (...) la denominada “unión marital de

hecho”, constituye un régimen de protección para parejas heterosexuales, que excluía de suyo la opción homosexual. Esta exclusión, a juicio de la Corte, resultaba injustificada a la luz de los principios constitucionales, pues, (...) debe garantizar la protección de la dignidad humana.” (Corte Constitucional, C-811, 2007)

- “la opción del individuo que decide vivir en pareja con persona de su mismo sexo constituye la causa directa que impide que los miembros de la pareja se vinculen al sistema de seguridad social en salud en calidad de beneficiarios. (...) por lo que la norma resulta lesiva del principio de igualdad constitucional (art. 13 C.P.), respecto de opciones de vida igualmente legítimas, (...) pues sanciona con la exclusión de una medida destinada a preservar la salud y la vida del individuo a quien por ejercicio de su plena libertad decide vivir en pareja con otro de su mismo sexo”. (Corte Constitucional, C-811, 2007)
- “La negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo implica (...) implica una discriminación de dicha opción de vida, con lo cual se vulnera la dignidad de sus miembros, la Corte considera que la medida no es proporcional ni necesaria.” (Corte Constitucional, C-811, 2007)
- “para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. (...) Si bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana.” (Corte Constitucional, C-336, 2008)

- “A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. (...) no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.” (Corte Constitucional, C-336, 2008)
- “el déficit de protección de las parejas homosexuales en materia patrimonial no encuentra justificación constitucional alguna y debe ser corregido de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Constitución.” (Corte Constitucional, C-798, 2008).
- “el tratamiento diferenciado representa (...), un notable déficit de protección en materia de garantías (...), un tratamiento de esta naturaleza resulta, en principio, sospechoso. Por esta razón, su evaluación constitucional debe estar sometida a un juicio de proporcionalidad estricto. En consecuencia, (...) es necesario identificar si la diferenciación legal persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa y si es necesaria, útil y estrictamente proporcionada para alcanzarla. Si no fuera así, la ley estaría vulnerando, cuando menos, el principio de no discriminación y debería merecer el correspondiente reproche de inconstitucionalidad.” (Corte Constitucional, C-798, 2008).

En este orden de ideas, puede advertirse como se pasa de un régimen de desprotección total, basado en argumentos formalistas y excluyentes que restringían la garantía de derechos fundamentales de las personas LGTBIQ+ por falta de reconocimiento normativo en stricto sensu, a uno en donde la dignidad humana resalta como principal sustento de la protección y se asume la carta constitucional como un texto vivo que persigue la efectividad de los derechos humanos aun cuando estos no estén estipulados de manera formal, tal como lo impone el principio de inherencia del artículo 94 de la Constitución Política.

Con lo anterior, queda claro que es la misma Corte Constitucional la que cambia su precedente como un gesto de mea culpa por resultar algunas posturas anteriores inadmisibles con los postulados de la dignidad humana, sin embargo, este cambio per se no constituye una reparación integral como se exige en el ámbito de la responsabilidad del Estado, como se evidenciará más adelante, pero si permite entrever un reconocimiento tácito de su equivocación.

Para cerrar este subtítulo, es menester mencionar una de las que puede ser considerada prueba de la falla en el servicio a cargo de la Corte Constitucional, la cual es revelada en las intervenciones de la sentencia C-075 de 2007, donde participa el ex magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, quien fuera ponente de la sentencia C-098 de 1996 mediante la cual se prohíbe la extensión de efectos patrimoniales de la unión marital del hecho a las parejas homosexuales.

En esta nueva oportunidad -C075/2007- el ex magistrado manifiesta que la sentencia C-098 dejó abierta la posibilidad de un nuevo estudio de constitucionalidad en caso de que se evidenciara que esta exclusión causara un perjuicio a las parejas con orientación sexual diversa. Lo que quiere decir que, en su momento fue el tribunal el que no evidenció que una discriminación de esa envergadura, a todas luces, tiene un impacto negativo en muchos ámbitos de la vida de las personas, e incluso trasladó dicha argumentación al sujeto que está siendo discriminado. Con lo que el exmagistrado termina manifestando que en la C-075 si puede verse el perjuicio pues los accionantes demostraron argumentativamente el impacto de la discriminación en “aspectos económicos, penales, civiles, laborales y de carácter social, en los que la comunidad homosexual se veía discriminada.” (Corte Constitucional, C-075, 2007).

Empero, esta razón macilenta del exmagistrado no va en consonancia con el cumplimiento de los valores constitucionales y las convenciones internacionales en donde predomina el principio de la no discriminación por razón de la orientación sexual. Por lo anterior, la sentencia C-075 de 2007 que corrige la C-098 de 1996, reconoce que el Estado colombiano estaba en la obligación de adoptar “(...) medidas positivas tendientes erradicar la discriminación contra la población homosexual” y adicionalmente “considera que le corresponde a la Corte Constitucional corregir la omisión del legislador de crear un régimen patrimonial para compañeros homosexuales” pues

“toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente.” (Corte Constitucional, C-075, 2007).

En este orden, si bien en un primer momento de este trabajo se identifica una desprotección fundamental desde el año 1992 hasta el año 1998, por cuanto es en la sentencia C-481 de 1998 en la que se advierte una postura a favor de la condición homosexual y se dan claros apuntes a la no discriminación (López, 2016), lo cierto es que en la práctica, la desprotección de la población LGTBIQ+ subsiste hasta el momento en que se cambia el precedente lo cual ocurre solo hasta el año 2007 con la sentencia C-075 en relación con el régimen patrimonial de la unión marital de hecho y también se mantiene en situaciones como el aseguramiento a seguridad social y la pensión de sobrevivientes, que fueron amparados en sentencias C-811 de 2007 y C-336 de 2008, respectivamente, con lo que se avizoran más de 10 años de desprotección para la comunidad LGTBIQ+.

CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, EL FUNDAMENTO TEÓRICO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

La responsabilidad del Estado adquiere relevancia superlativa para el nuevo modelo de Estado adoptado por el Constituyente en 1991, tal es la importancia de sostener un Estado responsable por sus acciones u omisiones que se establece una cláusula general de responsabilidad en el artículo 90 de la Constitución Política. Dicha cláusula funge como límite del poder de la administración pública y además actúa como garantía en favor de las personas que depositan su confianza en que el Estado cumplirá con los fines esenciales para los que fue creado, de manera adecuada y oportuna, sin que en el transcurso de dicho cumplimiento se generen daños injustificados para los asociados.

Responsabilidad, conforme la real academia española, en asuntos jurídicos tiene la siguiente acepción: “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.” (RAE, 2001)

En la doctrina jurídica podemos encontrar autores que definen la responsabilidad patrimonial del estado como “la obligación que recae en este ‘último, de acuerdo con parámetros definidos por el Derecho, de asumir la reparación de los daños sufridos por otra persona” (Serrano y tejada, 2014, p. x)

Dicha responsabilidad, sugieren algunos, surge mutatis mutandis de las reglas aplicables a los particulares en el derecho civil, de tal suerte que la responsabilidad del Estado es “la obligación del Estado de resarcir los daños injustamente ocasionados a los privados en el ejercicio de su capacidad de derecho privado” (Uckmar, 2004 p.10)

De manera similar, se ha expresado que la responsabilidad patrimonial del Estado, o más bien, la posibilidad de exigir del Estado reparación, se sustenta y es “la consecuencia del establecimiento de una relación jurídica extracontractual entre una persona jurídica pública y una persona física o jurídica privada.”. Relación que debe siempre tener una regulación de rango constitucional por su relevancia para la sociedad y sobre todo, porque generalmente la relación jurídica entre Estado y particular es ajena a la voluntad de ambas partes. (Ruiz, 2019)

Por otra parte, hay quienes creen que es posible que la responsabilidad emane de la naturaleza humana y de su Ley natural ética. Pues la responsabilidad es solo la consecuencia del axioma que informa que el bien debe hacerse y perseguirse y el mal evitarse. En últimas, del principio de lo justo nace el principio de la responsabilidad o la obligación de responder. Simple y llanamente no hacer a los demás lo que no se quiere para sí mismo, toda vez que, “el hacer algo me hace responsable de ese hacer o no hacer.” (Gil, 2013, p. 6)

Así pues, la responsabilidad prescrita por la Constitución Política es la materialización de la ética natural del ser humano. La Constitución como hecho político y social se encuentra permeada por sentimientos humanos, con lo cual, es loable afirmar que la responsabilidad extracontractual de Estado es la concreción de un sentimiento de justicia que supera la esfera positiva y se traslada más bien a la órbita de la ius naturalidad, es decir, existe incluso antes que el derecho escrito. Con ello, se puede manifestar que “toda norma jurídica tiene un sentido ético en cuanto pauta confirmadora de la conducta” (Gil, 2013, pág.. 18)

3.1 Una mirada histórica a la responsabilidad del Estado.

Las definiciones anteriormente expuestas, presuponen la existencia de la figura propia de la responsabilidad del Estado como un hecho inherente a la existencia del mismo, es decir, parten del supuesto de que dicha responsabilidad Estatal es una realidad inexorable. Empero, lo anterior no siempre fue así, en otras palabras, la existencia de responsabilidad del Estado no puede presuponerse con facilidad, toda vez que, es un fenómeno relativamente novedoso que aparece al final del siglo XIX. (Jiménez, 2013)

Así las cosas, mencionaba Jiménez (2013) que la doctrina de la responsabilidad del Estado ha surtido tres etapas importantes; un primer estadio en donde no es loable si quiera hablar de responsabilidad del Estado, aquí el desarrollo de la responsabilidad es únicamente de naturaleza civil. Un segundo estadio, posterior al fallo blanco dictado en Francia, que abre las puertas hacia una responsabilidad del Estado y sus agentes por un actuar tardío o ineficiente en el giro ordinario de sus actividades. Por último, una tercera etapa, donde se amplía la atribución de responsabilidad que se le hace al Estado, independientemente la culpa, es decir un énfasis directo en el daño.

En la primera de las etapas de evolución de la responsabilidad del Estado, puede exponerse que la falta de reparación se debía a la omnipresencia y dignidad del Estado. Esta era tal que los daños causados a los administrados eran una simple representación de su soberanía inobjetable. Con lo cual, este podía imponer su voluntad aun a costa de los intereses de los ciudadanos sin indemnización de ninguna clase, pues “el interés del Estado y del gobernante era superior, absoluto e incluso, sagrado” (Jiménez, 2013). Adicional a ello, la mitificación de las monarquías absolutas en las que se presentaba al rey como enviado de dios contribuyó a la creencia de la infalibilidad de la administración, pues su conducta era concebida como designio del cielo. Así las cosas, el rey no se equivoca y si lo hace es su derecho. Como lo diría Penagos (2017) citado por Jiménez (2013):

“Antiguamente existía una incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y responsabilidad: The king can do not wrong. Principio que los defensores de dicha teoría de

la irresponsabilidad del gobernante resumir diciendo que “lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación”. (p.3)

En el segundo estadio, aparece el Fallo Blanco, resuelto en el año 1873 en Francia, a partir del cual se constituyó la teoría de la responsabilidad del Estado por sus actos, sobre una base esencialmente jurisprudencial siendo esta independientemente del derecho civil. Esta responsabilidad se sustenta en la falla del servicio, por la omisión de actuar, actuar tardía o deficientemente. En atención a lo anterior, se reconoce la autonomía del derecho administrativo y su desprendimiento de las reglas del derecho civil en tratándose de responsabilidad por daños. Se entiende que los servicios públicos prestados por el Estado no pueden ser regidos por los principios que introduce el código civil para las relaciones persona-persona. Surge pues, una nueva relación Estado-particulares, creando una competencia específica a la jurisdicción administrativa distinguiéndose del derecho privado. Además, se empieza a advertir indirectamente una nueva fuente formal del derecho distinta a la Ley. (Long, 2017)

De igual manera, en este estadio encontramos otros fallos históricos, representativos para el derecho administrativo, que permitieron la consolidación de la jurisdicción contenciosa administrativa y atribuyeron al Consejo de Estado legitimidad como entidad encargada de los asuntos del Estado en materia judicial. Estos son los conocidos como Fallo Cadot, Fallo Terrier y Fallo Lot.

El Fallo Cadot fue proferido en 1889 fue por el Consejo de Estado, allí se consolidó dicha corte como juez exclusivo de la administración a pesar de que la Ley únicamente le reconocía competencia para resolver algunos conflictos específicos. Solo actuaba como cuerpo consultivo y poseía atribuciones de justicia retenida (No tenía carácter jurisdiccional). Anteriormente era parte de los llamados organismos asesores junto con el Consejo de Prefectura, con la tarea restringida de estudiar los casos y proponer una solución, la cual no era vinculante sino orientadora, toda vez que, en últimas el jefe ejecutivo retenía el poder para tomar la decisión. (Long, 2017)

A partir de este fallo el Consejo de Estado se convirtió en un órgano jurisdiccional con atribuciones de justicia delegada, lo cual significaba que el juez ordinario ya no era quien tomaba

las decisiones si no directamente el Consejo de Estado en nombre del pueblo. Este fallo logró un gran avance al establecer como órgano rector de la jurisdicción contenciosa administrativa al Consejo de Estado, que a partir de allí comenzó a desarrollar la jurisprudencia administrativa.

Por otra parte, el Fallo Terrier proferido en Francia en 1903 abre una puerta fundamental en el derecho administrativo toda vez que puntualiza que el derecho administrativo es el derecho de los servidores públicos. En este sentido, toda acción u omisión de los agentes del Estado era competencia del juez contencioso administrativo, cuando anteriormente se les aplicaba el derecho que correspondía a la jurisdicción común. (Long, 2017)

Por otra parte, el Fallo Lot fue proferido en Francia en diciembre de 1903, teniendo como cuna la asociación de propietarios y contribuyentes del barrio Croix-de Serhuey –Tivoli. Este fallo da origen a los derechos de los particulares y la obligatoriedad de su protección. (Arrétes, 2017)

Por último, uno de los fallos más representativos en materia de responsabilidad del Estado es el fallo La Fleurette, proferido en el año 1938 por el Consejo de Estado francés, quien a partir de allí admitió que, la ley por ser general se considera una carga publica y por lo tanto en su aplicación puede generar perjuicios, con lo cual extiende el ámbito de la responsabilidad al legislador. (Urueta, 2021)

La tercera, y última, fase de la evolución de la responsabilidad del Estado, se materializa con una extensión de la responsabilidad a otros regímenes de imputación que no solo dependieran de la culpa de la administración o lo que se denomina falla o falta en el servicio. En este orden, surge lo que se denomina la responsabilidad objetiva, contraria a la anterior responsabilidad subjetiva, donde la culpa o daño por culpa se prescinde y el elemento relevante de la responsabilidad es el daño sustentado en la solidaridad o en el rompimiento de la igualdad en las cargas públicas. Hoy estos dos títulos de responsabilidad (objetivo y subjetivo) coexisten dotando de mayores garantías a los administrados con respecto al poder y voluntad del Estado. (Jiménez, 2013)

Ahora bien, es importante aclarar que Colombia hoy se encuentra en este este tercer estado teórico de responsabilidad, con miras a extenderse aún más si se entiende que la responsabilidad

del Estado adquiere una importancia superlativa pues se erige como elemento definitorio de la Constitución. En este sentido, la jurisprudencia constitucional acepta que la existencia del estado tiene como sustento la responsabilidad e indica que:

“El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: el principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la Ley, sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. (C-832 de 2001)

En similar dirección se ha pronunciado el alto tribunal en la Sentencia C-333 de 1996, de la cual puede inferirse que la responsabilidad del Estado es una institución jurídica que permite entender al Estado como un verdadero servidor de los asociados, como un mandatario dispuesto a considerar a la persona humana como un fin en sí mismo y por lo tanto dispuesto a renunciar a sus posición cuando ocasiona una afrenta antijurídica. Por lo tanto, se admite de la cláusula general de responsabilidad del Estado que, los órganos que lo integran, sin excepción, al cristalizar un daño que riña con los fines para los cuales fue constituido, tienen la obligación de reparar el mismo. En dicho pronunciamiento se indicó que:

“la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización” (Corte Constitucional, C-333, 1996)

Puede observarse entonces que la Corte Constitucional desde hace un tiempo defiende que los daños que ocasiona el Estado son resultado normal de una actividad legítima de la actividad pública, con lo cual, no necesariamente se requiere una conducta negligente, sin embargo, por normal y legítima que sea, deben ser resarcidos. De igual manera, advierte la Corte, tácitamente, que la actividad estatal aumenta y en consecuencia debe aumentar la protección de los administrados, es por ello que puede afirmarse que la responsabilidad estatal tiende a expandirse pues se necesita una mayor garantía jurídica a los particulares.

Como muestra de la expansión de la responsabilidad del Estado, o más bien, de la expansión de las garantías de los administrados, que se traduce en reconocer una mayor categoría de daños indemnizables, puede advertirse como desde el 2014 el Consejo de Estado ha incorporado una nueva categoría de daño indemnizable que anteriormente no era reconocida, esta novedad es “el daño a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados, la cual se sumaba a las ya conocidas de daño emergente, lucro cesante, daño moral, pérdida de oportunidad y daño a la salud” (Morillo, 2022, p. 2)³

Lo anterior es importante toda vez que extiende la teoría jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado no solo a la noción clásica de daño antijurídico, sino a los derechos humanos. Dicho de otro modo, el bien jurídico que tiene el deber de tutela el estado es el derecho humano, por lo tanto, cuando este es afectado, debe ser indemnizable como derecho humano o derecho subjetivo, sin girar en torno a la noción de daño antijurídico. Expresa Morillo (2022), mencionando una intervención de Rodrigo Uprimmy (2006) ante la Comisión Interamericana de derechos humanos que, anteriormente “el fundamento de la declaración de responsabilidad del Estado no se encuentra en la vulneración de derechos constitucionales o de aquellos contenidos en tratados de derechos humanos, sino que se encuentra en el daño antijurídico” (p.4)

Es por ello que, una vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ituango vs Colombia 2006, estimó el mecanismo de reparación directa del ordenamiento jurídico colombiano

³ En esta oportunidad el autor habla en específico de la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena del 28 de agosto de 2014, Rad. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988); y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01(2 6 2 51).

como insuficiente para la reparación por violación a los derechos humanos, el Consejo de Estado desde el año 2014 reconoció que el fundamento de la declaración de responsabilidad del estado también se encuentra en la vulneración de derechos constitucionales o convencionales. (Morillo, 2002).

Así pues, se evidencia con claridad como la evolución de la teoría de la responsabilidad del estado progresa hacia un estadio de protección más amplio, ahora, con categorías autónomas como lo es el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cosa que es distinta a daños morales, a la salud, o daños materiales, por ello, se afirma que “Con esto, los derechos constitucionales entraron a hacer parte de la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual del Estado y, por tanto, se encuentran en el núcleo del objeto del daño.” (Morillo, 2022, p. 7).

En este orden de ideas, lo reconocido por el Consejo de Estado y la Corte Interamericana tiene una relevancia superlativa para el caso que nos ocupa, pues permite reconocer los derechos a la libertad de conciencia, de expresión, de pensamiento y desarrollo de la personalidad como derechos humanos de relevancia convencional y constitucional susceptibles de ser resarcibles si en el ejercicio de las funciones estatales se comprueba su afrenta y menoscabo.

A modo de corolario, una vez revisado este breve recuento histórico, puede afirmarse que la responsabilidad del Estado ha ido evolucionando gradualmente, cada tanto ampliando su alcance en la medida en que la administración pública aumenta sus capacidad y sus actividades ordinarias. En la actualidad la responsabilidad extracontractual del estado se ha establecido en dos títulos, la responsabilidad con culpa o subjetiva y sin culpa u objetiva, ambos con sus respectivas especies o hipótesis fácticas como se verá más adelante. Sin embargo, puede aseverarse que la teoría de la responsabilidad estatal es inacabada, pues tiene la capacidad, y el deber, de adaptarse a la amplitud de la actividad Estatal.

Ergo, la responsabilidad es una herramienta que se extiende en pro de los administrados que se desarrolla al ritmo de la sociedad y al crecimiento del Estado, por ello, no existe, prima facie, razón alguna para negar la posibilidad de un nuevo estadio histórico, del surgimiento de una

eventual cuarta etapa con nuevos títulos de imputación de responsabilidad y novedosas teorías en torno a la forma de resarcir el daño.

3.2 Elementos y tipos de responsabilidad estatal en Colombia.

Como se expuso en el subcapítulo anterior, la responsabilidad del Estado comenzó a abandonar la tesis sobre la cual únicamente la culpa atribuida al Estado, o propiamente la culpa de sus agentes en representación suya, generaba responsabilidad. Así las cosas, nació en el mundo jurídico la posibilidad de endilgar responsabilidad al Estado a partir de su actuar legítimo y adecuado, es decir, la responsabilidad no giraba solo en torno a una equivocación, un yerro, una negligencia o una omisión de sus agentes, sino de una actividad incluso necesaria e imprescindible para el interés general de la sociedad. En otras palabras, el estado ahora no solo podía ser responsable por no cumplir con sus fines esenciales, sino incluso por buscarlos y alcanzarlos.

En este orden de ideas, la responsabilidad empezó a girar entorno al daño y al principio de no afectación a las personas en ninguna de sus orbitas. Con lo cual se establecieron dos marcos teóricos de responsabilidad extracontractual del estado, a saber, el régimen de responsabilidad objetiva y el régimen de responsabilidad subjetiva. Sin embargo, independiente al título de imputación que se persiga, con o sin culpa, la responsabilidad es una sola y por ello ambos regímenes comprenden elementos comunes. Como diría Lorena Rosa Baños Rocha (2021) “el daño antijurídico se considera un elemento invariable en cualquier clase o régimen de responsabilidad, sea responsabilidad contractual o extracontractual del Estado”(p.34).

En este orden de ideas, para poder hablar de responsabilidad del Estado es importante referirse a los elementos que lo componen - independientemente del régimen-, como lo son, el daño antijurídico y la imputación. Así las cosas, antes de inclinarse por alguno de los dos tipos de responsabilidad, deben identificarse: i) la existencia de un hecho dañoso que las personas no estén en la obligación de soportar, dicho de otro modo, el daño antijurídico, y ii) debe establecerse que el mismo es imputable a la administración pública, es decir, que pueda ser atribuido a ella por su actividad. (Ruiz, 2019)

3.2.1 El daño antijurídico

Para hacerse una noción del daño, puede mencionarse en primera medida que proviene de la palabra en latín “damnum” que etimológicamente puede significar condena o castigo, es decir, que el daño es una pena que sufre el individuo, quizá un estado de congoja o incertidumbre. Para la Real Academia Española, el verbo dañar, quiere decir “Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia” (RAE, 2001). En otras palabras, si se juntan estas acepciones, puede definirse el daño como aquel estado de zozobra en el que se introduce a una persona a través del menoscabo de sus derechos, del perjuicio de su patrimonio o del dolor físico o emocional, con la magnitud suficiente para que el individuo se perciba así mismo como un condenado.

No obstante lo anterior, para los propósitos de este trabajo, no basta la definición de daño como sinónimo de castigo o angustia, pues no cabe duda que infinidad de situaciones en el giro ordinario de la existencia pueden hacer sentir a las personas como desdichadas o infortunadas. Sin embargo, no basta este estado o sentimiento de turbación para que un daño sea indemnizable, por lo cual, también es necesario que dicho daño tenga la categoría de daño antijurídico, es decir, el que se causa sin estar en la obligación de soportarlo en una sociedad igualitaria que se desarrolla en un estado social de derecho, y por lo tanto, efectivamente resarcible. (Serrano y Tejada, 2014)

En otras palabras, en el día a día, las personas coexisten con daños permanentes que atentan contra su estado de confort, que agitan e inquietan los individuos, como lo pueden ser el pago de impuestos, prestar servicio militar, la espera moderada de un trámite administrativo, la prohibición de transitar en vehículo en ciertas zonas, días u horarios, el aumento de los bienes y servicios por la inflación o crisis en los mercados globales, entre otros. Empero, estos daños son los que se consideran daños jurídicos o daños no resarcibles, esto es, los daños que se está en la obligación de soportar como integrantes de una sociedad compleja que exige de las personas sacrificios razonables para vivir en comunidad, en últimas, estos daños son la consecuencia legítima de ser sujeto de derechos en un Estado en particular.

Lo anterior es importante pues no debe caerse en “el peligro de indemnizar daños bagatelares o microdaños que se acercan mucho a la simple noción de molestia o fastidio”

(Morillo, 2022, p.14), ello toda vez que, en efecto, “existen una serie de cargas y perturbaciones que una persona debe soportar y que, para el derecho, al menos para el derecho de daños resultan irrelevantes, porque de lo contrario sería imposible la vida en sociedad” (Morillo, 2022, p.19)

Por otra parte, está el daño antijurídico, que es el daño injusto y desproporcionado, que golpea fuertemente la dignidad o que menoscaba el patrimonio injustificadamente, que como se mencionó, el individuo no está en la obligación de soportar. Este daño, que es el daño indemnizable es el que merece la tutela jurídica por parte del Estado, dicho de otro modo, es el daño que le importa conocer a la teoría de la responsabilidad estatal.

Para el profesor Juan Carlos Henao (2007) el daño que es el elemento principal de la responsabilidad del estado, puede ser definido como:

“Toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil -imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos” (p.133)

Por otro lado, Martínez Rave (1998) percibe el daño como “la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un derecho real o subjetivo: basta que sea un interés patrimonial del ofendido, el que se afecte para que exista el daño” (p.256), definición que sea de paso mencionar es simple, no incorrecta, pero no puede ser de recibo en la teoría de la responsabilidad extracontractual del estado, puesto que el daño que no es protegido por el ordenamiento jurídico no es indemnizable por no tener relevancia de tutela jurídica y en consecuencia no ser antijurídico.

Otra definición de daño puede ser la otorgada por Enrique Barros (2006), quien expresa que es “todo menoscabo que experimente un individuo en su personalidad y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial” (p.221). En similar sentido expresa Javier Tamayo (2007) que daño “es el menoscabo de las facultades jurídicas que

tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial” (p.326). De igual manera, Sebastián Morillo (2022) defiende el daño “como toda privación, vulneración o afectación al goce pacífico de un derecho subjetivo individual o colectivo, independientemente de que se trate de derechos con contenido económico o de aquellos que carezcan de tal” (p.17).

Sin embargo, es de anotar que estas definiciones, a excepción de Henao, hacen referencia a la noción del daño simple, el cual podrá tener aplicación y alcance dentro de la responsabilidad civil, sin embargo, escapa a la aplicación de la responsabilidad estatal por su falta de antijuricidad, es decir, falta de reconocimiento de tutela jurídica por parte del ordenamiento jurídico .

Por otra parte, una mejor aproximación del daño relevante en materia de responsabilidad extracontractual del estado es el dado por Gonzales Briceño (2010) quien manifiesta que es “la alteración negativa e ilícita de los bienes e intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de la víctima como consecuencia del hecho dañoso” (p.52). Aquí puede observarse como el termino ilicitud hace referencia a una protección normativa o a una tutela jurídica por parte del estado, pues en contraste a lo mencionado por el doctrinante, las alteraciones lícitas no serán indemnizadas y por lo tanto son daños jurídicos que se está en la obligación de soportar, como el daño patrimonial, lícito, que ocasiona el cobro de un tributo.

Por último, en 2017 el ex magistrado del Consejo de Estado, Orlando Santofimio Gamboa, manifiesto con respecto al daño que:

“El daño en sentido jurídico o normativo, debe entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de reparación en la responsabilidad extracontractual del Estado es aquel que reviste la característica de antijurídico” (p.143)

Ahora bien, cuando alguien sufre un daño existen tres posibilidades, i) que lo asuma la víctima como suyo, ii) que lo asuma un tercero (Responsabilidad Civil) o iii) que lo asuma el Estado (Responsabilidad Estatal). (Serrano y Tejada, 2014). Aquí entonces la pregunta que surge es, como saber cuándo el Estado repara y asume dicha responsabilidad, que como se cuestionaría René

Chapus (1995) citado por Paillet Michel (2000) “En derecho administrativo como en derecho privado, la cuestión es la de saber bajo qué condiciones y modalidades un daño debe repararse” (p.61)

En este orden, el daño debe repararse por parte del Estado cuando este sea un daño antijurídico y sea imputable a aquel por generarse en la órbita de sus actividades. Así pues, el primer elemento de la responsabilidad del estado, es el daño que está sujeto a tutela jurídica y en consecuencia es resarcible, es decir, el daño antijurídico.

Se puede afirmar que el daño antijurídico es el elemento principal de toda responsabilidad civil o estatal, de índole contractual o extracontractual. Independientemente de donde surjan las obligaciones jurídicas a estudiar, cuando se habla de responsabilidad el elemento imprescindible de la relación jurídica es el daño (Serrano y Tejada, 2014), que tal como se desprende del artículo 90 de la Constitución, para el caso de la responsabilidad del estado, debe ser antijurídico.

“ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”
(Constitución Política de Colombia, 1991)

Tampoco importa en esta instancia, si dicho daño es material (patrimonial) o inmaterial (extrapatrimonial). El daño material “alude a la afectación de los bienes de carácter económico” (Arenas, 2018, p. 146) y el daño inmaterial “se localizan en la zona de mayor intimidad de la víctima, de los sentimientos, los afectos y el dolor, en tal forma que solo quien los padece puede determinar su verdad e intensidad, pues al no manifestarse exteriormente en una modificación del entorno material, sus efectos perjudiciales no son mesurables objetivamente” (Bustamante, 2003, p. 290).

Es importante mencionar que no se acogerá en este trabajo los significados de daño patrimonial o daño extrapatrimonial como sinónimos del daño material o el daño inmaterial respectivamente. Así pues, solo se utilizaron estas referencias en el párrafo anterior, con el ánimo de exponer que así se le denomina en variada jurisprudencia y doctrina jurídica. No obstante, aquí

se opta por una fórmula distinta, en la que, tanto para el daño como para la reparación, la acepción de patrimonio abarca las nociones de bienes materiales e inmateriales. Pues el daño de manera lacónica es “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (Henaó, 2007, p. 38)

En cuanto a la reparación, patrimonio debe definirse bajo una lectura más armónica de la cláusula general de responsabilidad del Estado (Artículo 90 C.P) que dispone que el “Estado responderá patrimonialmente” haciendo alusión a un concepto de patrimonio mucho más amplio al meramente económico. En este orden de ideas, sea la oportunidad para exponer que el Estado no solo responde económicamente, sino también tiende por medidas de reparación integral que superan dicho resarcimiento monetario. Lo antedicho supone que el Estado no solo responde patrimonialmente en dinero, sino integralmente, y ello incluye compensaciones inmateriales.

En cuanto al daño, patrimonio debe definirse como bienes materiales e inmateriales del cual es titular una persona, por ello, no haremos distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, pues todo daño a un bien jurídico del cual es titular una persona es una afectación a su patrimonio. Como diría Ledesma (2003) “los daños materiales se denominan patrimoniales y los demás como extrapatrimoniales. Es una categorización que no compartimos, pues como lo anotamos, los distintos bienes que pertenecen a una persona son los elementos que constituyen su patrimonio y, por tal razón, cualquier lesionamiento que se produzca a uno de ellos es patrimonial” (p. 289). Lo que sí se debe tener claro es la materialización del daño, pues sin este, no se cristaliza la responsabilidad y en consecuencia no se concreta reparación alguna.

En este sentido, el daño patrimonial, incorpora todas las categorías de daño como los daños materiales (lucro cesante y daño emergente) y daños inmateriales (daño a la salud, daño moral, daño a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos). (Arenas, 2018). Aquí, vale la pena definir brevemente en qué consisten estos daños, toda vez que se debe escoger alguno de ellos para endilgar la responsabilidad que en este trabajo se predica de la Corte Constitucional. En este orden, es menester mencionar lo siguiente:

El Daño material: Es aquel que atenta contra intereses de naturaleza económica, quiere decir, es cuantitativo y medible en dinero. Como lo son las cosas o los servicios que salen o saldrán del

patrimonio del afectado. (Hena, 2007). Son daños que disminuyen el activo o incrementan el pasivo, como diría el profesor Arenas (2018) cuando se declara un daño material “se busca encontrar un valor para remplazarlo que se acerque al monto exacto de la lesión” (p.147)

Aquí es importante mencionar que el daño material se clasifica en el daño emergente y el lucro cesante. Así las cosas, se puede reclamar la pérdida sufrida (daño emergente) o la ganancia frustrada (lucro cesante), (Hena, 2007) el primero de estos daños se presenta cuando un bien económico sale del patrimonio y el segundo de ellos cuando un bien económico debía ingresar al patrimonio pero jamás ingresó ni ingresará. (Tamayo, 2011).

El daño emergente, como lo describe Arenas (2018) “es el perjuicio inmediato que sufre la víctima del daño, es decir, el detrimento patrimonial en ese instante” (p.147) y sobre el lucro cesante, menciona que es la “utilidad que se frustra y sobre la cual hay una razonable certeza de obtención” (p.149).

El profesor Juan Carlos Hena (2007) expresa también que ambos conceptos se dividen según su forma de recaer sobre algo, o mejor dicho su forma de materializarse o cristalizarse, este algo es, una persona o un bien. En otras palabras, existe el daño emergente que se materializa sobre una persona y existe el daño emergente que se cristaliza sobre bienes. Así, de igual forma existe el lucro cesante que recae sobre una persona, y el que recae sobre un bien. “Se entiende por el primero todo daño que recae sobre la integridad física de la persona humana, mientras que por el segundo el daño que recae sobre bienes diferentes.” (p. 198)

El daño Inmaterial: Para hablar de daño inmaterial puede mencionarse a Enrique Gil Botero (2013) quien lo describe “como la afectación de bienes que no tienen contenido económico, pero que están igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico” (p151). Estos perjuicios encuentran la dificultad en su naturaleza subjetiva, pues no puede determinarse a ciencia cierta, por ejemplo, el valor del dolor ajeno. Sin embargo, se ha establecido pacíficamente que deben ser indemnizados de la forma más equitativa. (Arenas, 2018). En este apartado encontramos el daño moral, daño a la salud y daño a los derechos protegidos constitucional y convencionalmente. (Consejo de Estado, Expediente 28804, 2014)

Ahora bien, el perjuicio moral es aquel que se produce en el fuero interno e íntimo de las personas, en la psiquis de la víctima directa o de su círculo cercano que son considerados víctimas por rebote (Saavedra, 2011). Este daño afecta la integridad emocional de quien lo padece, aflige su existencia y en consecuencia debe ser indemnizado, empero, su cuantificación ha tenido que ser estimada razonablemente por el Consejo de Estado, pues en la práctica no es posible evaluar el dolor del otro, como tampoco estimar una pérdida o daño como un mal menor o mayor a otro distinto. En este orden, tiene como regla general un tope indemnizatorio de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin embargo, el Consejo de Estado considerando la intensidad del daño ha llegado, excepcionalmente, a ascender esta indemnización a 300 SMLMV. (Consejo de Estado, expediente 27709, 2014)

Por otra parte, el daño a la salud se define como la alteración física o psicología que tiene consecuencias en el exterior de la víctima directa, se manifiesta como una pérdida de las expectativas de una vida normal por la alteración de los ámbitos fisiológicos, estéticos, sociales y psicológicos. (Consejo de Estado, Expediente 28804, 2014). En estos eventos, el Consejo de Estado también ha tenido que realizar un baremo con topes indemnizatorios, pues no puede dejarse a discrecionalidad del afectado la estimación del monto a reparar, dicho de otro modo, no puede ponerse precio a una extremidad o una función fisiológica esencial de manera individual.

Por último, el daño a bienes constitucional y convencionalmente amparados hace referencia a la afectación intensa a valores y principios iusfundamentales que han sido reconocidos en el texto constitucional o en instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta categoría de daños, por regla general, no persigue la indemnización pecuniaria, pues no se dispone un valor económico para dichos axiomas constitucionales o convencionales afectados, por el contrario, lo que se procura es restaurar los mismos, es decir, enaltecer los principios protegidos que alguna vez fueron mancillados por el Estado.

Así pues, tanto el daño como la reparación tienen un contenido ético, por lo que se aplican mecanismos de justicia restaurativa que permiten la satisfacción de la afrenta iusfundamental. Aquí encontramos mecanismos de reparación como: garantías de no repetición, garantías de verdad y

justicia, publicidad, perdón, prevención, actos simbólicos, intervención en políticas públicas, construcción de monumentos, entre otros. Como puede observarse, en este tipo de daño, la reparación procura en mayor medida reparar el bien o derecho en su esfera objetiva. Sin embargo, excepcionalmente, en el caso en que la entidad del daño sea gravísima y los mecanismos no pecuniarios para reparar sean insuficientes, podrá reconocerse hasta 100 SMLMV a la víctima directa. (Consejo de Estado, Expediente 31172 de 2014).

En conclusión, puede afirmarse que la lógica de los daños materiales es el valor remplazo, es decir, sustituir lo perdido o lo dejado de percibir, mientras que la lógica de los daños inmateriales es compensatoria, es decir, un valor premial. (Gaviria, 2015)

Conforme lo expuesto, en el marco del problema de este escrito, es viable argumentar que lo que en su momento desconoció la Corte Constitucional fueron los derechos constitucionales y convencionales de la comunidad LGTBIQ+, con lo que su reparación podría ir encaminada a medidas de compensación premial.

Ahora bien, la acepción de daño antijurídico ha sido sostenida de manera pacífica tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, así pues, daño antijurídico es todo “perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” (Corte Constitucional, C-333, 1996). Así mismo, se definió en el segundo debate elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que “La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.” (Agosto, 1991). De igual manera sostiene el Consejo de Estado que daño antijurídico es “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar” (CE, 1993, Exp 8163)

Es menester también tener en cuenta lo expresado por el profesor Fernando García Forero (2017) con respecto al daño antijurídico, quien manifiesta que no existe concepto o definición para tal, sino más bien, una concepción. Esto lo explica, diciendo que “la antijuridicidad del daño depende de las circunstancias de cada caso y de las concepciones que tenga el sujeto cognoscente

(juez) a cuyo cargo esté decidir si el daño en cuestión es jurídico o antijurídico” (García, 2017). En otras palabras, es un concepto indeterminado en ocasiones discrecional. Aunque también se acoge a una postura del Consejo de Estado que sostiene como daño antijurídico aquel que “va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario” (CE, 2006 Exp 13168). García expresa que, esto sigue siendo una definición ambigua y errática, pues no define qué es “más allá” o “normalmente” y “sujeto solidario”. Sobre esta base, sostiene que el daño antijurídico que debe soportar una persona depende “del contexto cultural, económico y político en el que se ha producido el daño”, solo este contexto es el que determina la antijuridicidad, pues está relacionado estrechamente con estas variables.

Con lo antedicho es loable manifestar que, el desarrollo de un Estado puede ser medido con base en la definición y alcance que sobre daño antijurídico otorguen las autoridades jurisdiccionales, es decir, entre más amplio el concepto de antijuridicidad, mayores son las circunstancias susceptibles de garantía patrimonial por parte del Estado, con lo cual existe en mayor medida una protección a los bienes jurídicos de las personas. .

Con base en lo precedentemente expuesto, se acoge para esta investigación el concepto de daño antijurídico como “aquel que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones, no tiene derecho a causar” (Tamayo, 2000, p.32-33) o como lo expuso el español García de Enterría (2006) para referirse a daño antijurídico:

El concepto técnico de lesión resarcible, a efectos de responsabilidad, requiere, pues un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación, no en su comisión sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso la administración) (p. 382)

También es de recibo en este trabajo, con ayuda de Fernando García (2017) y Serrano y Tejada (2014) afirmar que la amplitud del concepto o noción de daño antijurídico que se establece en un Estado determinado, es directamente proporcional al desarrollo social, jurídico y cultural de

ese Estado. Así las cosas, entre menos justificaciones encuentre el Estado al momento de conculcar un interés legítimo de los administrados, estará cumpliendo en mayor medida los fines esenciales para los cuales fue creado. Un apartado que vale la pena transcribir con respecto al daño antijurídico es el tomado de Serrano y Tejada (2014):

Es el derecho el que define el daño indemnizable, pues es el ordenamiento de cada país quien determina que derechos e intereses merecen la tutela jurídica por parte del estado. Y en consecuencia hay padecimientos sufridos por las personas que no ocupan al derecho, así ciertamente `tengan una repercusión material en las víctimas. (Pg. xi)

En definitiva, el concepto de daño antijurídico: es aquel daño o lesión a un bien o interés legítimo que el Estado ocasiona sin justificación alguna en un contexto determinado, con lo cual los administrados no están en el deber de soportarlo por ausencia de causas razonables. “puede presentarse tanto en regímenes de responsabilidad sin culpa como en aquellos basados en la culpa” (Arenas, 2017, p. 74)

Así púes, el juicio de antijuricidad que se realiza sobre el daño es un juicio sobre la soportabilidad (Parejo Alfonso, 2012) y la razonabilidad de este, ergo, se califica de antijurídico el daño que razonablemente desde la óptica del sistema jurídico la persona no tiene el deber jurídico de soportar por no existir una justificación para dicha carga pública (Saavedra Becerra, 2011).

Es en este sentido que, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 concibe el Estado como un agente protector, encargado de garantizar el patrimonio de sus asociados, donde lo que importa es el daño que sufre la víctima no el reproche de la conducta del actor. Dicho de otro modo, la responsabilidad del Estado se produce y tiene origen en los efectos o consecuencias que produce el accionar del Estado, no en la conducta o juicio de la actuación de los agentes de la administración, lo que da cabida a regímenes de responsabilidad objetiva donde no se requiere reprochar la conducta del Estado. Por lo tanto, el daño antijurídico que profesa el Artículo 90 de la Constitución “parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión,

porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.” (Gaceta Constitucional No 112, 1991, p 7 y 8)

Ahora bien, se debe exponer que el daño aun antijuridico debe de cumplir con unas cualidades para que sea indemnizando, ello quiere decir que no basta la existencia del daño, sino que este daño debe tener unas características so pena de no ser resarcido. Estas son, que el daño sea i) cierto, ii) determinado o determinable iii) anormal y iv) que se trate de una situación jurídicamente protegida. (Consejo de Estado, Expediente 12166, 14 de septiembre de 2000.)

La primera de estas cualidades es que el daño sea cierto, quiere decir, que se compruebe su existencia, que sea demostrable y se tenga certeza de su ocurrencia, con lo cual no puede ser este un daño eventual e hipotético. Por lo tanto “que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura” (Consejo de Estado, Expediente 2001, 19 de mayo de 2005). Se debe aclarar que “para que sea indemnizable debe ser cierto, pero no necesariamente actual, ya que también se indemniza el daño futuro” (Baños, 2021, p.61).

Con respecto al elemento de certeza del daño, se cuestiona que el mismo pueda ser futuro, pues lo que no se ha consolidado en el presente de manera efectiva no puede considerarse como cierto o existente. Así las cosas, frente al daño futuro únicamente podría considerarse que es más o menos probable, mas no cierto. (Morillo, 2022). Frente a esta situación, se ha optado por la noción de daño verosímil, quiere decir, el daño sobre el cual “existen razones válidas para creer que sucederá” (Morillo, 2022, p. 22).

En segundo lugar, como complemento de la certeza, el daño debe ser determinado o determinable, en otras palabras, que se pueda tasar, medir, definir o limitar materialmente, por ello debe ser “cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico” (Consejo de Estado, Expediente 2001, 19 de mayo de 2005).

Por otra parte, solo será resarcible el daño anormal, esto es, que excede los riesgos o peligros inherentes a cualquier actividad humana, pública o privada. Como expresaría el Consejo de Estado “a toda actividad le son intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no

llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico” (Consejo de Estado, Expediente 50154, 29 de julio de 2015). En asuntos públicos, será anormal el daño “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio” (Consejo de Estado, Expediente 12166, 14 de septiembre de 2000).

Por último, el daño debe causarse dentro de una situación jurídicamente protegida, esto es, que no se trate de situaciones jurídicas ilegítimas o contrarias a la ley y la Constitución, pues ello vacía la antijuricidad del daño. Así las cosas, el perjuicio causado será indemnizable “porque recae sobre bienes legítimos de las personas humanas demandantes” (Consejo de Estado, Expediente 12166, 14 de septiembre de 2000). Con lo cual el daño que recaiga sobre un bien (interés, derecho subjetivo) contrario a derecho, será justo, y en consecuencia, quien lo sufra está en el deber de soportarlo, aspecto que atiende al principio general del derecho de que nadie puede invocar, a su favor, su propia culpa.

En resumen, el daño tiene características intrínsecas, por ello, el daño debe ser cierto no eventual, debe ser especial, es decir, no puede ser común a los miembros de la colectividad, también debe ser anormal, o sea, exceder los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio y el sacrificio propio de vivir en comunidad y por último deberá ser causado en una situación jurídicamente protegida. (Rivero, 1985)

Con todo lo antedicho, se puede concluir de manera sucinta que, el primer elemento de la responsabilidad del Estado es el daño antijurídico, entendido como aquel que no se está en la obligación de soportar en condiciones de igualdad, el cual no tiene derecho de causar el Estado y que se fundamenta en los principios de la solidaridad (Art 1 C.P) , igualdad de las cargas públicas (13.C.P) y garantía patrimonial de los ciudadanos. (Art 2 y 52 C.P) que además debe reunir los atributos de certeza, anormalidad, y protección jurídica.

3.2.2 La imputación.

Se ha sostenido en innumerables oportunidades que el daño antijurídico es el principal elemento de la responsabilidad del Estado, sin embargo, la imputación es el elemento *sine qua non* el daño

antijurídico no podría ser indemnizado. En este sentido, no podría atribuirse importancia superlativa a uno u a otro elemento en asuntos de responsabilidad del Estado, pues lo cierto es que sin la conjugación de ambos no se materializa la obligación de resarcir los perjuicios causados a los administrados.

Es por ello que autores como Morillo (2022) expresan que incluso la imputación es un elemento anterior al daño antijurídico, pues no tiene sentido, según el autor, determinar si el daño se tenía o no que soportar, si en últimas no es el estado quien va a asumir la indemnización. En este orden, antes de establecer el daño antijurídico se debe “pasar por analizar si el daño puede ser atribuible al Estado, es decir, examinar si el daño fue producto de una conducta o de la omisión del aparato estatal” (p.27)

Con esto dicho, es menester advertir que la imputación del daño es, simple y llanamente, atribuir la conducta generadora del daño a un sujeto denominado Estado, sea por acción u omisión de sus deberes constitucionales. En este orden de ideas, en este concepto se incorporan todos los elementos necesarios para dirigir o señalar un hecho u omisión del estado como causa suficiente para la producción del daño. Como lo mencionaría la Corte Constitucional “no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.” (Corte Constitucional, C-333, 1996)

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la imputación es hacer un análisis que permita que el hecho sea atribuido “fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño” (Consejo de Estado, Expediente 50154, 29 julio de 2015)

Como se mencionó, la imputación es de carácter fáctico y jurídico o normativo. (Saavedra, 2011). La imputación fáctica es un análisis de causalidad entre el hecho material y el daño producto de este hecho. Esta causalidad fáctica, expresan algunos autores, es el llamado nexo causal, que incluso esta por fuera de la imputación como elemento autónomo de la responsabilidad que

antecede la imputación. (Patiño, 2011). En este mismo sentido, se ha manifestado que la imputación se estructura luego de haberse probado el nexo causal. (Enterría, 2003). Así las cosas, Patiño (2011) distingue la causalidad de la imputación, afirmando que “La causalidad entonces hace referencia a constataciones meramente materiales y/o fenomenológicas, mientras que la imputación es una verdadera atribución jurídica con relevancia en el mundo del derecho.” (p.6)

Sin embargo, dicha distinción nos parece innecesaria, toda vez que como bien lo menciona García de Enterría (2003) la imputación “se produce automáticamente una vez se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido” (p.386). Con lo cual, la imputación jurídica y la causalidad comparten un mismo momento temporal, una relación simbiótica que, en términos de responsabilidad, es imprescindible para determinar la obligación indemnizatoria del sujeto endilgado. Es por ello que, para los términos de este escrito, se acoge la postura teórica que afirma que únicamente existen dos elementos de responsabilidad estatal, a saber, el daño antijurídico y la imputación, dejando el nexo causal o la causalidad por fuera de los elementos autónomos e incorporándolo dentro de lo que se puede denominar imputación fáctica.

En conclusión, la imputación se estructura de dos formas, la primera es la imputación fáctica o simple causalidad material, dicho de otro modo, la relación directa que tiene la acción u omisión del Estado con el daño, quiere decir la posibilidad de atribuirlo por ser la causa física del daño. Y la segunda, la imputación normativa o jurídica que hace referencia a los títulos jurídicos de imputación, en otras palabras, se refiere al enlace formal entre el hecho dañoso y el perjuicio y se expresa a través de reglas jurídicas. (Consejo de Estado, Expediente 17145, 2009). En últimas, la imputación jurídica resulta del incumplimiento normativo a un precepto de conducta, pues es la afrenta al deber ser. (Consejo de Estado, Expediente 17994, 2009).

Lo anterior quiere decir que, la imputación jurídica, es la forma en que la causalidad material se incorpora en la norma, lo que produce el deber jurídico de indemnizar en cabeza del Estado. Pues bien puede suceder que el daño es causado por el sujeto demandado desde el punto de vista fáctico “pero llevado por el comportamiento bien de la propia víctima, bien de un evento

constitutivo de fuerza mayor, o bien por el comportamiento de un tercero ajeno” (Patiño, 2011, p. 28) lo que impide imputar el daño a quien es demandado.

En este orden de ideas, la imputación jurídica, a lo largo de la jurisprudencia se ha desarrollado como un elemento compuesto por un régimen objetivo y un régimen su subjetivo, toda vez que la Constitución Política en su Art 90 guardo silencio al respecto. De igual manera, cada régimen a su vez integra distintos títulos de imputación, como se verá más adelante.

Dentro de los títulos jurídicos de imputación podemos encontrar de manera enunciativa los descritos por la Corte Constitucional, los cuales posteriormente fueron moldeados a través de los años por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin embargo, vale la pena traerlos a colación antes de desarrollarlos de manera amplia en los siguientes apartados. Así pues, explicaría la Corte en sentencia C-333 de 1996 que los títulos de imputación en la responsabilidad extracontractual del estado serán:

(...) la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista para citar algunas disposiciones, en el inciso 2° del artículo 90 de la C.N y en el artículo 77 del CCA; la igualdad de las personas ante la Ley (art. 13 de la C.N, entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo por la Ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia art. 40 del CPC, art. 414 del CPP, etc), la inconstitucionalidad de la Ley declarada judicialmente, y principios de justicia de equidad como éste del no enriquecimiento sin causa. (Corte Constitucional, C-333 de 1996)

En conclusión los fundamentos de la responsabilidad del Estado son, el daño antijurídico, es decir, el daño injustificado que no se está obligado a soportar y que el Estado no tiene derecho de causar, y la imputación, “que es la atribución jurídica de un daño, causado con o sin culpa” (Arenas, 2017, p. 137), circunstancias que deben ser evaluadas con miras al juicio del sujeto involucrado como eventual obligado de resarcir los daños.

Expuesto lo anterior, puede pasarse a estudiar ampliamente los títulos de imputación de responsabilidad Estatal, que como se ha reiterado a lo largo de este escrito, se dividen en la responsabilidad que se atribuye por culpa (la subjetiva) y aquella que solo depende del daño sin importar el obrar de la administración (objetiva).

3.2.3 La responsabilidad Subjetiva

La responsabilidad subjetiva, para la cual se pueden usar otras expresiones como responsabilidad con culpa, por funcionamiento anormal, por comportamiento ilegal o por actuaciones incorrectas (Arenas, 2018) es aquella donde se evalúa la gestión de la administración pública y si su conducta se ajustó a estándares razonables de diligencia o cuidado. Así las cosas, se producirá responsabilidad subjetiva, que generalmente está enmarcada dentro del título de falla en el servicio, cuando el servicio no haya funcionado o lo haya hecho tardíamente. Como lo mencionaría Hugo Andrés Arenas (2017) se materializa responsabilidad cuando “se haya llevado a cabo una actuación inadecuada o incorrecta en relación con los parámetros exigidos” (p. 47).

Así las cosas, para este régimen puede decirse que se requiere de un elemento adicional que se incorpora en la imputación, como lo es la culpa, pues solo será atribuibles jurídicamente bajo este título aquellas acciones u omisiones en los que se prueba la culpa de la administración. Esta culpa también puede traducirse en un actuar negligente, descuidado o cuando se evidencia inactividad estatal, es decir, omitir los deberes constitucionales y legales.

En este punto, es importante preguntarse cuál es el alcance de la culpa o que significa “parámetros exigibles” a la administración, pues parece ser un concepto indeterminado o muy amplio. Cuando se evalúa la culpa se está evaluando la imputación, pues se responde a la pregunta de en qué punto una conducta es o deja de ser reprochable en términos de responsabilidad para que pueda atribuirse al Estado. En este orden de ideas, solo podrá ser reprochable lo que está al alcance de los límites de la administración en términos económicos, políticos, social o culturales. Dicho de otro modo, no puede exigirse lo mismo a un Estado en vía de desarrollo que a un Estado del primer mundo, cuyas capacidades económicas o culturales pueden superar por mucho las de los primeros. En esta línea, para el profesor Arenas (2017) la culpa tendrá un límite o una fijación que

debe “considerar factores externos a los normativos, tales como la capacidad económica del país, su desarrollo económico, su organización socio-política, las funciones atribuidas al Estado y, en síntesis, los medios disponibles a su alcance para cumplir sus objetivos.” (p.47)

De sostenerse lo contrario, se corre el riesgo de hacer responsable a la administración por cualquier omisión, que en la práctica, es insuperable para el contexto histórico en que se desenvuelve determinado Estado. Para ejemplificar lo anterior, puede escuetamente mencionarse la obligación de protección que tiene el Estado sobre la vida, bienes y honra de las personas, lo que obligaría, teóricamente, a establecer fuerza policiva en cada esquina de las ciudades con el propósito de que no se materialicen delitos. Sin embargo, es un hecho notorio que existen estados que pueden brindar una mayor protección en términos de fuerza pública y otros que no lo podrán hacer por falta de recursos. Ante esta situación, puede concluirse que la omisión del Estado por ausencia de fuerza pública, prima facie, no se le hace exigible para atribuirle la responsabilidad por culpa.

Ahora bien, la culpa como un concepto que determina objetivamente la Ley y subjetivamente el juez a través del contexto del país, se ve influenciado por el axioma “nadie está obligado a lo imposible”. Pues, como se advirtió, debe haber un límite para no hacer responsable a la administración de manera desproporcional o irracional. Por ello, para determinar si hay culpa es preciso comparar el comportamiento de la administración con un modelo objetivo de conducta razonable que atienda las limitaciones propias del Estado. (Medina, 2009)

Debe decirse que la imputación subjetiva se da generalmente en la modalidad de falla probada, quiere decir esto que corresponde al sujeto perjudicado demostrar la culpa o falla en el ejercicio de la función pública, sin embargo, cuando la imputación sea por inactividad u omisión del Estado también deberán “darse dos requisitos: que el agente le fuese imposible impedir el evento dañoso y que tuviera la obligación de hacerlo” (Bermejo et al, 2001, p.1274)

No obstante, en ocasiones la jurisprudencia ha permitido en el régimen subjetivo algo que ha denominado como falla presunta, donde se invierte la carga de la prueba y se traslada al Estado la comprobación de su actuar lícito o diligente. Esta situación se permite gracias al desarrollo de

principios procesales, en donde imponer la obligación al demandante es una carga que excede sus posibilidades, lo que se denomina en derecho probatorio como una carga diabólica. (Corte Constitucional, Sentencia T-510, 2009). Como menciona Angelica Parra Gonzales et al (2017) “Este proceder se justifica en atención a que se pretende proteger a la parte más débil de la relación procesal, por lo cual se define la imposición de probar a quien le queda más fácil” (p.3)

Sobre la falla presunta se ha pronunciado el Consejo de Estado en providencia del 24 de agosto de 1992, con consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, en el siguiente sentido:

Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargos relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que hace excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas (...) que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables (...) para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial. (Consejo de Estado, Exp. 6754, 1992).

De igual modo, la Corte Constitucional ha avalado esta inversión probatoria en innumerables sentencias, pues considera que exigirle al demandante que pruebe el hecho alegado puede ser desproporcional con el sentido de justicia que debe invadir al aparato judicial. Entre estos pronunciamientos de la Corte Constitucional encontramos las siguientes sentencias: T-764 de 2005 (Despido con estabilidad laboral reforzada), T-063 de 2006 (Contrato realidad), T-367 de 2007 (Incapacidad económica de sufragar medicamentos), T-211 de 2010 (Desplazamiento forzado), T-628 de 2012 y T-376 de 2013 (Discriminación por VIH) y T-469 de 2013 (Medidas regresivas).

Si bien estas sentencias no son en el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, dejan claro que la inversión de la prueba depende de la particularidad de cada caso, con lo cual, eventualmente dentro de la responsabilidad extracontractual pueden evidenciarse estos

fenómenos probatorios. Lo anterior cobra especial relevancia para la presente investigación, pues es loable afirmar que para el caso de las personas que pertenecen a la comunidad LGTBIQ+ se puede aplicar la falla presunta, pues se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por la histórica discriminación que han sufrido, como fue relatado en el primer capítulo.

Lo antedicho no es una elucubración discrecional, por el contrario, haya asidero en pronunciamiento de la Corte Constitucional, específicamente en la sentencia T-376 de 2013, en donde considera que la discriminación se presume para el Estado, teniendo este que desvirtuar la discriminación alegada por el demandante. Entre otras cosas, expone que el establecimiento de esta presunción de discriminación sobre grupos vulnerables, se justifica:

(...) en primer lugar, por la dificultad probatoria de todo acto discriminatorio debido a que estos, por regla general, no se hacen de forma manifiesta sino que buscan ser escondidos, precisamente porque se sabe que son contrarios a la Constitución. En segundo lugar, por la especial protección de la que son acreedores aquellos sujetos que hacen parte de grupos tradicionalmente discriminados y que, como tales, se encuentran en una situación de debilidad respecto de quien los discrimina. (...) Finalmente (...) es una forma de cumplir con el mandato constitucional consistente en promover ‘las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva’ y ‘adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados. (Corte Constitucional, T-376 de 2013)

Recapitulando, la falla del servicio comprende entonces el funcionamiento ilegal, tardío, irregular o anómalo (Villa, 2007) que se imputa bajo el título de responsabilidad subjetiva y puede darse en modalidad de falla probada y excepcionalmente, según la naturaleza del asunto, bajo la modalidad de falla presunta.

Ahora, debe anotarse que el estado puede generar daños por ejecuciones materiales, operaciones y omisiones administrativas, sin embargo también produce daños de actividades estrictamente jurídicas (Blanquer, 2006) como por ejemplo en la expedición de actos administrativos, en la regulación o aprobación de reglamentos, en la actividad legislativa (Orejuela, 2005) que se enmarcan dentro de cualquiera de los dos regímenes (Consejo de Estado,

Exp.28864, 2014) y en la actividad judicial (Santofimio, 2021) que se encuentra en el régimen subjetivo, salvo el tema de privación injusta de la libertad que admite excepciones. En este orden, y en consonancia con el propósito de esta investigación se revisara la falla del servicio en la actividad judicial por ser las más relacionadas con el ejercicio que desarrolla la Corte Constitucional.

Así pues, en primer lugar, debe manifestarse que, con los principios garantistas del Estado social de derecho, indiscutiblemente la responsabilidad del Estado comprende el poder judicial, cuando le sean imputables daños antijurídicos (Santofimio, 2021) con ocasión de cualquier comportamiento del servicio de justicia “que haya tenido incidencia sobre los derechos de las personas” (Deguergue, 2010, p94)

En el ordenamiento jurídico colombiano, este tipo de responsabilidad fue puesto en consideración por la Ley estatutaria de administración de justicia, Ley 270 de 1996, cuando expresa que el estado se hará responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. Y que en este orden, “el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.” (Ley 270 de 1996, Art.65).

De igual manera, esta responsabilidad estatal tiene asidero en los Artículos 1, 8, 10 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos pues desarrollan la cláusula de tutela judicial efectiva que sustenta la responsabilidad patrimonial del Estado que tenga origen en las manifestaciones de la administración de justicia (Santofimio, 2021).

Ahora, sin ahondar mucho en la privación injusta de la libertad, pues no se enmarcan sus presupuestos facticos dentro de los propósitos de esta investigación, debe decirse que es aquella que como su nombre lo revela, se da por el hecho de apresar, detener o privar de la libertad a una persona de manera injusta o ilegal. Esta responsabilidad se encuentra incorporada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone claramente que: “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.” (PIDCP, Artículo 9, Numeral 5) y está en consonancia con el ordenamiento jurídico colombiano que expresa

que “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.” (Ley 270, 1996, Art. 68).

De igual forma, es importante mencionar que este tipo de responsabilidad se ha movido jurisprudencialmente, entre los regímenes subjetivo de falla en el servicio (Consejo de Estado, 2020, Exp. 46947) y régimen objetivo por daño especial (Consejo de Estado, 2013, Exp. 23354). Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018 en línea con la sentencia C-037 de 1996, consideró que, se le exige al juez:

"definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas (proporcionalidad y razonabilidad), sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será, en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante" (SU-072, 2018)

Es importante resaltar que para el ex magistrado Orlando Santofimio (2021) la administración de justicia puede vulnerar pluralidad de bienes, interés y derechos, aparte del debate de la libertad por privación injusta, con lo cual, es un gran aporte para este escrito que pueda hacerse un juicio sobre la administración de justicia cuando esta pueda lesionar:

“(…) la dignidad humana, la integridad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al buen nombre y a la honra, el derecho a la libertad, la libertad de expresión y pensamiento, el derecho al trabajo, el derecho de propiedad, el derecho a la personalidad jurídica, los derechos políticos, intereses individuales o colectivos, etc.” (p. 20)

Por otro lado, la responsabilidad del estado por error judicial, se encuentra incorporada en el Artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y es tomada por el ordenamiento interno en el Artículo 66 de la Ley 270 de 1996. Este tipo de responsabilidad se da

cuando una autoridad investida de funciones jurisdiccionales, con lo que podrían incluirse aquí algunas autoridades administrativas, profieren una decisión que contraria el ordenamiento jurídico.

Para que el daño antijurídico sea imputable y proceda la indemnización, es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: 1) que en el error incurra una autoridad investida de facultad jurisdiccional y en ejercicio de la misma, 2) que el error ocurra dentro del proceso judicial y se concrete en una providencia, 3) que el error tenga la intensidad suficiente para hacer que la providencia sea contraria a la Constitución o la Ley y 4) que la víctima o afectado hubiese interpuesto los recursos de ley contra la providencia incurrida en el error y esta se encuentre en firme. (Santofimio, 2021).

En este punto, debe expresarse que la Corte Constitucional en sentencia 037 de 1996, inicialmente negó la posibilidad de reclamar al estado bajo el fundamento del error jurisdiccional cuando se tratara de altas corporaciones de la rama judicial, por considerar que al ser órganos de cierre no podría haber otro superior que definiera dicha responsabilidad, por ello, sostuvo que:

“(…) dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción.” (Corte Constitucional, C-033, 1996)

Empero, posteriormente, la Corte Constitucional reconsideró su postura en sentencia C-038 de 2006, pues mencionaría que la responsabilidad opera de manera plena en todos los poderes públicos. Es por ello que en esa oportunidad, manifestó que no puede la responsabilidad estatal hacer distinciones en cuando al causante del daño, pues en efecto la Constitución solo ha establecido dos requisitos que son el daño antijurídico y la imputación, con lo cual, una apreciación distinta “sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del estado social de derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución.” (Corte Constitucional, C-038, 2006)

Como lo expondría Jaime Santofimio (2021) todas las autoridades del Estado están llamadas a responder a la luz del Artículo 90 constitucional, incluyendo los órganos de cierre:

“(…) con mayor razón las judiciales y sin excepción alguna las altas cortes en cuanto se encuentran sometidas a la Constitución, la ley, los principios, los valores, los precedentes judiciales y al orden convencional, no obstante detentar por mandato constitucional el carácter de órganos de cierre. En otras palabras, las decisiones de las Altas Cortes no pueden estar por fuera de las instituciones y el derecho, luego desmanes, desconocimientos, vulneraciones que generen daños antijurídicos, de ser imputables al Estado juez generan responsabilidad y reparación.” (p.123-124)

Para justificar lo antedicho, el Consejo de Estado ha mencionado que no es de recibo el argumento de que él se atenta el principio de seguridad jurídica, pues el estudio que se hace en la responsabilidad del estado no reabre la litis de la providencia cuestionada. Es decir, no hay un juicio sobre la providencia, hay es un juicio de responsabilidad, así:

“El juicio de responsabilidad recae sobre la actuación del juez en ejercicio de sus funciones y sobre la configuración del daño; no comporta el renacimiento de un proceso ya terminado. Así también porque la decisión del juez contencioso administrativo no comprende la modificación o alteración de lo dispuesto en el ejercicio materia de la providencia acusada. (...). La inmunidad jurisdiccional del Estado-Juez por los daños antijurídicos producidos en las sentencias no puede explicarse al amparo del argumento de que los pronunciamientos de las altas cortes son consideradas el cierre del debate judicial y que, por eso, no es posible derivar consecuencias lesivas para los asociados; habida cuenta que el dogma de la irresponsabilidad del Estado-Juez es incompatible con los presupuestos de construcción de un Estado constitucional, democrático y de derecho". (Consejo de Estado, Exp. 44857, 2020)

Aclarado lo anterior, para continuar con el análisis del error jurisdiccional, debe estudiarse cuando se configura el error, que deberá tener la fuerza o grado suficiente para viciar la providencia con lo que perturba la marcha del obrar judicial. Así pues, este se configura cuando hay una

disconformidad de la decisión con el ordenamiento jurídico. En este orden, no hay conformidad entre lo resuelto y la realidad jurídica y fáctica que se pone en conocimiento del juzgador. En esta instancia, debe diferenciarse el error, de la ignorancia del juez. Pues el error es una idea equivocada o falsa de la realidad, deducida por el juez según algunos elementos que fueron puestos a su disposición. Sin embargo, la ignorancia es una falta absoluta de conocimientos sobre determinada realidad. (Santofimio, 2021). El error puede clasificarse de dos maneras: error de hecho y error de derecho.

El error de hecho, se configura cuando el juzgador se da una idea equivocada de situaciones fácticas, circunstancias, personas, características e identidad de las cosas, que dañan la esencia del proceso judicial, pues el error, recae sobre cualidad sustanciales de una decisión como los sujetos, objetos, motivación, entre otros. (Santofimio 2021). Así pues, según la doctrina, existe el error en cuanto a la persona (sus calidades, nombre, nacionalidad, estado civil, condición física); error en cuanto a la naturaleza de la decisión, por dictarse la que no corresponde; error en cuanto al objeto de la decisión; error en cuanto a los motivos de la decisión, por no corresponder a la realidad fáctica-jurídica; y error en cuanto a la sustancia. (Josserand, 2018).

Lo anterior ha sido resumido de manera práctica por Jaime Santofimio (2021), quien expone que el error de hecho se concreta cuando hay divergencias entre la realidad procesal y la decisión plasmada en la providencia, por los siguientes motivos:

“(…) i) no consideró un hecho debidamente probado o ii) se consideró como fundamental un hecho que no lo era, o se presentan distancias entre la realidad material y la procesal, iii) porque no se decretaron pruebas conducentes para determinar el hecho relevante para el derecho o iv) porque la decisión judicial se fundamentó en un hecho que posteriormente se demostró que era falso.” (p.131)

Por otro lado, el error de derecho, se materializa cuando hay una errónea formación de la voluntad del juez, toda vez que la información legal que se puso a su disposición no existía o se encontraba falseada en su interpretación. (Santofimio, 2021). Para este tipo de error, existen cuatro tipos: “i) violación directa del orden positivo, ii) falsa interpretación del orden positivo, iii) errónea

interpretación del orden positivo y iv) violación por aplicación indebida del orden positivo.” (Santofimio, 2021, p.129)

El error de derecho por violación directa del orden positivo, configura una afrenta al principio de legalidad, y se materializa cuando la autoridad judicial emite una providencia con omisión total de la norma (ley, precedente, principio, valor), haciendo como si no existiera. Es decir, inaplica directamente el ordenamiento jurídico y llena arbitrariamente el vacío provocado por esta inaplicación. (Santofimio, 2021).

El error por falsa interpretación se configura cuando el juzgador aplica las disposiciones adecuadas a la situación fáctica correspondiente. Sin embargo, de manera amañada y consciente le da una interpretación que no corresponde a la realidad. Es decir, conoce el alcance, el precedente y principios que inspiran el precepto legal aplicable y aun así le da un alcance distinto desconociendo su identidad. (Santofimio, 2021).

El error de derecho por errónea interpretación, se diferencia de la falsa interpretación, en cuanto carece del elemento volitivo e interesado de inducir una decisión irregular. En este caso, el juez interpreta o modifica el sentido de la norma por la poca claridad o amplitud de las mismas, con lo cual, el error se concreta por ignorancia jurídica del interprete y no por acomodar la decisión a una interpretación arbitraria. (Santofimio, 2021).

Por último, hay error de derecho por indebida aplicación del orden positivo cuando se aplican normas que han sido derogadas o declaradas inexequibles, con lo cual el fallo se torna irregular. Y también se configura cuando se aplican normas que no corresponden al caso, es decir, el fallo se fundamenta en una red normativa improcedente para el caso (Santofimio, 2021).

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, que sostiene que para que proceda la responsabilidad del estado por error jurisdiccional deben materializarse unas exigencias como “i) que se trate de una decisión judicial que interpreta, declara o hace efectivo un derecho, ii) que esta decisión este contenida en una providencia judicial, iii) que la decisión sea proferida

por un funcionario investido de autoridad judicial y iv) que el asociado afectado haya interpuesto los recursos procedentes.”(Consejo de Estado, Exp. 48036, 2020).

Lo precedentemente expuesto, se condensa según Jaime Santofimio (2021) en que “el error normativo o de derecho, supone equivocaciones i) en la aplicación del derecho, pues se aplicó al caso concreto una norma que no era relevante o se dejó de aplicar una directa o indirectamente aplicable al mismo y ii) cuando se aplicaron normas inexistentes derogadas y otros similares.” (p.131)

Ahora bien, en consonancia con lo anterior, el Artículo 66 de la Ley 270 de 1996 trae un elemento amplio como lo es el daño que se materializa de una providencia contraria a la ley, ante esto, el Consejo de Estado se ha ocupado de darle alcance al término contrario a la ley, definiendo que la providencia contraria a la ley es aquella que tiene yerros de interpretación, indebida apreciación de pruebas en las cuales se fundamenta, lo que es un error de hecho, y aquella en que falta la aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma. (Consejo de Estado, Exp. 55216, 2020).

Ahora bien, una vez revisada la responsabilidad por falla en el servicio causada por el error judicial o jurisdiccional, es menester analizar lo relacionado con la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, sus alcances y sus diferencias con el error judicial.

En este orden, es menester expresar que el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es otra de las situaciones anormales de la tutela judicial efectiva que compromete la responsabilidad del estado por configurar un daño antijurídico. Esta institución jurídica fue incorporada en el ordenamiento interno a traves del Artículo 69 de la Ley 270 de 1996 y se materializa cuando un particular sufre un perjuicio como consecuencia del ejercicio de la función judicial en hipótesis diferentes a las de privación injusta y error judicial, con lo que podría decirse que es una institución residual a las demás (Santofimio, 2021).

Así pues, tiene un carácter residual toda vez que el daño no es producto de un error en una providencia judicial, ni deviene de una privación injusta de la libertad que en últimas también

involucra una decisión judicial. Aquí se evalúan todas aquellas conductas del aparato judicial que son contrarias al ordenamiento jurídico y que generan un daño que no se está en la obligación de soportar. En este sentido, dentro de esta institución se encuentran todos los comportamientos necesarios para adelantar el proceso judicial o para ejecutar la sentencia, o todos aquellos actos presentes en el proceso distintos a la providencia. A diferencia del error judicial, esta responsabilidad deviene no solo del juzgador, sino también de los agentes, empleados judiciales y auxiliares de la judiciales. (Consejo de Estado, Exp. 31164, 2001).

En este sentido, el funcionamiento anormal o defectuoso tiene lugar en el ámbito del derecho procesal donde se surten las actividades necesarias para juzgar, ejecutar lo juzgado y garantizar jurisdiccionalmente algún derecho. Este tipo de responsabilidad tiene su fundamento en que el derecho a la tutela judicial efectiva está integrado por el derecho al proceso mismo y que este desarrolle conforme los parámetros legales para asegurar el bien en litigio (Santofimio, 2021). En resumen, este se configura cuando se materializan actuaciones que violan gravemente las normas procesales que se deben emplear para decidir o ejecutar lo decidido (Gonzales, 2008).

En este punto, debe delimitarse lo que puede entenderse como funcionamiento defectuoso o anormal, que no es más que la falta a la prudencia administrativa dentro de la jurisdicción, “como consecuencia de la negligencia de los empleados judiciales” (Consejo de Estado, Exp. 867, 1967). Por ello, puede afirmarse que no se trata de un acto jurisdiccional propiamente, sino un ejercicio administrativo y operativo por parte del despacho judicial. Es por lo anterior, que en el funcionamiento anormal se ubican por ejemplo, dilaciones indebidas, desaparición de pruebas, errores en notificaciones o avisos, sustracción de documentos y omisión de etapas procesales o tramites que impiden el recto enjuiciamiento de los asuntos (Gonzales, 2008).

3.2.4 La responsabilidad Objetiva

La responsabilidad objetiva, también denominada responsabilidad sin culpa, es aquella que se origina en el actuar lícito del estado, quiere decir esto que se da en el funcionamiento normal de los servicios públicos y en el desarrollo de una actividad legítima. (Arenas, 2017). Sin embargo, esta legalidad o licitud de la conducta no está exenta de ocasionar daños antijurídicos, por lo cual,

el Estado asume la responsabilidad de ocasionarlos, no por el reproche per se de su conducta, sino porque rompe la igualdad de las cargas públicas que deben soportar los administrados.

En otras palabras, no se reprocha el comportamiento del Estado, por el contrario, se reconoce que este comportamiento es necesario para el cabal funcionamiento del mismo, sin embargo, gracias al principio de responsabilidad que emana del Artículo 2 y 90 de la Constitución Política, surge la obligación de indemnizar todo daño probado producto de este rompimiento de igualdad ante las cargas publicas ordinarias. (Morand Deviller, 2010)

Este título de imputación se desenvuelve en lo que se denomina, funcionamiento normal de la administración. De igual manera, así como en la responsabilidad subjetiva por falla del servicio se intenta definir el funcionamiento anormal, también aquí se debe establecer el alcance de la normalidad, pues solo podrá enmarcarse en este título la normalidad exigible al Estado, que tal como se explicó con la culpa en el régimen subjetivo, la exigibilidad no es la misma en todos los ordenamientos jurídicos, pues no se puede pedir el mismo nivel de eficacia a todos los Estados, . (Arenas 2017). En igual sentido se pronuncia Ricardo Rivero (2000) pues “El funcionamiento normal es el que encaja en el estándar de eficacia que es exigible a la administración; no el que existe sino el que le es exigible” (p.227)

En este forma de imputación, encontramos dos títulos bajo los cuales se endilga la responsabilidad del Estado, como lo son, el daño especial y el riesgo excepcional. En ambos, se es responsable por el ejercicio una actividad licita orientada al interés general que afecta desmesuradamente un derecho subjetivo particular generando un daño anormal en el ejercicio de la función pública. (Dromi, 1996)

3.2.4.1. El daño especial o rompimiento en la igualdad de las cargas públicas.

El daño especial hace referencia al principio según el cual las personas deben ser sometidas a las cargas públicas en condiciones de igualdad, y “tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir que con su comportamiento se rompe el principio de

la igualdad de todas las personas ante la Ley y las cargas públicas” (Consejo de Estado, Exp. 6453, 1991). Por ello, el daño especial puede ser entendido como la cristalización del principio de solidaridad, un principio del derecho basado en el pensamiento colectivo. (Ruiz, 2019)

Para entender mejor el daño especial, puede transcribirse un apartado jurisprudencial del Consejo de Estado, en el cual se condena al Estado por la destrucción de una vivienda en un operativo policial. En ese momento el tribunal contencioso expresa que:

(...) Cuando la actividad de la administración deba cumplirse en salvaguarda de los cometidos que tiene que desarrollar y de los intereses generales que deba proteger y daña a alguien en forma excepcional en su vida, honra o bienes, le está imponiendo a este una carga especial que no tiene por qué sufrir aisladamente. (Consejo de Estado, Exp 4983, 1987)

Puede verse con esto como este tipo de responsabilidad tiene como sustento el principio de solidaridad, pues cuando se rompe la igualdad frente a las cargas publicas porque estas exceden en mucho lo que puede denominarse ordinario, el estado se obliga a responder o indemnizar en nombre de todos, como un acto de justicia con aquellos que sufrieron a causa de la protección del interés general.

El daño especial, también es llamado por algunos doctrinantes como sacrificio especial (Ochoa, 2005) pues, son actividades legítimas de la administración que procuran los cometidos estatales, pero que provocan secuelas sobre los particulares, “haciendo recaer sobre ellos de forma desproporcionada el coste del avance social y de la mejora de los servicios” (Bermejo, 2001, p.1287)

Así pues, se justifica este título de imputación, toda vez que, no existe prima facie razón alguna para que unos administrados soporten mayores gravámenes que otros. Por lo que las personas que resulten afectadas por la actividad estatal, traducido esto en un daño antijurídico, deben ser indemnizadas. (Younes, 2014)

En este estado, vale la pena repasar la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad objetiva bajo el título de daño especial, pues este alto tribunal ha establecido unos requisitos para que se configure la misma, así:

a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración. b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho a una persona. c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas. d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae solo sobre alguno o algunos de los administrados. e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado. f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración. (Consejo de Estado, Exp.6453, 1991)

Como puede observarse, para la imputación de la responsabilidad basta el daño o menoscabo a algún derecho producto de una actividad lícita del Estado que rompa el principio de igualdad ante las cargas públicas y que pueda probarse su causalidad.

Por otra parte, según el Consejo de Estado, el daño especial se puede producir por: i) las actuaciones de las fuerzas armadas, que son aquellas que se encargan de mantener el orden público y ii) por el desarrollo de la actividad administrativa, en el cual pueden enmarcarse las actividades propias de la función pública. Sin embargo, toda vez que el trabajo no pretende la transcripción de jurisprudencia que podría ser inconmensurable dado el volumen que se ha desarrollado a lo largo de la historia, por orden metodológico se procederá a enunciar algunos de los temas y sus providencias.

Así las cosas, el daño especial causado por las fuerzas armadas puede ser profundizado en las siguientes sentencias:

- Disparos al aire para ahuyentar a la multitud. (Consejo de Estado, Exp.6453, 1991)
- Actuaciones de policías. (Consejo de Estado, Exp.1086, 2000)
- Atentado al DAS. (Consejo de Estado, Exp.8577, 1994)

- Heridas de bala causadas a una mujer. (Consejo de Estado, Exp.12009, 1998)
- Granada propiedad del Estado. (Consejo de Estado, Exp.16238, 2006)
- Accidente de conscripto en el ejército. (Consejo de Estado, Exp.20537, 2011)

En similar orden, puede revisarse el daño especial causado por el desarrollo de la actividad administrativa, así:

- Responsabilidad del Estado legislador. (Consejo de Estado, Exp. Ij-001, 1998)
- Responsabilidad por el hecho del constituyente. (Consejo de Estado, Exp. S-470, 1994)
- Responsabilidad por Acto administrativo legal. (Consejo de Estado, Exp.16079, 2006)
- Privación injusta de la libertad. (Consejo de Estado, Exp.13168, 2006)
- Lesión a preso durante motín. (Consejo de Estado, Exp.19849, 2010)
- Accidente en instituciones del ICBF. (Consejo de Estado, Exp.36912, 2011)
- Detención injusta y posterior preclusión de investigación. (Consejo de Estado, Exp.24093, 2012)
- Detención injusta y absolución, (Consejo de Estado, Exp.25228, 2012)

Con base en lo anterior, es importante hacer la salvedad de que en recientes sentencias del Consejo de Estado sobre privación injusta de la libertad, este tipo de daño ha dejado de ser imputado únicamente bajo el régimen objetivo de daño especial, y se ha permitido su traslado a un título de imputación subjetiva por falla en el servicio, como se observa en la sentencia del 9 de marzo de 2016 con magistrado ponente Hernán Andrade, expediente 39992. Esto se menciona con el ánimo de advertir que la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, en cuando a sus títulos de imputación, no es pétrea ni inamovible, por el contrario evoluciona y se va desarrollando jurisprudencialmente según los criterios probatorios de los magistrados.

Bien, como puede observarse, el daño especial se materializa a lo largo y ancho de las funciones públicas a cargo del Estado, pues se encuentran casos, en donde cada una de las ramas del poder tienen el deber de reparar los daños antijurídicos causados. Situación distinta al riesgo excepcional, que como se verá más adelante, tiene un rango de concreción más limitado. Es por lo anterior, que puede afirmarse que el daño especial es el título de imputación objetivo por

excelencia y se considera el riesgo excepcional una subespecie que se encuentra incorporada dentro del daño especial. (Arenas 2017)

En relación a este título de imputación, la Corte Constitucional reflexiona que es la sociedad quien termina reparando la víctima, toda vez que esta última ha sufrido en favor de los demás. Es por ello que, en aplicación del principio de solidaridad, que es fundamento del daño especial:

“la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, cuando una actividad desplegada en interés de la colectividad puede lesionar sin más a sólo algunos individuos de esa colectividad, afectándose con ello el principio de equidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 2017)

Ahora, en el marco del daño especial, es menester hacer énfasis en la denominada responsabilidad por el hecho del legislador, pues como se advirtió en el segundo capítulo, hoy la Corte Constitucional asume una función reguladora del ordenamiento jurídico, comportándose como un legislador positivo o negativo, según los efectos de sus sentencias. En este orden de ideas, cobra relevancia advertir como un agente creador y regulador del ordenamiento jurídico, en el uso de su función soberana, puede ser imputada por los daños antijurídicos causados.

En primer lugar, se expone que la responsabilidad del legislador no siempre fue una teoría pacífica a lo largo de la historia, sino que encontraba reparos en el principio de soberanía estatal (Alonso, 2013), pues se decía que la ley es un acto de soberanía y lo propio de la soberanía, es imponerse a todos (Laferrière, 1888), con lo cual no puede limitarse la facultad del pueblo de autorregularse (Ruiz, 2005). Como lo explicaría Juan Alfonso Santamaria (1972) la irresponsabilidad del legislador se da porque:

“La Ley, voluntad colectiva del pueblo, no puede causar injusticia alguna, porque es ella misma la que decide lo que es justo y lo que no lo es; la Ley, voluntad general, no puede causar perjuicio a nadie, porque nadie se causaría un mal a sí mismo.” (p.73)

Similar razonamiento tiene el tratadista español García de Enterría (2005) quien considera que indemnizar por los eventuales daños que produzca el legislador, es una clara injerencia en el poder legislativo, con lo que los jueces podrían condicionar la producción normativa y con ello su eficacia, al respecto menciona que:

“(…) se hace patente que cuando un tribunal condena al pago de una indemnización por un acto del Legislador está sustituyendo la voluntad de éste; voluntad que la Constitución es inequívoca en definir como la voluntad del pueblo. Ahora bien, esta operación está absolutamente fuera del alcance de los poderes de cualquier juez.” (p. 122).

Bajo estas mismas premisas, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, promulgaba la irresponsabilidad del legislador, en especial, en las sentencias Duchâtellier de 1838, en cuyo caso la ley prohibió la circulación de tabaco falso; Moroge de 1875, en la que se había impuesto un monopolio de cerillas, y Premier et Henry de 1921, donde se prohibió la fabricación de una bebida alcohólica. Consideró en estas oportunidades que, i) la ley guardo silencio en cuanto a la indemnización, ii) no cabe imputar responsabilidad al estado por las consecuencias de las leyes que tienen como fin el interés general y prohíban las actividades en un determinado sector industrial y iii) que es voluntad de legislador no conceder una indemnización. (Long et al, 2017)

No obstante, esta tesis fue superada por el mismo Consejo de Estado francés, desde el año 1938, en el fallo La Fleuret donde tomó la decisión de declarar como responsable al Estado por la expedición de la Ley de 29 de junio de 1934 que en su artículo primero prohibía comercializar productos con denominación nata, cuando estos no procedieran exclusivamente de la leche. En este caso, la sociedad anónima de productos lácteos La Fleuret se vio obligada a dejar de fabricar un producto para favorecer el resto de la industria láctea sin justificación alguna. En esta oportunidad, el tribunal concluye que el legislador no tiene la voluntad de obligar al recurrente a soportar esta carga, y que la misma revestía tal importancia, gravedad y especificidad que suponía un atentado contra el principio de igualdad ante las cargas públicas y por lo tanto debía ser asumida la reparación por la colectividad. (Long et al, 2017)

Por otro lado, en la doctrina española se ha establecido como una regla, que la conducta del legislador debe ajustarse siempre a los mandatos constitucionales. Con base en esto, se advierte que el poder legislativo no es omnipotente ni soberano absoluto, y por lo tanto, los administrados debe estar protegidos de la arbitrariedad del poder público. (Ruiz, 2005). De igual manera, se observa que la Constitución tiene valores superiores como el de justicia e igualdad, sobre los cuales debe interpretarse la efectividad de la responsabilidad del Estado. (Jiménez, 1999).

Dicho esto, en Colombia hoy se incorporaran en la Constitución Política algunas hipótesis en las cuales el legislador es responsable, como lo son, la expropiación (Art. 58 C.P), los monopolios rentísticos (Art.336 C.P) y cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos (Art. 365 C.P). Por otro lado, el establecimiento del control de constitucionalidad de las leyes por parte de un tribunal constitucional sirvió de impulso para la ruptura de la teoría de la inmunidad legislativa, pues ahora podía existir responsabilidad estatal cuando se declarará inconstitucional una ley (Alonso, 2013).

Siguiendo esta línea, el Consejo de Estado manifestó que, no es posible hablar de irresponsabilidad del legislador en un estado social de derecho, so pretexto del ejercicio de una función soberana, pues “(...) tal recurso no podía jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados”. (Consejo de Estado, Exp. 9273, 1995).

En este sentido, en el año 1998, el Consejo de Estado declaró por primera vez responsable al Estado-legislador, en cuya providencia expreso que si el Estado por medio de la ley confiere un tratamiento privilegiado a una persona y por este hecho otra resulta damnificada, “es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado.” (Consejo de Estado, Exp. IJ-001, 1998).

De igual manera, se ha reconocido que el Estado es responsable cuando el legislador expide una ley que posteriormente es declara inconstitucional, sin embargo, este tipo de responsabilidad esta sujeta a que la Corte Constitucional module su fallo, quiere decir, le de alcance en el tiempo. De guardar silencio se entenderá que los efectos de la sentencia son hacia el futuro y sin

retroactividad, con lo cual, lo que se materializó durante la vigencia de la ley inconstitucional está revestido de validez. Así lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia del 26 de septiembre de 2002:

“(…) surtiendo efectos hacia el futuro el fallo de inconstitucionalidad de la norma, la pretensión de responsabilidad estaría siempre llamada al fracaso, bajo el argumento de que la contradicción con la Carta Política se consolida única y exclusivamente a partir de la declaratoria de inexecutable, de modo que los daños irrogados durante su vigencia no podían ser calificados de antijurídicos, y por tal razón, no podía ordenarse reparación alguna.” (Consejo de Estado, Exp. 20945, 2002)

Posterior a esto, la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 2006, propuso que, no obstante las situaciones previstas en la Constitución, la responsabilidad del Estado legislador no está circunscrita “exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a lo largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador.”. (Corte Constitucional, C-038, 2006),

En conclusión, el hecho del legislador se edifica en el rompimiento del equilibrio ante las cargas públicas, ora por una desventaja o perjuicio desproporcionado causada por una ley constitucional, ora por el menoscabo impuesto por una ley que posteriormente es declarada inconstitucional, sin olvidar que este último evento se encuentra condicionado a la respectiva modulación en el tiempo que haga la Corte Constitucional. Así pues, puede terminarse diciendo que la responsabilidad por el estado-legislador es una modalidad que reside, generalmente, dentro del título de imputación objetiva por daño especial en ejercicio de una actividad legítima, y excepcionalmente, se incorpora en el régimen subjetivo por la existencia de una falla en la prestación del servicio legislativo, y “la exigencia de uno u otro título de imputación depende de los hechos alegados y acreditados dentro del plenario” (Consejo de Estado, Exp. 28864, 2014).

Para finalizar este acápite del daño especial, vale la pena repasar los supuestos generales necesarios para su materialización, que fueron expuestos por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 1997, así:

- “1. Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompa la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.
2. Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.
3. Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.” (Consejo de Estado, Exp.10382, 1997).

Así las cosas, para que la figura jurídica del daño especial tenga plena aplicación, este daño debe ser anormal, excepcional y superior al que ordinariamente deben afrontar o padecer los administrados en razón de la especial naturaleza de los poderes del Estado. Esto quiere decir que, solo unos pocos asociados resultan sacrificados en su patrimonio (material e inmaterial) como contraprestación de que la comunidad obtenga beneficios que se traducen en un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios a cargo del Estado.

3.2.4.2. Riesgo excepcional o responsabilidad por actividades peligrosas.

Ahora bien, el segundo título de imputación que incorpora la responsabilidad objetiva es el riesgo excepcional, el cual se concreta, diría Wilson Ruiz Orejuela (2019), cuando un “un daño ocurre como consecuencia del ejercicio de una actividad legítima y lícita de la administración pero que implica un peligro anormal, excesivo, esto es, un riesgo superior al esperado porque excede lo razonablemente asumido por el perjudicado” (p. 227). Así mismo, algunos consideran “que el riesgo excepcional es una subespecie del daño especial” (Arenas, 2017, p.167) pues en últimas, la asunción de un riesgo anormal en la vida de las personas es un rompimiento de la igualdad en las cargas públicas que se deben asumir por parte de las personas.

En este sentido, puede decirse que el riesgo excepcional se materializa cuando la administración genera ciertos riesgos relevantes que pueden producir daños antijurídicos, aun incluso, si en la generación de estos riesgos el Estado ha tomado las medidas y precauciones adecuadas para lograr evitarlos. (Arenas, 2017). Aquí, la relevancia del riesgo toma vital importancia, toda vez que el riesgo es una situación fáctica medible o mesurable que se puede organizar de distintas maneras, lo que facilita el juicio de responsabilidad en cuanto permite establecer si un riesgo tiene la suficiente intensidad como para ser indemnizado.

Entre los tipos de riesgo encontramos para la doctrina de la responsabilidad los denominados riesgos irrelevantes y riesgos relevantes. El primero de ellos, puede ser definido como un riesgo general (Beladiez, 1997) por recaer en toda la población lo que dificulta su individualización. De igual forma, el riesgo irrelevante también es aquel riesgo insignificante (Gonzales, 2006) el cual puede llegar a concretarse pero su carga es necesaria para los cometidos de una actuación administrativa en especial. Así mismo, encontramos el riesgo socialmente tolerado (Blanquer, 2006) es aquel que sin ser insignificante del todo, debe ser asumido por la comunidad y por ende no es indemnizable.

El segundo, que destaca en la imputación de responsabilidad, es el riesgo relevante objetivamente peligroso que tiene aptitud para ser indemnizado (Ochoa, 2005), es decir, el funcionamiento peligroso del servicio público que tiene riesgos inherentes que superan o rebasan los límites impuestos por la conciencia social (Berberoff, 2006) porque no parece totalmente improbable que dicho giro ordinario de los servicios produzcan una lesión indemnizable (Mir, 2000). Una de las características de este riesgo relevante es que debe ser específico, quiere decir esto, individualizable y concreto, no genérico como lo es el riesgo irrelevante (De Fuentes, 2004).

En este orden de ideas, no hay relevancia en demostrar la culpa o la existencia de un daño especial -rompimiento de cargas públicas- sino, como lo menciona Hugo Andrés Arenas (2017) lo relevante será “la demostración de un elemento considerado como peligroso o riesgoso para el normal desarrollo de la vida de las personas” (p.37).

Para explicar mejor el título de imputación del riesgo excepcional, podemos remitirnos a los albores de la misma en una sentencia del Consejo de Estado del año 1984, en donde se declara al Estado responsable por la muerte de unos semovientes puesto que les cayó unos cables de electricidad. En dicho pronunciamiento, el tribunal sostiene que el riesgo excepcional tiene ocurrencia cuando:

“El Estado en desarrollo de una obra o servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional, el cual dada su gravedad, excede las cargas normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público.” (Anales del Consejo de Estado, Tomo 96, p.543)

En consonancia con lo antedicho, se debe resaltar que el riesgo excepcional es una institución jurídica adoptada del derecho civil (Arenas, 2017) y su particularidad radica en que debe haber la presencia de una actividad peligrosa o un elemento nocivo para los seres humanos, como: combustibles, una moto, maquinaria pesada, redes de energía eléctrica, elementos radiactivos, armas de dotación, entre otros.

Para culminar la conceptualización del riesgo excepcional, resulta importante mencionar lo dicho por la Corte Constitucional de manera concisa así:

“(…) la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales elementos peligrosos. En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar: (i) la existencia del daño antijurídico y (ii) el nexo causal (...) sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante.” (Corte Constitucional, SU-449 de 2016)

Por otro lado, así como en el título de imputación por daño especial, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha condenado a la nación tanto por i) actuaciones de las fuerzas armadas y ii)

daños en el ejercicio de la actividad administrativa. Para demostrar lo anterior se dejan sentencias y sus respectivos temas que por cuestiones metodológicas no podrán ser profundizadas en este escrito.

Así las cosas, el riesgo excepcional causado por las fuerzas armadas puede ser profundizado en las siguientes sentencias:

- Utilización inadecuada de armas de fuego. (Consejo de Estado, Exp. 19976, 2011)
- Menor atropellado por carro oficial. (Consejo de Estado, Exp. 10421, 1997)
- Ataque a inmuebles oficial. (Consejo de Estado, Exp. 14318, 2004)

De igual forma, puede revisarse el riesgo excepcional causado por el desarrollo de la actividad administrativa, así:

- Conducción de energía eléctrica. (Consejo de Estado, Exp. 14331, 2004)
- Riesgos en operaciones médicas. (Consejo de Estado, Exp. 6754, 1992)
- Caída de fachada daña particulares. (Consejo de Estado, Exp. 6454, 1991)
- Inhalación de sustancias tóxicas. (Consejo de Estado, Exp. 17130, 2011)
- Instalación de alumbrado público. (Consejo de Estado, Exp. 34927, 2015)

En instancia puede advertirse como en ambos títulos de la responsabilidad objetiva, es decir, tanto en el daño especial y el riesgo excepcional, se tratan daños causados por las fuerzas militares y a su vez actividades administrativas, con lo que puede existir confusión a la hora de escoger el título de imputación para un caso en particular. Esto se produce toda vez que, la línea que distingue uno y otro título es muy delgada. De tal suerte que, como se mencionó anteriormente, es viable argumentar que el riesgo excepcional es un subtítulo del daño especial, pues en últimas, todos los casos aquí expuestos tienen un común denominador que es la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

Es por lo anterior que el juez contencioso administrativo tiene una alta discrecionalidad a la hora de optar por uno u otro título, pues es al juez al que le corresponde la carga argumentativa de

la elección conforme el principio de *iura novit curia*, que quiere decir, el juez conoce el derecho (Castro, 2018). Para explicar mejor este concepto, puede citarse al Consejero Enrique Gil Botero, en sentencia del 24 de octubre de 2013, así:

“(…) corresponde al juez, luego de determinar si se configuró o no un daño antijurídico, dar aplicación al principio *iura novit curia* -expone el hecho que el juez conoce el derecho-, para definir, con fundamento en las pretensiones y facticidad de la demanda, cuál título de imputación se aplicará en el asunto sub examine”. (Consejo de Estado, Exp. 27335, 2013)

En definitiva, corresponderá al juez motivar por qué la escogencia de uno u otro título, pues “al no existir en la Constitución mención expresa a un régimen particular, le corresponde al juez motivar sus fallos” (Arenas, 2017, p.155). Lo antedicho se encuentra en consonancia con lo expresado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha dado vía libre a la adopción de diversos títulos de imputación, pues a su juicio es una manera practica de materializar el derecho sustancial sobre las formas, además de ser un buen método para “justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, sin que ello (...) imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación”. (Consejo de Estado, Exp. 21515, 2012)

Dicho lo anterior, lo que importa interiorizar es entonces que, en la responsabilidad objetiva no se está obligado a probar o desvirtuar la culpa, este régimen surge incluso de la actividad lícita de la administración, así pues, aquí “la prioridad no es buscar un culpable para sancionarlo, sino comprender y reparar a la víctima por el mal injustamente sufrido” (Gil, 2013 p. 24)

En este punto, es importante resaltar la diferencia entre responsabilidad objetiva y la teoría de la falla presunta, pues no deben confundirse. En la primera la presunción es sobre la responsabilidad, quiere decir se presume que el Estado es responsable y corresponde al Estado alegar una causal de exoneración, como la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero. Dicho de otro modo, de nada sirve al estado demostrar que obro con diligencia o prontitud, porque no es la falla el objeto que debe evaluar el juez contencioso sino el rompimiento

de la igualdad ante las cargas públicas o el riesgo o peligro excepcional de la actividad estatal. Por otro lado, en la teoría de la falla presunta, se presume la negligencia del Estado, su omisión o su actuar tardío, es decir, existe la posibilidad para el Estado de alegar su buena conducta y su debida diligencia exonerándose así de responsabilidad. Como lo propone el Consejo de Estado:

“Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, (...). En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. (Consejo de Estado, Exp. 6754, 1992)

En síntesis, existen dos regímenes de responsabilidad, uno de naturaleza subjetiva que se sustenta en el no actuar, actuar tardío o defectuoso de la administración, al que corresponde el denominado título de imputación de falla en el servicio. Y otro régimen de naturaleza objetiva, que se sustenta en los principios de solidaridad e igualdad frente a las cargas públicas, que ignora por completo la culpa del agente estatal a quien se le atribuye el perjuicio. Este régimen se caracteriza por tener dos casuales de imputación, a saber, el daño especial y el riesgo excepcional.

3.3. Agentes que pueden comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado.

Como se mencionó en el subtítulo denominado: Imputación, resulta relevante que la actividad u omisión que produzca el daño sea generado o facilitado por un agente o representante del Estado, de lo contrario habría una ruptura del nexo causal, y en consecuencia el juicio de imputación no tendría vocación de prosperidad. Toda vez que, es el Estado el que por obvias razones debe verse involucrado en la litis que se estudia. Si existe duda de lo anterior, se corre el riesgo de que el Estado responda por acciones u omisiones de terceros o particulares sin justificación alguna. Así las cosas, independientemente del título de imputación, cuando se trata de responsabilidad estatal

“siempre se debe demostrar que el daño proviene de una persona publica o de quien pueda comprometer la responsabilidad estatal” (Arenas, 2018, p. 189)

En línea con lo antedicho, debe advertirse que no existe autoridad pública que este exenta de un juicio de responsabilidad extracontractual, pues el Artículo 90 de la Constitución no excluye ningún órgano u autoridad del Estado. Con lo cual, cualquier argumentación que procure excluir algún agente o autoridad pública del control de responsabilidad al que está sujeto el Estado es de entrada inconstitucional. Esto se puede afirmar con sustento en el axioma que reza: lo que no distingue la norma le está vedado distinguir al interprete (C-317 de 2012). La Constitución es clara al mencionar, sin ningún otro tipo de precisión, que el Estado responde por los daños antijuridicos “causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.” (Constitución Política, 1991).

Aquí, a manera de enunciación, vale la pena resaltar que no solamente los agentes públicos comprometen la responsabilidad del Estado, sino también personas particulares que actúan en representación o ejercicio de funciones públicas (C-644 de 2011), o cuando estos particulares actúan en beneficio del Estado como pueden ser los contratistas de obras públicas. De igual manera, excepcionalmente existen particulares que sin ejercer funciones propias del estado o sin actuar en nombre de este, pueden comprometer su responsabilidad, como lo son los daños cometidos por los grupos armados ilegales. (Arenas, 2018, p191). Así pues, será necesario establecer que el perjuicio “es imputable a una persona publica o, eventualmente, a una persona privada que obra por cuenta de aquella o que esta investida de funciones administrativas.” (Saavedra, 2011, p.207)

Ahora bien, a la fecha no ha existido juicios de reproche sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en cabeza de la Corte Constitucional, pues no se la ha atribuido daños antijuridicos, por el contrario, es la entidad encargada de dar alcance a los conceptos ambiguos que se puedan manejar en el tópico de la responsabilidad del Estado, e incluso, en ocasiones permite el resarcimiento de algunos perjuicios cuando modula sus fallos en el tiempo. (Corte Constitucional, C-038 de 2006). Sin embargo, que su función sea la protección de la constitución y el ordenamiento jurídico, no es óbice para que eventualmente pueda ser esta la responsable de algún perjuicio causado a los particulares.

En este orden de ideas, este corto subtítulo pretende dejar claro que la responsabilidad extracontractual del Estado es atribuible a todas las autoridades públicas, situación que ha sido avalada por la misma Corte Constitucional cuando menciona que para que opere la responsabilidad únicamente se requieren dos requisitos, a saber: “un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.” (Corte Constitucional, C-038 de 2006)

Postura que es advertida en la Sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos” (C-892, 2001.) Independientemente de su pertenencia específica a alguna de las ramas del poder público, es decir, todo órgano público sin distinción alguna es sujeto atribuible de responsabilidad Estatal.

Así las cosas, hoy existe una responsabilidad del Estado sin autoridades públicas inmunes, pues el Estado en su integralidad está sujeto al principio de responsabilidad, solidaridad, equidad e igualdad ante las cargas públicas, donde el elemento relevante es el daño antijurídico. Lo anterior, se ha venido consolidando si se tiene en cuenta que no solo la función administrativa responde por sus actividades, sino también la rama legislativa y judicial. Como lo expone Hugo Arenas (2018) a partir del año 1991, la responsabilidad del Estado adquiere un rango constitucional que reconoce “todas las actuaciones de los servidores públicos (incluidas las actividades administrativas, legislativas y judiciales)” (p.69)

En este orden, uno de los avances que acogió la judicatura fue la de atribuir consecuencias jurídicas a los daños antijurídicos causados por el giro ordinario de las decisiones del legislador, bajo una responsabilidad que denomino el hecho de legislador. De igual manera, hoy la administración de justicia es responsable por la actividad judicial, en especial, en los casos de privación injusta, error y defectuoso funcionamiento. (Santofimio, 2021). Por otro lado, se evidencia como la Corte Constitucional ha avalado la tutela contra providencia judicial, lo que advierte y deja en evidencia que los jueces son falibles y en consecuencia los fallos que vulneran

derechos fundamentales deben ser revocados, incluso aquellos proferidos por las altas cortes. (Quinche, 2005)

Lo anterior, fuera confirmado por el Consejo de Estado de la siguiente manera: “las altas cortes no son infalibles, tanto así que se han consagrado legalmente recursos extraordinarios y de lo expuesto por la Corte Constitucional al conocer de las tutelas contra providencias judiciales proferidas por las altas cortes.” (Consejo de Estado, Exp. 44857, 2020)

En consonancia con lo anterior, no hay razones suficientes que prima facie permitan excluir al tribunal Constitucional de un eventual juicio de responsabilidad, por lo que este trabajo entenderá a la Corte Constitucional como un agente que puede comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado y en consecuencia tendrá la obligación de indemnizar los daños antijurídicos causados. Como diría Jaime Orlando Santofimio (2021) hoy “se ha superado la tesis de la irresponsabilidad fundada en la inviolabilidad de las decisiones judiciales, (...) hasta llegar a la configuración de la responsabilidad no sólo por razón de dichas decisiones, sino también por el resultado de las mismas” (p.13)

Para concluir, es menester transcribir un aparte jurisprudencial reciente del Consejo de Estado, se trata de la sentencia del 1 de junio de 2020, expediente 44857, en la cual afirma que:

"Independientemente de la jerarquía de las autoridades judiciales en el Estado constitucional, toda autoridad pública está potencialmente expuesta a causar un daño antijurídico, que ningún asociado está obligado soportar. En este sentido, que el daño provenga de un Alta Corporación judicial, no constituye una razón suficiente para exonerar al Estado de responsabilidad. De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que el Estado, a través de las acciones y omisiones de las altas cortes, también incurre en error judicial determinante de su responsabilidad patrimonial del Estado, por varias razones: Porque el artículo 90 de la Constitución no hace distinciones. La constitución establece que todas las autoridades que ejercen función pública, pueden determinar con sus acciones u omisiones la responsabilidad del Estado.” (Consejo de Estado, 2020, Exp. 44857)

3.4. Fines de la declaratoria de la responsabilidad del Estado – Alcance institucional.

Una de las justificaciones de esta investigación tiene que ver con los efectos que produce la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues este trabajo pretende darle validez a dichos efectos por considerarlos insumos positivos para el derecho, la academia y la sociedad. Así las cosas, la existencia de una institución jurídica como la responsabilidad del Estado no solo tiene como resultado el resarcimiento patrimonial de las personas afectadas por el accionar del Estado, adicionalmente, la materialización de responsabilidad tiene un rol dentro de la institucionalidad estatal y juega un papel importante en la forma en que se comportan las autoridades públicas.

En este orden de ideas, cuando el Estado es condenado a indemnizar los perjuicios causados a los particulares se presentan consecuencias simbólicas que inspiran el ordenamiento jurídico. En este sentido, el doctrinante Hugo Andrés Arenas (2018) menciona que la responsabilidad tiene varias funciones dentro de un estado social de derecho que son: “punitiva, preventiva, control social, económica, solidaria, reparadora, transformadora y reparación integral.” (p.104)

La función punitiva hace referencia al castigo, es decir, al juicio ético de que una conducta negativa debe tener una consecuencia en igual medida. Con lo cual, se repara el daño causado con un castigo, en una idea similar al derecho penal (Arenas, 2018). Así, el principal objetivo de la función punitiva es que la persona, en este caso, el Estado, sea castigado gravemente por su comportamiento con la finalidad de que no repita esa conducta reprochable (Galgano, 2008) por ser una conducta desviada que debe ser reencausada (Ghersí, 2013). En este orden, la función punitiva, estima que el castigo disuade al Estado de actuar incorrectamente, lo que supone una función pedagógica para que la administración aprenda como actuar hacia el futuro. (Rebollo, 2005)

Ahora, la función preventiva va en consonancia con la punitiva, pues procura influenciar el comportamiento de los agentes que comprometen la responsabilidad del Estado con el fin de evitar la ocurrencia de otros daños (Arenas, 2018). Se diferencia de la función punitiva en cuanto no centra su objetivo en el castigo, sino en alimentar el conocimiento de las personas agentes del Estado para que no se consuma el daño o no se agrave el causado (Polanía, 2010). En este sentido,

se induce al sujeto público a tomar medidas eficientes para contrarrestar el riesgo de lesionar bienes jurídicos (Doménech, 2010). Así pues, la función preventiva busca que la responsabilidad del Estado sea un estímulo no solo para la administración que es el castigado, sino también para las personas concretas, físicas, que integran y actúan dentro del servicio público (Mir Puigpelat, 2002).

La función de control social, está relacionada con la vigilancia que se hace sobre las instituciones públicas, es decir, esta función asume que la actividad del Estado debe ser controlada y por lo tanto un juicio de responsabilidad del estado sirve como mecanismo para evaluar su comportamiento (Arenas, 2018). En últimas, la responsabilidad del Estado sirve para controlar el buen ejercicio de la función pública, pues la administración es una organización instrumental que está al servicio de la colectividad y por ende se encuentra sometida al control de toda su actividad (Mir Puigpelat, 2002). Así mismo, a partir de esta función, la responsabilidad como institución adquiere pautas de calidad (Saavedra, 2003) pues el servicio público exige altos estándares, con lo cual, la responsabilidad no actúa como un freno para la administración sino como un elemento de orden. (Rebollo, 2005)

La función económica, hace referencia al juicio de costos y beneficios que comporta la actividad estatal. Es decir, la responsabilidad del estado tiene un análisis económico del derecho para que minimice riesgos y consecuencia disminuir el costo de la función pública. Como menciona Jules Coleman (2010) los objetivos de la función económica de la responsabilidad extracontractual son “reducción del riesgo (costes primarios), la dispersión del riesgo (Costes secundarios) y la evitación de costes administrativos” (p.92)

Por otra parte, la función solidaria tiene que ver con la capacidad que tiene la responsabilidad estatal de reparar daños bajo este criterio y de incentivar la creación de fondos de reparación de víctimas bajo un contexto determinado. Así las cosas, la responsabilidad del estado no solo procura la justicia distributiva sino en términos generales la justicia social fundamentada en la equidad (Gil, 2013).

La función reparadora, que sin dudas es para algunos doctrinantes, el objetivo prioritario de la responsabilidad del Estado (Arenas, 2018), tiene que ver con la compensación de daños y la

indemnización a las víctimas (Mir Puigpelat, 2002). En esta línea, Juan Carlos Henao (2007) menciona que: “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad” (p.37).

Así pues, lo que se busca es que la persona no sufra una disminución a las condiciones a las que se encontraba antes del hecho dañoso producido por el estado y procura que el patrimonio afectado quede indemne (Jaramillo, 2013). Con lo cual, la función reparadora es una función de garantía y protección, basada en la normatividad constitucional e incluso en el ordenamiento jurídico internacional. (Brewer-Carías y Santofimio, 2013)

La función transformadora, parte de la base de que la reparación integral en sociedad desiguales, en especial, en contextos de violencia o transición, es irrealizable de manera plena (Uprimmy y Guzmán, 2010). Con lo cual, el rol de la responsabilidad del Estado es un rol transformador, pues así la reparación no solo será una forma de justicia correctiva, sino un medio para impulsar transformaciones democráticas en la sociedad. (Henao, 2015) Empero, según Henao (2015), debe tenerse cuidado con este alcance toda vez que, según este autor, no debe el juez entrometerse en asuntos de políticas públicas en un juicio de responsabilidad Estatal.

Por último, la función de reparación integral, es una visión más amplia de la simple reparación económica, pues entiende al individuo como un sujeto con valores materiales e inmateriales, los cuales en ocasiones no pueden ser resarcidos de manera pecuniaria. Aquí, la responsabilidad del Estado no solo pretende indemnizar, sino restaurar principios y valores convencionales y constitucionales que fueron afectados por el Estado. En este orden, la indemnización debe buscar que el sujeto quede indemne de manera holística, en todas las esferas en las cuales fue mancillado. Es por ello que, bajo este prisma, la responsabilidad estatal busca la restitución plena de todos los bienes y derechos que fueron mermados en la víctima. (García de Enterría y Fernández, 2015)

Visto esto, puede afirmarse que el fin de la reparación integral que persigue la responsabilidad estatal, permite poner a la persona humana, en este caso la víctima, en el centro de la discusión y será entorno a ella hacia donde debe orientarse las partes en litis. Así pues, como

diría Hugo Arenas (2018) “la reparación integral (...) implica entender la situación particular del individuo y abordar, por ejemplo, cuestiones psicológicas, físicas, sociológicas y simbólicas.” (p.117)

Del mismo modo, lo expresa el ex magistrado del Consejo de Estado, Jaime Orlando Santofimio (2013) que otorga un sentido más profundo a la responsabilidad del estado superando la noción de simple institución indemnizatoria, cuando menciona que:

“(...) es mucho y materialmente más que un simple concepto indemnizatorio, al involucrar ideas de reconstrucción y reivindicación del ser humano en la sociedad. Luego, el concepto de reparación conlleva cargas de individualismo pero también de responsabilidad colectiva. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, es un derecho de toda víctima sustentado en las ideas de verdad y justicia” (Brewer-Carías y Santofimio, 2013, p. 239)

Con lo precedentemente expuesto, queda en evidencia que la responsabilidad del Estado no tiene un alcance únicamente resarcitorio en términos económicos, por el contrario, persigue propósitos institucionales que permiten la satisfacción de los fines esenciales del Estado. En este sentido, es pertinente exponer estos fines si se tiene en cuenta que uno de las intenciones de este escrito es advertir que el juicio de responsabilidad que pueda hacerse sobre la Corte Constitucional tiene distintas ópticas relevantes para el derecho, la academia y las víctimas.

En conclusión, se justifica en gran medida que esta investigación procure evidenciar la responsabilidad de la Corte Constitucional, pues entiende su rol superlativo en la estructura organizacional del Estado. Con lo cual, el resultado de estas líneas pueden inspirar el ordenamiento jurídico en la búsqueda de la justicia en ámbitos cada vez más amplios. Dejando entrever que no importa únicamente la indemnización pecuniaria, sino todas aquellas medidas de satisfacción que permitan una reparación integral, por ello, la responsabilidad que aquí se atribuye al tribunal constitucional persigue la materialización de funciones como la solidaridad, el control social, la prevención y la transformación que impacten positivamente las comunidades LGTBIQ+.

Así pues, es viable afirmar que la finalidad, fundamentos y los efectos de la responsabilidad están más allá de la simple reparación patrimonial. Como diría Juan Carlos Cassagne (2009), con respecto lo expuesto en este acápite:

“(...) si bien coincidimos en cuanto a la necesidad de proporcionar un fundamento común para la responsabilidad del Estado, esa búsqueda debe orientarse al fin del Estado que no es otro que la realización del bien común a través de la justicia, la consecuente reparación del desequilibrio causado y el grado en que la comunidad debe satisfacer el daño.” (p. 472).

3.5. La responsabilidad de la Corte Constitucional

A través de este capítulo, han quedado claros los elementos de la responsabilidad del Estado, cuáles son los títulos de imputación que se han desarrollado en Colombia, también, los regímenes probatorios que usualmente se utilizan, de igual manera, se han revisado las cualidades que debe reunir el daño y cuáles son las formas y medidas de reparación del mismo. En este orden de ideas, no queda más que fijar una propuesta jurídica, a partir de la cual se le atribuya responsabilidad extracontractual del Estado a la Corte Constitucional, entendiendo que no hay restricción formal o normativa para escoger un título de imputación en específico más que la misma argumentación.

Así las cosas, en el presente escrito para enjuiciar a la Corte se acoge el título de imputación de falla en el servicio, de naturaleza subjetiva fundamentada en la culpa del agente como principal determinante de la responsabilidad, en especial, bajo el denominado error judicial, con un régimen probatorio de culpa o falla presunta, por los daños antijurídicos causados, particularmente, los perjuicios patrimoniales de contenido inmaterial que deberán ser reparados con medidas de reparación integral, conforme los siguientes razonamientos:

Para comenzar, si bien el Artículo 90 de la Constitución no definió un único título de imputación, jurisprudencialmente se ha dado la idea de que el título predominante de la Constitución es el subjetivo, y excepcionalmente lo será el régimen objetivo (Tamayo, 2000). Como lo expone Hugo Arenas (2017) la posición prevalente del Consejo de Estado “está basado

en el criterio de la culpa como título de imputación, aunque paralelamente acepta la existencia de títulos de imputación objetivos.” (P. 55). En este mismo sentido se pronuncia Javier Tamayo (2000) pues “es indiscutible que actualmente en el derecho colombiano el principio general sigue siendo el de responsabilidad con culpa” (p.29).

Partiendo del supuesto de que la regla general es la falla en el servicio, se propone la misma bajo el denominado fallo jurisdiccional o judicial por cuanto se cumple con los elementos establecidos por el Consejo de Estado, a saber: “i) que se trate de una decisión judicial que interpreta, declara o hace efectivo un derecho, ii) que esta decisión este contenida en una providencia judicial, iii) que la decisión sea proferida por un funcionario investido de autoridad judicial”. (Consejo de Estado, Exp. 48036, 2020).

Así las cosas, se afirma que la Corte Constitucional cayo en un error normativo o de derecho, pues se equivocó en la aplicación del derecho al ignorar directamente los valores y principios constitucionales que persiguen la dignidad humana, así como los axiomas implícitos en los fines esenciales del Estado.

Por otro lado, se descarta el régimen de responsabilidad objetiva, pues los presupuestos aquí atribuidos a la Corte Constitucional no encuadra dentro del título de imputación de daño especial ni riesgo excepcional. En primer lugar, no se materializa el daño especial por cuanto no se advierte la existencia de un sacrificio que haya tenido que sufrir la comunidad LGTBIQ+ a cambio de una mejoramiento en el servicio público o un progreso en los fines esenciales del Estado. Incluso, dicho de mejor manera, si se identifica un sacrificio de esta población, pero el mismo no está justificado en un perfeccionamiento del Estado o del mejoramiento en la calidad de vida de las personas. En este orden, no hay razonamiento capaz de justificar la discriminación vivida por las personas homosexuales, como tampoco se acredita una razón suficiente haga menos gravosa la situación de los afectados por un interés general evidente.

Así mismo, no hay un juicio de ponderación riguroso que permita el desmedro de las condiciones de igualdad y dignidad de la comunidad LGTBIQ+ en beneficio del resto de la población. Tampoco se ve expuesto por qué esta comunidad minoritaria debía sacrificarse a

cambio del sostenimiento de dogmas tradicionales o conservadoras, con el fin de dar tranquilidad a una sociedad, como demuestran los fallos, insensible y aletargada, con lo cual, no es evidente como pueda aplicarse el principio de solidaridad exigido en este título. Esta argumentación es confirmada en similar sentido por las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007 y C-336 de 2008 en las cuales se vira el paradigma desproteccionista que traía la Corte.

No obstante lo anterior, eventualmente se presentará el argumento a partir del cual, puede existir daño especial haciendo un símil por los daños ocasionados por el Congreso, pues así como es exigible al legislador la indemnización de perjuicios ocasionados por leyes que posteriormente son declaradas inconstitucionales (Consejo de Estado, Exp. 28864, 2014), también podrá ser exigible a la Corte Constitucional la indemnización de los daños causados por un eventual cambio de postura o paradigma sin razón suficiente que la justifique. Esta circunstancia se presentó, por ejemplo, con sentencias que declaraban la exequibilidad de normas que transgredían la igualdad y dignidad humana, a saber, sentencia C-098 de 1996, y que posteriormente fueron ajustadas, corregidas e interpretadas por el mismo tribunal con un enfoque completamente diferente por un cambio de postura constitucional, en especial, en sentencia C-075 de 2007.

Sin embargo, no se recomienda este título de imputación de daño especial bajo el denominado hecho del legislador, porque la profundidad del asunto se ha soslayado por parte del Consejo de Estado, es decir, no hay elementos jurisprudenciales suficientes para que resulte más garantista que la falla en el servicio, toda vez que, hace falta un análisis más reflexivo en atención a que los pronunciamientos sobre la materia son escasos (Alonso, 2013). Adicional a ello, esta responsabilidad, como se evidencia de la jurisprudencia estudiada, está condicionada a que la Corte Constitucional, module los efectos de la ley, en este caso sería modular los efectos del precedentes constitucional.

En este orden, podría la Corte no dar efectos retroactivos a sus decisiones, de tal suerte que si bien hay una ruptura en las cargas públicas, esta solo sería exigible una vez se ha proferido un fallo que modifica el anterior y se entendería como válido el periodo de desprotección en el cual no hubo ajustes de precedente. Esta situación, hace que la Corte adquiera los roles de juez y parte, que le despojan de imparcialidad.

En línea con este argumento, no podría escogerse el título de imputación de daño especial en la modalidad de hecho del legislador por cuanto existe un periodo en el cual la desprotección tiene plena validez, salvo una modulación de la sentencia con retroactividad, lo que no resulta garantista para las comunidades aquí estudiadas. Así las cosas, la responsabilidad estaría sujeta a la interpretación de la propia Corte Constitucional, pues es esta la que modula sus fallos, teniendo una posición ventajosa en contra de la colectividad afectada.

En el marco de esta discusión, vale la pena mencionar que la validez que se le da a las normas expedidas por el legislador, tiene como sustento su carácter democrático y soberano que reviste de legalidad los efectos y hechos creados por la norma que es declarada inconstitucional. Así pues, a diferencia del Congreso, la Corte Constitucional no actúa bajo los parámetros de la soberanía propiamente dicha, así que no podría darse la presunción de legalidad ni validez a las equivocaciones de la Corte por un periodo de gracia, en cuanto esta actúa como un poder constituido y no constituyente, con lo que no asume funciones soberanas. Amén de lo anterior, su función primigenia no es crear normas que consoliden situaciones jurídico-fácticas sino ser un cuerpo técnico del derecho que protege la carta fundamental.

Ahora bien, sin mayores elucubraciones, una vez excluido el título de imputación de daño especial, no tendría sentido invocar el riesgo excepcional en cuanto este es tan solo una extensión del primero como se explicó apartes atrás. Adicional a ello, no se observa el riesgo excepcional o actividad peligrosa que se exige en este título, pues la Corte Constitucional no ejecuta ni desarrolla un actividad de este tipo. En definitiva, este ejercicio lógico más simple, nos conduce a justificar su desarrollo en la falla del servicio, donde podrá demostrarse la negligencia de la Corte Constitucional.

En este sentido, se avizora con mayor vocación de prosperidad el título de falla en el servicio, en cuanto se observa una Corte equivoca en sus pronunciamientos a la hora perseguir la dignidad humana de las personas sin ningún tipo de discriminación, y sobre todo porque en las sentencias estudiadas no se advierte la ponderación suficiente que hiciera razonable sacrificar medianamente los derechos de la comunidad LGTBIQ+, ni se observa la materialización de algún fin constitucional superior que amerite dicho tratamiento diferencial.

Por otra parte, si en gracia de discusión se argumentara a favor de otro título de imputación, la duda deberá ser resuelta por la regla general, con lo que la indeterminación llevaría al juez a coincidir con lo expuesto por el doctrinante Hugo Arenas (2018) así: “Hacia 1993, el régimen constitucional mantenía el sistema tradicional de la falla de servicio, y que solo excepcionalmente se podría aplicar la responsabilidad sin culpa, tesis que persiste hasta hoy”.(p.69) en este sentido “El sistema colombiano de responsabilidad se rige por el modelo de responsabilidad subjetivo o basado en la culpa, y solo excepcionalmente se recurre a la utilización de regímenes objetivos para casos concretos.”(p.72)

Por último, aunque alguna doctrina considera a la Corte Constitucional como un sujeto que legisla o regula el ordenamiento jurídico, como se dijo, no actúa en calidad de soberano, sino en calidad de juez, con lo que el régimen más apropiado técnicamente si será entonces la responsabilidad subjetiva en título de imputación por falla en el servicio, en especial, por error jurisdiccional o judicial, con un régimen probatorio de falla presunta en el que corresponderá al alto tribunal exponer los argumentos suficientes para justificar la incapacidad de fallar en consonancia con los principios y valores constitucionales que han permanecido incólumes desde la expedición de la Carta Constitucional.

Con lo antedicho ha quedado explicado el régimen y título de imputación que propone este escrito para atribuir responsabilidad a la Corte Constitucional. En este punto, es menester mencionar que esta imputación deberá moverse en el régimen probatorio de falla presunta, por cuanto la Corte se encuentra en una mejor posición para defender su pericia y buena conducta, con lo que bastara al sujeto afectado invocar el daño y los argumentos en los cuales se evidencia la situación de indefensión en que se encuentra por la deuda histórica en la reivindicación de sus derechos. Ahora, se estima necesario definir que daños antijurídicos tienen vocación para salir adelante en la reclamación y en esa medida que tipo de reparación se considera pertinente.

En este orden, se consideran afectados a la población LGTBIQ+ los bienes constitucional y convencionalmente amparados, pues estos tienen que ver con la transgresión intensa a valores y principios iusfundamentales que han sido reconocidos en el texto constitucional o en instrumentos

internacionales de derechos humanos. En este sentido, no se persigue una indemnización pecuniaria en atención a la dificultad de ponerle un precio a los axiomas constitucionales o convencionales afectados, sino que se procura el restablecimiento de los mismos a través de medidas que permitan su realce y exaltación.

Así pues, como se explicó en este capítulo, tanto el daño como la reparación tienen un contenido ético que obliga a emplear mecanismos de justicia restaurativa que permiten la satisfacción de la afrenta iusfundamental. Bajo esta lógica, este daño inmaterial debe ser compensado, por tener un valor premial. (Gaviria, 2015)

Esta justicia restaurativa va de la mano con el principio número 28 del instrumento de Yogyakarta elaborado por la ONU, donde se expresa que: “Toda víctima de una violación de los derechos humanos, incluso de una violación basada en la orientación sexual o la identidad de género, tiene el derecho a recursos eficaces, adecuados y apropiados. Las medidas adoptadas con el propósito de brindar reparaciones a personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, o de asegurar el adecuado desarrollo de estas personas, son esenciales para el derecho a recursos y resarcimientos efectivos”(ONU, 2006).

Adicional a ello, el Estado, según el principio 29 *ibidem*, tiene la obligación de establecer procedimientos ágiles y sin obstáculos que garanticen el acceso a la justicia y reparación por la violación a los derechos humanos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. Tal como se expone en el literal B de ese principio se debe “Garantizar que todas las denuncias de crímenes cometidos en base a la orientación sexual o identidad de género real o percibida de la víctima, incluidos los crímenes descritos en estos Principios, sean investigadas rápida y minuciosamente y que, en aquellos casos en que se encuentren pruebas apropiadas, los responsables sean procesados, enjuiciados y debidamente castigado” (ONU, 2006)

Por lo anterior, queda claro que entre los mecanismos de reparación que deben usarse para este caso se encuentran los siguientes: garantías de no repetición, garantías de verdad y justicia, publicidad, perdón, prevención, actos simbólicos, intervención en políticas públicas, construcción

de monumentos, entre otros. En este sentido, la reparación procura en mayor medida reparar el bien o derecho en su esfera objetiva.

Conforme lo expuesto, en el marco del problema de este escrito, es viable argumentar que lo que en su momento desconoció la Corte Constitucional fueron los derechos constitucionales y convencionales de la comunidad LGTBIQ+, con lo que su reparación podría ir encaminada a medidas de compensación premial.

En definitiva, si bien es cierto que “el origen, desarrollo y perfeccionamiento de las nociones y fundamentos que orientan la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentran especialmente a cargo del juez contencioso administrativo.” (Alonso, 2013, p, 17) se estima que este trabajo sirva de insumo para la academia, de tal suerte que, se cuele entre los jueces administrativos la hipótesis que propone una responsabilidad extracontractual del estado atribuible a la Corte Constitucional por los yerros jurisprudenciales evidenciados en sus sentencias, para este caso en específico, en el tópico de la orientación sexual, sin que esto cierre las posibilidades para que se extienda a otros ámbitos.

Con esto se colige que, la Corte Constitucional es responsable extracontractualmente por los yerros jurisprudenciales identificados en las sentencias T-539 de 1994, T-569 de 1994, T-097 de 1994, T-037 de 1995, C-098 de 1996, T-1426 de 2000 en las cuales abiertamente discrimino a la comunidad LGTBIQ+ e impuso reglas de diferenciación injustificadas que irradiaron el ordenamiento jurídico por largos años, transgrediendo valores constitucionales y derechos fundamentales de las personas.

Por lo precedentemente expuesto, se imputa responsabilidad a la Corte Constitucional mediante el título de imputación de falla en el servicio, de naturaleza subjetiva fundamentada en la culpa bajo el denominado error judicial, con un régimen probatorio de falla presunta, por los daños antijurídicos causados a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos, los cuales deberán ser reparados integralmente con medidas de contenido premial para compensar y exaltar los derechos que una vez fueron vulnerados.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han revisado cuestiones de variada índole, como el tópico de la identidad sexual, la supremacía de la Corte constitucional y su fuerza vinculante, la responsabilidad del estado y sus elementos, entre otros, con el fin de satisfacer los presupuestos necesarios para atribuir responsabilidad extracontractual del Estado a la Corte Constitucional como agente superlativo del mismo, sobre cuyos hombros reposa la guardia de la constitución y en consecuencia, la coherencia del ordenamiento jurídico. La responsabilidad que aquí se predica tiene origen en las afectaciones, perjuicios o daños producidos a la comunidad LGTBIQ+ como resultado de las providencias proferidas por la Corte Constitucional entre los años 1992 a 2000, en las cuales, a través de sus interpretaciones jurídicas, abrió una brecha de desprotección para esta comunidad minoritaria en el Estado colombiano la cual no puede quedar incólume.

Para llegar a esta aseveración, en el primer capítulo, se hace un recuento histórico entorno a la condición homosexual a lo largo del globo, se pone de manifiesto el rechazo que sufre dicha comunidad en todo el mundo y como esto sin duda materializa una deuda histórica con esta población. De este primer acercamiento al tópico de la identidad sexual, se concluye que la comunidad LGTBIQ+ aun en la actualidad sigue siendo discriminada, que en muchos países del mundo sigue castigándose su estilo de vida y que toda esta influencia negativa internacional ha calado profundamente en Colombia y sus instituciones. Se deduce de este acápite que la comunidad internacional como cuerpo vivo tiene mensajes éticos y morales que se van incorporando en la sociedad, influenciando el comportamiento de las personas y las instituciones de cada país.

En este orden, las actitudes institucionales, culturales y sociales, pone a la comunidad LGTBIQ+ y sus integrantes en una situación de indefensión que requiere un tratamiento diferenciado y una protección especial constitucional, pues aún en la actualidad, muchos países castigan penalmente las personas que asumen este estilo de vida, por lo que puede afirmarse que la brecha de tratamiento igualitario aún no se ha cerrado.

De igual manera, se infiere que estos mensajes discriminatorios estuvieron presentes en el tribunal constitucional colombiano donde se identifican pronunciamientos que evidentemente no persiguen la dignidad humana y marginan la población LGTBIQ+, como lo son las sentencias T-539 de 1994, T-569 de 1994, T-097 de 1994, T-037 de 1995, C-098 de 1996, T-1426 de 2000. En estos fallos se instaba a las personas con orientación sexual diversa a vivir su condición en silencio, así como también, se produjeron criterios y reglas jurídicas que diferenciaban las parejas homosexuales de las heterosexuales sin que exista un fin o valor superior que lo justifique.

Por otro lado, puede afirmarse que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se materializa en la escogencia de un estilo de vida digno bajo las propias convicciones del ser, y su ámbito es más amplio de lo que se sostiene tradicionalmente, por lo que va de la mano con la libertad de pensamiento y libertad de culto. Con ello, se puede afirmar que las personas también pueden hacer de su condición existencial una religión cuando consideran que esta tiene un sentido inherente y trascendental en su día a día, y esta decisión, es digna de protección y el Estado está obligado a su garantía.

En este primer capítulo, también se hace una aproximación a los conceptos que integran el tópico de la identidad sexual y se definen los términos que allí se usan con el propósito de dar claridad al lenguaje que se maneja en el argot popular. Esto, parte de la base de considerar que una indeterminación lingüística entorno a la identidad sexual acarrea un nivel adicional de desprotección, pues el lenguaje como principal herramienta de convivencia, según su uso, tiene la capacidad de construir comunidades tolerantes o destruir civilizaciones.

Con lo precedentemente expuesto, puede concluirse que se dan los elementos necesarios para considerar que la comunidad LGTBIQ+ es un grupo que merece especial protección constitucional en atención a su histórica discriminación. Se evidencia que en la actualidad la comunidad internacional sigue castigando la orientación sexual diversa y algunos ordenamientos jurídicos del mundo se establecen penas para estos grupos poblacionales minoritarios. También se advierte que la Corte Constitucional ha contribuido en el pasado con la ampliación de la brecha social y cultural que se presenta entre la heterosexualidad y la homosexualidad, desconociendo el principio de igualdad y dignidad humana que irradia la carta fundamental.

Ahora bien, del capítulo dos puede colegirse que, dentro de la estructura organizacional del Estado colombiano la Corte Constitucional tiene un rol superlativo, pues con sus providencias se ubica materialmente por encima de las demás instituciones públicas del estado. La Corte Constitucional al darle alcance al texto constitucional y tener como función la guardia de la supremacía de la constitución adquiere también una ineludible supremacía, que la ha llevado a afirmar que entre la Constitución y las interpretaciones de la Corte no puede posar una hoja de papel.

En este orden de ideas, esta superioridad institucional ha sido materializada a través de la teoría de la fuerza vinculante del precedente constitucional, que entiende que la jurisprudencia y el precedente no constituyen ya criterio auxiliar del derecho, sino fuente formal que inspira el ordenamiento jurídico de manera integral. Así las cosas, hoy la Corte tiene en la práctica funciones legislativas, que podrán ser de carácter positivo, cuando interpreta una norma y la ajusta en un sentido constitucional, o de carácter negativo, como diría Kelsen (1931), cuando retira una norma del ordenamiento jurídico y prohíbe su reproducción en el futuro.

También, se advierte que los pronunciamientos de la Corte tienen efectos contra mayoritarios cuando el tribunal ajusta el ordenamiento aun en contra del órgano democrático en estricto sensu que es el Congreso de la República por su representación electoral. Empero, esta dificultad contra mayoritaria puede ser superada si se entiende a la Corte como un cuerpo técnico del derecho que debe comportarse con los más altos estándares académicos que persigan fallos que enaltezcan la dignidad humana. Por otra parte, esta actitud técnica retira de sus decisiones los componentes morales irrelevantes que puedan interferir con la protección de los derechos fundamentales, con lo que la Corte no estaría influenciada por las costumbres o dogmas que puedan conculcar los derechos de las personas.

De igual modo, este capítulo pone sobre la mesa el reconocimiento de culpa tacita de la Corte Constitucional una vez cambia de paradigma y ajusta su precedente con el fin de garantizar los derechos de las personas LGTBIQ+. Pues las sentencias proferidas por la misma, en especial, las relacionadas con los derechos patrimoniales, de seguridad social, pensión de sobrevivientes y

alimentos de las parejas del mismo sexo, establecen como injustificado que el ordenamiento jurídico de un trato diferencial a las parejas heterosexuales. Esto es relevante en cuanto la corte identifica principios y valores fundamentales en la constitución que anteriormente había decidido ignorar por satisfacer reglas morales conservadoras que estaban inmersas en la cultura popular colombiana.

Por último, el capítulo tercero desarrolla la responsabilidad estatal como institución, se definen sus fundamentos teóricos y se revisan los elementos del mismo. Amén de lo anterior, se exponen los regímenes de responsabilidad que existen y se enuncian algunas sentencias que constituyen jurisprudencia importante entorno a la responsabilidad extracontractual del Estado. También se revisan las finalidades que tiene un fallo de responsabilidad y que entidades comprometen al Estado en el giro ordinario de sus actividades.

De este acápite podemos concluir que un fallo de responsabilidad tiene un alcance institucional que permea las organizaciones públicas. Así pues, una condena al Estado no solo tiene un efecto resarcitorio inmediato, sino también un efecto reparador indirecto. Esto es así por cuanto las decisiones judiciales tienden a aclarar las actuaciones de los servidores públicos, instruyen la forma en que se comportan y adicional a ello, los exhorta a buenas prácticas administrativas. Es decir, todo fallo tiene inmerso un sentido de no repetición, dicho de otro modo, la sentencia condenatoria del estado disuade y desestimula la generación de daños por parte de los agentes del Estado.

Por otro lado, se puede afirmar que no existen límites formales para atribuir jurídicamente una conducta al Estado bajo algún título de imputación, pues dependerá de las circunstancias del caso y las pruebas aportadas en el proceso que el juez encause la litis por alguno de los presupuestos jurisprudenciales observados. Para poder desarrollar este ejercicio únicamente corresponderá motivar esta decisión, es decir, justificarla con una carga argumentativa, que por demás, tiene cierta discrecionalidad o libertad al escoger el título de imputación (Arenas, 2017).

Con base en lo anterior, haciendo uso de estas amplias facultades argumentativas, en el capítulo tercero, esta investigación se decantó por un régimen de responsabilidad subjetivo basado

en la culpa y con un modelo probatorio de culpa presunta, en el cual corresponderá a la Corte Constitucional demostrar su pericia y buen actuar, pues una vez el juez cambia su precedente deberá justificar con suficiencia la razón de su viraje y por qué, en las sentencias aquí cuestionadas, no garantizo la dignidad humana de la comunidad LGTBIQ+. No obstante, se deja claridad que corresponderá únicamente al juez contencioso aceptar los argumentos aquí esbozados.

Para ultimar este trabajo, vale la pena recordar que a través del mismo se comprobó el valor moral, pedagógico y jurídico de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, con lo que no hay duda que sus sentencias, y las reglas que allí produce, irradian, guían e instruyen el ordenamiento jurídico. Así lo confirmaría la Corte en sus inicios:

“Es innegable el valor pedagógico e incluso normativo-general de la jurisprudencia (...) que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional.” (Corte Constitucional, T-406 de 1992)

Empero, debe tenerse cuidado con este poder superlativo, pues a la fecha dicha supremacía parece carecer de control formal o material, por lo que este escrito persigue la posibilidad de un control efectivo en cabeza del juez contencioso por los daños antijurídicos que pueda causar.

Ahora, si bien el grueso de sus providencias se caracterizan por ser un derroche de garantías ius fundamentales, incluso admirable en los ordenamientos internacionales, hay casos excepcionales como el aquí presentado, donde sus efectos contravienen la dignidad de las personas. Esperamos que la Corte siga en un futuro siendo bálsamo para las personas que se han sentido desprotegidas por el Estado y sus mensajes lleven una reprimenda implícita para las instituciones con el fin de que no se repita lo develado por este escrito.

Por lo tanto, este trabajo culmina aceptando la cara falible de la Corte Constitucional, abriendo las puertas para muchos otros tópicos que no hayan sido profundizados. Entendiendo que el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales es una lucha constante, quizá de nunca acabar. Como diría Diego Eduardo López Medina (2018) “un derecho fundamental es la decisión

política y moral que hemos tomado de respetarle a una persona una libertad o una prestación así se caiga el mundo” (xxv-xxvi)

Referencias

- Abc. (2022). Rusia aprueba una ley contra la «propaganda homosexual». Disponible en: <https://www.abc.es/sociedad/rusia-aprueba-ley-propaganda-homosexual-20221027133556-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>
- Adame, M. E. C., & Santiago, G. T. (2009). La religión como una dimensión de la cultura. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 22(2), 1-15.
- Agudelo, Carlos. (2014) *La democracia de los jueces, la rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Leyer.
- Alba Leiva. (1997) 15 de diciembre de 1973: la homosexualidad deja de ser considerada como enfermedad en Estados Unidos. *El Orden Mundial*. Disponible en: <https://elordenmundial.com/hoy-en-la-historia/15-diciembre/15-de-diciembre-de-1973-la-homosexualidad-deja-de-ser-considerada-como-enfermedad-en-estados-unidos/>
- Albarracín Caballero, Mauricio., Azuero Quijano, Alejandra. (2009) *Activismo social y derechos de los LGTB en Colombia*. Ilsa
- Albarello, K y Rodriguez, L. (2021). Precedente jurisprudencial vs autonomía judicial: Apartamiento del precedente. *Revista IUS-Praxis Colección grandes autores del derecho*. Volumen 5. No.1
- Alcántara, E. (2013, abril 1). Identidad sexual/rol de género. *Debate Feminista*, 47.
- Alonso, M. C., & Leiva Ramírez, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2). 77-106.

Alonso García, María Consuelo, & Leiva Ramírez, Eric. (2013). La responsabilidad patrimonial del legislador en Colombia, Francia y España. *Revista de Derecho*, (39), 267-300

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH-. (2013). Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos. ONU

Álvarez-Gayou, J.L. (2000). Homosexualidad. En J. y S. MacCary (Eds.): *Sexualidad humana* (pp. 295-312). México: El Manual Moderno,

Arenas Mendoza, Hugo. (2017) El régimen de Responsabilidad Objetiva. *Legis*

Arenas Mendoza, Hugo. (2018) El régimen de Responsabilidad Subjetiva. *Legis*

Arrizabalaga, J. (1997). De la "peste gay" a la enfermedad de "los otros": quince años de historia del sida. *Revista Libros No 87*, 169-182.

Agusto Ramírez Ocampo. "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en *Gaceta Constitucional No 112*, 3 de julio de 1991, pp 7 y 8

Avella, Estefanía. (2015). La deuda con la comunidad LGBTIG. *Uniandes*

Barrientos, J. (2016). Situación social y legal de gays, lesbianas y personas transgénero y la discriminación contra estas poblaciones en América Latina. *Sexualidad, Salud y Sociedad* (Rio de Janeiro), 331-354.

Beladiez Rojo, Margarita. (1997). Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. *Tecnos*.

- Berberoff Ayuda, D. y Sospedra Nava, F. (2006). Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia. Consejo General del Poder Judicial.
- Bernal, Carlos. (2009). Los derechos fundamentales e la jurisprudencia del tribunal electoral del poder de la nación. Tribunal Electoral del Poder de la Nación.
- Bermejo Vera, José et al. (2001). Derecho administrativo. parte especial. Quinta edición. Civitas.
- Bickel, A. M. (1986). The least dangerous branch. Yale University Press.
- Bustamante Ledesma, A. (2003). La responsabilidad extracontractual del Estado. Leyer
- Bustamante Tejada, Walter Alonso. (2008). El delito de acceso carnal homosexual en Colombia Entre la homofobia de la medicina psiquiátrica y el orden patriarcal legal. *Co-herencia*, 5(9), 113-141.
- Bbc News. (2018). Los 5 países y dos territorios donde castigan con pena de muerte las relaciones homosexuales. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-45438773>
- Bbc News. (2018). Quién es Jack Phillips, el pastelero que se negó a hacer una torta a una pareja gay y fue respaldado por la Corte Suprema de Estados Unidos. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44364037>
- Blanquer, David. (2006). Curso de derecho administrativo III. El fundamento y el control. Tirant lo Blanch.
- Brewer-Carías, Alan et Santofimio, Jaime. (2013). Control de convencionalidad y responsabilidad del estado. Universidad Externado de Colombia.

- Casas, Z. y Méndez, N. (2018). Derechos de la población LGBTI en Colombia. Protección en la jurisprudencia constitucional. *Revista de Investigaciones de la Escuela de Ciencias Sociales, Artes y Humanidades*. UNAD. Vol 9. No.2
- Cassagne, Juan Carlos. (2009). *Derecho administrativo*. Abeledo Perrot y Universidad Javeriana.
- Castillo Vargas, Elizabeth. (2018). *No somos etcétera. Veinte años de historia del movimiento LGBT en Colombia*. Ediciones B.
- Castro Núñez, J. J. (2018). Alcance del principio iura novit curia en la responsabilidad del Estado colombiano. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13(1), 169–188.
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2018.0001.06>
- Coleman, Jules. (2010). *Riesgos y daños*. Marcial Pons.
- Colombia Diversa. (2019). Informe de derechos humanos de personas LGBT en Colombia 2019. Disponible en: <https://colombiadiversa.org/c-diversa/wp-content/uploads/2021/03/Mas-que-cifras.pdf>
- Colombia Diversa. (2019). ¡Es ahora! Investigación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de personas afrodescendientes e indígenas LGBT, en cinco municipios de Colombia. Disponible en: https://colombiadiversa.org/colombiadiversa2016/wp-content/uploads/2019/05/Informe_Es_Ahora_2019_alta_fin-1.pdf
- Consejo de Europa. (1950). *Convenio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de julio de 1987. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 4983.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de junio de 1991. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Expediente 6454.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 1991. C.P. Daniel Suárez Hernández. Expediente 6453.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 1992. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 6754.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993. C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Expediente 8163.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 1994. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta. Expediente 8577.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de diciembre de 1995. C.P. Diego Younes Moreno. Expediente S-470.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Expediente 10421.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1998. C.P. Daniel Suarez Hernández. Expediente 12009

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 1998. C.P. Jesús María Carillo Ballesteros. Expediente IJ-001.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero del 2000. C.P. Jesús Carillo. Expediente 1086.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2000. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Expediente 12166.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de julio de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández. Expediente 14331.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2004. C.P. Alier Eduardo Hernández. Expediente 14318.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Expediente. 13168

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacios. Expediente 16238.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 13168.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Expediente 16079.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Expediente 19849.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. C.P. Olga Medica Valle de la Hoz. Expediente 17130.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Expediente 20537.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011. C.P. Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 19976.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011. C.P. Enrique Gil Botero. Expediente 36912.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2012. C.P. Hernán Andrade. Expediente 25228.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de abril de 2012. C.P. Hernán Andrade. Expediente 21515.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2012. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente 24093.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de mayo de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano. Expediente 34927.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de julio de 2015. C.P. Orlando Santofimio Gamboa. Expediente 50154.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016. C.P. Hernán Andrade. Expediente 39992.

Constitución política colombiana. (1991). Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá, Colombia, 6 de Julio de 1991.

Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia C-113 de 1993, MP. Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-486 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-539 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia T-569 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia T-037 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-101 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

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

Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia T-1426 del 2000, MP. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007, MP. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-811 de 2007, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008, MP. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia C-816 de 2011, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia C-317 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-450A de 2013, MP. Mauricio Gonzales Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-476 de 20114, MP. Alberto Rojas Ríos.

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

Corte Constitucional, Sentencia C-143 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia SU-446 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sentencia SU-113 de 2018, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia T-109 de 2019, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sent. Del 12 de ago. de 1982, Manuel Gaona Cruz, Exp. No 942, G.J. No 2409.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sent. Del 1 de junio de 1982, Ricardo Medina Moyano, Exp. No 35, G.J. No 2409.

CNN. (2022). La legislatura de Florida aprobó un proyecto de ley que prohíbe algunas enseñanzas en las aulas sobre orientación sexual e identidad de género. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2022/03/08/florida-proyecto-ley-orientacion-sexual-identidad-genero-trax/>

C.Macías. (2022, Junio 8). ¿Por qué se eligió junio como el mes del orgullo LGBTQ? Retrieved from Alma, Corazón, Vida: https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2022-06-08/por-que-julio-como-mes-orgullo-lgbtq_3438016/

Decreto 960 de 1970. Por el cual se expide el Estatuto Notarial. 5 de agosto de 1970. D.O. No. 33.118.

Defensoría del Pueblo. (2021). informe derechos humanos de personas osigd-lgbt 2020 y 2021. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/10218/Entre-2020-y->

2021-asesinaron-a-98-personas-con-orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero-diversas-OSIGD-dEFENSOR%C3%8DA.htm

De Fuentes Bardaji, J. et Al. (2004). Manual de responsabilidad pública. Ministerio de Hacienda y Economía y Ministerio de Justicia.

Doménech, Gabriel. (2010). El principio de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, en los principios jurídicos del derecho administrativo. La Ley.

Drescher J. (2015). Out of DSM: Depathologizing Homosexuality. Dec 4;5(4):565-75. doi: 10.3390/bs5040565. PMID: 26690228; PMCID: PMC4695779.

Dromi, Roberto. (1996). Derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones ciudad Argentina.

Dworkin, Ronald. (2014) Religión sin dios. México. Fondo de cultura económica.

Dworkin, Ronald. (2014) Justicia para erizos. México. Fondo de cultura económica.

El País. (2022) Prohibido el estreno de ‘Lightyear’ en 14 países después de que Disney rechazara eliminar un beso lésbico. Disponible en: <https://elpais.com/cultura/2022-06-14/prohibido-el-estreno-de-lightyear-de-disney-en-14-paises-por-incluir-un-beso-de-una-pareja-lesbica.html>

El País. (2022). El riesgo de ser gay en Colombia. Disponible en: <https://elpais.com/america-colombia/2022-08-02/el-riesgo-de-ser-gay-en-colombia.html>

Espitia-Almanza, H. (2016). Del juez constitucional positivo y negativo en Colombia: el debate sobre la eutanasia. Universidad Católica de Colombia.

Feoli, Marco. (2015) Las cortes súper poderosas: ¿activismo o visibilidad? Revista Pensamiento Jurídico No 41. UNAL. Pág. 127-162.

Foucault, M. (1977). La voluntad del saber. Historia de la Sexualidad I. (J. Almela, Trad.)
Naucalpan de Juárez: Siglo XXI Editores

Fundación Huésped. (2022). ¿Qué es la orientación sexual?. Huésped.org.ar. Recuperado de:
<https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/diversidad-sexual-y-genero/>

Galgano, Francesco. (2008). El hecho ilícito. Curso de derecho civil. CEDAM/Antonio Millani.

García Forero, Fernando Antonio. (2017). El daño antijurídico. Rescatado de:
<https://www.youtube.com/watch?v=hGAZ4alMp08>

García de Enterría, E. (2005). La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. Arazandí-Thomson-Civitas

García de Enterría, Eduardo. (2006). Curso de derecho administrativo. Civitas.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas-Ramón. (2015). Curso de derecho administrativo. Civitas.

Gaviria Cardona, Alejandro. (2015). Manual de liquidación de perjuicios patrimoniales. Unaula.

Geny, F. (1925). Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo.

Gil Botero, Enrique. (2013). Responsabilidad extracontractual del Estado. Temis.

Gonzales Alonso, Augusto. (2008). Responsabilidad patrimonial del estado en la administración de justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva. Tirant lo Blanch.

Gonzales Briceño, Álvarez.(2010). El daño o perjuicio. Editorial Temis.

Gonzales Pérez, Jesús. (2006). Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Thomson-Civitas.

González, A. M. P., Ramírez, M. E. J., & Rico, I. Y. G. (2017). La inversión de la carga de la prueba en Colombia y el debido proceso del demandado. Hipótesis libre, (12).

Guzmán, F. (S.f). Capítulo 7 Homosexuales. En M. E. Cifuentes, Sujetos de Especial Protección en la Constitución Política. Bogotá: Corte Constitucional.

Gherzi, Carlos. (2013). Teoría de la reparación de daños. Astrea.

Grmek, M. D. (1992). Historia del SIDA. Siglo XXI.

Henao, J.C. (2007). El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia.

Igualdes. (2012). La homosexualidad nunca debió haber sido incluida en las clasificaciones internacionales de las enfermedades. Igualdes.cl. Recuperado de: <https://iguales.cl/la-homosexualidad-nunca-debio-haber-sido-incluida-en-las-clasificaciones-internacionales-de-las-enfermedades/>

Jaramillo, Carlos Ignacio. (2013). Los deberes de evitar y mitigar el daños. Temis.

Jiménez Lechuga F.J. (1999). La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Derecho Español. Una visión de conjunto. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Jiménez, W.G. (2013). Origen y evolución de las teorías sobre la responsabilidad estatal. Dialogo de Saberes.

Josserand, Louis. (2018). Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Olejnik.

Kaku, Michio (2022). El futuro de la Humanidad. Debate

Kaufmann, A. (1996). Concepción hermenéutica del método jurídico.

Kriele, Martin. (1980). Introducción a la teoría del Estado. Desalma.

L. Alberto Bardi, C. L. (2005). Identidad Sexual: proceso de definición en la adolescencia.
Tiempo de hablar digital, 44

Laferrière, Édouard. (1888). Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux.
Tome 2. Berger-Levrault et Cie

La Vanguardia. (2019). Así nació el movimiento LGBTIQ+. Disponible en:
<https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20190626/463020680357/stonewall-asi-nacio-movimiento-lgtbi.html>

Ley 84 de 1873. Código Civil. 31 de mayo de 1873. D.O. No. 2.867.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011. D.O. No. 47.956.

Levi, Edward H. (1948) "An Introduction to Legal Reasoning," University of Chicago Law Review: Vol. 15: Iss. 3, Article 2.

López Daza, Germán Alfonso. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?. Cuestiones constitucionales, (24), 169-193.
Recuperado en 08 de agosto de 2023, de

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140591932011000100005&lng=es&tlng=es.

Long, Marceau et al. (2017). *Jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado Francés*. Edición Dalloz.

López Medina, Diego. (2004). *Teoría impura del derecho*. Legis

López Medina, Diego. (2018). *El Derecho de los Jueces*. Legis

López Medina, Diego. (2016). *Como se construyen los Derechos, Narrativas Jurisprudenciales sobre Orientación Sexual*. Legis.

López Medina, Diego. (2017). *Eslabones del Derecho, El deber de coherencia con el precedente Judicial*. Legis.

Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel.

Lozano, Ignacio. (2009). El significado de la homosexualidad en jóvenes de la Ciudad de México. *Enseñanza e Investigación en Psicología*, vol. 14, núm. 1, pp. 153-168.

Luis-González, C., & Aguilera-Ávila, L. (2019). Múltiple discriminación: homosexualidad y vejez. *Trabajo Social Global-Global Social Work*, 9(16), 225-247.

Luna Campo, G. C. (2019). *Fundamentos constitucionales del daño antijurídico en Colombia*. Universidad Santiago de Cali.

Martínez Rave, Gilberto (1998). *Responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Temis.

Martín Rebollo, Luis. (2005). *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*. Lustel.

Medina Alcoz, Luis. (2005). La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Civitas.

Mir Puigpelat, Oriol. (2000). La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad. Civitas.

Mir Puigpelat, Oriol. (2002). La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.. Civitas

Mocoroa, J.M. (2017). La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 20, 39, 73-85. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2724>

Morand-Deviller, Jacqueline. (2010). Curso de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia.

Morillo Carrillo, S. . (2022). Daño y daño antijurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la noción de derecho subjetivo . Revista Digital De Derecho Administrativo, (28), 319–357. <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.11> (Original work published 13 de junio de 2022)

M´Causland Sánchez, M.C. (2008). Tipología y reparación del daño no patrimonial, situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad Externado de Colombia.

Naranjo Mesa, Vladimiro. (1995). Teoría constitucional e instituciones políticas. Temis.

Ochoa Gómez, María. (2005). La responsabilidad patrimonial de las administración pública y el fenómeno urbano. Instituto Vasco de Administración Publica.

Consejo de Derecho Humanos. (2006). Principios de Yogyakarta. ONU

Organización mundial de la salud . (23 de Agosto de 2018). Salud sexual. Obtenido de <https://www.who.int>

Organización de Naciones Unidas. (1948). La declaración universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Paine, Thomas. (1819). The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine (edited by R. Carlile). vol. 1.

Pardo, Antonio. (1995) Aspectos médicos de la homosexualidad. Revista nuestro tiempo. Pg. 82-89

Polanía, Nicolas. (2010). Sobre las funciones de la responsabilidad. Revista de responsabilidad civil y del estado.No.27.pp.619-632.

Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Consultado en <https://dle.rae.es/responsabilidad>

Rivero, Jean. (1985). Droit Administratif. Dalloz.

Romero, Miguel. (2021). Migrantes y minorías: Un análisis de las dinámicas de género y migración en Colombia. Universidad de Salamanca.

Ruiz Orejuela, Wilson. (2005). Responsabilidad del Estado legislador. Revista electrónica Civilizar.

Ruiz Orejuela, Wilson. (2019). Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Ecoe editores.

Ruiz, Ó. J. D. (2009). Lecciones de hermenéutica jurídica. Universidad del Rosario.

- Saavedra Becerra, Ramiro. (2003). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Ibáñez.
- Santamaría Pastor, J. A. (1972). La teoría de la responsabilidad del Estado Legislador. Revista de Administración Pública, 68.
- Santiago Frago, S. S. (2004). Sexo y sexualidad: la identidad sexual. Universidad de Zaragoza, 121.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Semana. (1989). Fuego de juventud. Disponible en: <https://www.semana.com/fuego-de-juventud/12492-3/>
- Semana. (2018). 10 años de política pública Lgbti en Colombia. Disponible: <https://www.semana.com/periodismo-cultural---revista-arcadia/articulo/activista-y-politico-lbgti-gay-sebastian-romero/68943/>
- Serrano, J. F. (1997). Entre negación y reconocimiento. Estudios sobre" homosexualidad" en Colombia. Nómadas (Col), (6).
- Serrano Escobar, Luis y Tejada Ruiz, Claudia. (2014). La responsabilidad patrimonial del Estado. Doctrina y Ley.
- Solano González, É. (2007). La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo Jaramillo, Javier. (2000). La responsabilidad del Estado, El daño antijurídico, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Temis

Tamayo Jaramillo, Javier. (2007). Tratado de responsabilidad civil. Legis.

Trovão Do Rosário, Pedro. (2015). Tribunal constitucional – ¿un legislador negativo o positivo?. Revista de derecho UNED. Núm 16.

Uckmar, Victor et al. (2004). Seminario internacional de responsabilidad civil y del estado, presente y futuro. Universidad Externado de Colombia

Uprimmy, Rodrigo y Guzmán, Diana. (2010). En la búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales. Revista Colombiana de Derecho Internacional. No. 17. Pp. 231-286.

Uribe, R. y Arce, A. (2004). Subiendo escalones: reflexiones a partir del trabajo grupal con adolescentes gay. Tramas, VII). Subjetividad y género. Revista de Psicología de la UAM-X.

Valdés, A. G. (1980). Historia y presente de la homosexualidad: análisis crítico de un fenómeno conflictivo. Universidad Complutense de Madrid.

Vañó, A. R. (2001). La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, (59), 193-220.

Vila Casado, I. (2012). Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo. Legis.

Villa Leguina, Jesús. (2007). Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la administración. Revista española de derecho administrativo. No. 136.

Villabela Armengol, C.M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica, algunas precisiones. México. UNAM

- VIVES, J. (2019, Junio 26). Los disturbios de Stonewall Inn de 1969 dieron origen a la lucha de la comunidad LGBTIQ+ por sus derechos. Retrieved from La Vanguardia: <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20190626/463020680357/stonewall-asinacio-movimiento-lgtbi.html>
- Von Jhering, R. (1987). *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Civitas.
- Waldron, J. (2018) *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. Universidad de la Sabana.
- Waldron, J. (2019). *Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI Editores.
- Werner Cantor E. & Bogotá. (2011). *Estado del arte sobre las prácticas culturales de la población lgbt en Bogotá d.c*. Alcaldía Mayor Secretaria de Cultura Recreación y Deporte.
- Wolff, T. B. (1997). Compelled affirmations, free speech, and the US military's don't ask, don't tell policy. *Brook. L. Rev.*, 63, 1141.
- Younes Moreno, Diego. (2014), *Curso de derecho administrativo*. Temis.
- Yoshino, K. (1998). Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of "Don't Ask, Don't Tell". *The Yale Law Journal*, 108(3), 485-571.