

Manifestaciones públicas de afecto por parte de personas del mismo sexo, análisis de casos concretos: Sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-268 de 2000 y T-909 de 2011

Public manifestations of affection by people of the same sex, analysis of specific cases: judgments of the Colombian Constitutional Court T-268 of 2000 and T-909 of 2011

DOI.: <https://doi.org/10.15332/iust.v0i20.2873>

Leonardo Camilo Ramos Pallares¹

Resumen

La Constitución Política de Colombia consagra la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y la igualdad, como derechos fundamentales, permitiendo a todos los colombianos y en especial a las minorías, desarrollarse libremente y materializar su plan de vida. Lo anterior cobra una importancia significativa, ya que permite la concreción de planes vitales que difieren de las posturas mayoritarias, garantizando así, restricciones mínimas con un máximo de libertades. Para la elaboración de este escrito y la fundamentación teórica de las expresiones públicas de afectos de personas homosexuales (entendiendo las demostraciones de afecto y cariño como inherentes a la condición humana), se estudió la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el tema, en especial las sentencias T-268 de 2000 y T-909 de 2011, llegando a concluir, que la homosexualidad y las derivaciones que atienden a esta opción de vida, están protegidas desde la Constitución y constituyen una opción legítima dentro del ordenamiento jurídico colombiano en razón a su nexa inescindible con los derechos fundamentales contemplados en la Carta Constitucional que en el comienzo de este acápite se refieren.

Palabras clave: Derechos fundamentales, homosexualidad, libertad individual, libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad.

Abstract

The Constitution of Colombia enshrines human dignity, the free development of personality, individual freedom and equality, as fundamental rights, allowing all Colombians and especially minorities, to develop freely and materialize their life plan. The foregoing is important since it allows the realization of vital plans that differ from the majority positions, thus guaranteeing minimum restrictions with a maximum of freedoms. For the preparation of this writing and the theoretical foundation of the public expressions of affections of homosexual people (understanding the demonstrations of affection and affection as inherent to the human

¹ Abogado, especialista en Derecho Constitucional. Asesor jurídico. Correo electrónico: lcramospallares@gmail.com

condition), the jurisprudence of the Constitutional Court related to the subject was studied, especially judgments T-268 of 2000 and T-909 of 2011, concluding that homosexuality and the derivations that address this life option are protected from the Constitution and constitute a legitimate option within the Colombian legal system due to its inextricable link with the fundamental rights contemplated in the Constitutional Charter referred to at the beginning of this section.

Keywords: Fundamental rights, same-gender relationships, individual freedom, free development of personality, human dignity, equality.

*Manifestaciones públicas de afecto por parte de
personas del mismo sexo, análisis de casos concretos:
Sentencias de la Corte Constitucional colombiana
T-268 de 2000 y T-909 de 2011*

Leonardo Camilo Ramos Pallares

INTRODUCCIÓN

Las sentencias T-268 de 2000 y T-909 de 2011 expedidas por la honorable Corte Constitucional de Colombia tienen una importancia significativa, debido a que, abren el debate en torno a la homosexualidad como conducta exteriorizable, revelando una opción de vida históricamente relegada al ámbito más personal, sacándola de la oscuridad y legitimando a los individuos con una orientación sexual distinta a expresar de forma libre su elección vital, otorgándoles la posibilidad de mostrarse ante la sociedad tal cual son.

La consagración de derechos constitucionales como la libertad individual, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad han permitido a todos los colombianos desarrollar sus planes vitales ajustados a sus propias necesidades e intereses; para las minorías estos derechos cobran especial relevancia, ya que les otorga la oportunidad de exteriorizar modelos de conducta anteriormente estigmatizados; gracias a las acciones constitucionales, en especial a la acción de tutela, se ha permitido a las minorías empoderarse de sus derechos, luchando contra prejuicios, que si bien han sido difíciles de romper, no constituyen un obstáculo jurídico que impida el desarrollo de su plan de vida. Teniendo presente los derechos que se enuncian y la lucha históricamente librada por la comunidad LGTBI; para la reivindicación de sus derechos surge la siguiente pregunta problema, ¿Constituyen las manifestaciones públicas de afecto de parejas del mismo sexo, la concreción de uno o más derechos fundamentales en el marco de la Constitución política de Colombia?

Con el planteamiento del problema de investigación que da origen a este escrito, pretende señalar los derechos fundamentales que se relacionan de forma inescindible con la posibilidad de exteriorizar manifestaciones de afecto en público por parte de parejas del mismo sexo, dando un breve vistazo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional que se han encargado de visibilizar los derechos de los homosexuales, elevando esta disertación a la esfera jurídica, visibilizando así a una población históricamente estigmatizada.

Así las cosas, y una vez definido el problema de investigación, el principal objetivo de este artículo será estudiar las sentencias T-268 de 2000 y T-909 de 2011 en torno a la legitimidad de la exteriorización de la homosexualidad y las manifestaciones afectivas por parte de personas del mismo sexo, al igual que otros pronunciamientos que abordan la protección de derechos de individuos con una orientación sexual distinta; de igual manera se identificarán los derechos fundamentales que se relacionan de forma directa e inescindible con las manifestaciones públicas de afecto por parte de parejas del mismo sexo. Para abordar los objetivos propuestos se comenzará con una aproximación al concepto de derecho fundamental con el ánimo de ubicar al lector respecto al significado y alcance de este tipo de derechos en Colombia, para seguidamente entrar a estudiar las sentencias constitucionales que fundamentan el presente artículo.

APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

Los derechos fundamentales son aquellos que se instituyen en cabeza de los individuos y cuentan con mecanismos jurídicos especiales que permiten velar por su protección frente a abusos de poder por parte del Estado y de los particulares. El concepto de derechos fundamentales puede ser entendido de dos modos complementarios, en primer lugar y, ante todo, como límites de lo que los poderes públicos pueden hacer; lo cual vinculan a dichos poderes hasta el punto de que ni siquiera por ley puede impedirse su ejercicio. En segundo lugar, los derechos fundamentales, pueden entenderse como una guía, la cual delimita el accionar de los poderes públicos ciñéndolos a los lineamientos establecidos por estos; en igual sentido, los derechos fundamentales vinculan los poderes públicos prescribiendo objetivos de obligatorio cumplimiento, señalando un límite claro e inquebrantable al poder del Estado y los particulares.

Para Ferrajoli, son “derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiéndolo por “derecho subjetivo”, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Ferrajoli, 2010), de esta afirmación se deduce, que una de las características propias de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo en cabeza de una persona, quien tiene

la facultad expresa por consagración dentro del ordenamiento jurídico, de exigir ante las autoridades del Estado su observancia y cumplimiento, para garantizar la protección de los derechos que creen lesionados o en peligro de serlo; bajo esta óptica podríamos entonces establecer que está en cabeza de los individuos velar por el cumplimiento de todos sus derechos fundamentales y defender estos ante cualquier tipo de vulneración que provenga del Estado o de cualquier ente particular, así las cosas, los individuos son los llamados a ejercitar sus derechos y velar por su completa materialización y defensa.

Llamamos derechos fundamentales a los que garantiza la Constitución sustrayéndolos a la libertad del legislador, por esto, son derechos especiales y de aplicación inmediata, no requiriendo un desarrollo legislativo previo para su aplicación; los derechos fundamentales son reconocidos por las constituciones de cada Estado de derecho, como aquellos que merecen una especial protección y atención por parte de las instituciones estatales, por ende podríamos considerar que estos son derechos básicos e importantísimos, por cuanto son la base y fundamento de la integración jurídica y personal del individuo en la sociedad (Rodríguez-Muñiz, 2000), posicionando por este motivo a los derechos fundamentales en la cúspide de la pirámide jurídica de cualquier Estado de derecho en tanto son derechos subjetivos (Pinto, 2000). De las anteriores afirmaciones podríamos entonces concluir que los derechos fundamentales son derechos básicos, por cuanto permiten al individuo acoplar su individualidad a una sociedad que si bien puede no comprenderla debe aceptarla, respetarla y ante todo protegerla como opción legítima.

Ahora bien, en el sistema jurídico colombiano, se podría entender aplicando una interpretación exegética, que los derechos fundamentales son aquellos únicamente consagrados en el título II de la Constitución, no obstante, la Corte Constitucional colombiana ha expresado en sus sentencias que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos, que: 1) tengan una conexión directa con los principios constitucionales, entendidos como la base axiológica sobre la cual se sustenta y emana todo el ordenamiento jurídico²; 2) sean de eficacia directa, bajo el entendido, que el carácter de fundamental de un derecho se deriva de la aplicación directa de los preceptos constitucionales, bajo este entendido, un juez constitucional en los casos en los cuales una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en peligro de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales, este debe propender por la protección del derecho en peligro o en riesgo de estarlo, a este respecto, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que si bien no aparecen contemplados en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución Política de Colombia, están estrechamente relacionados con otros derechos fundamentales de tal forma

2 “Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia” sentencia T-406 de 1992

que de no ser protegidos en forma inmediata se ocasionara una grave vulneración o amenaza a uno o varios derechos fundamentales (Sentencia T-491 de 1992), la conexidad cobra una especial importancia en nuestro Estado de derecho, en razón a que amplía de manera considerable el catálogo de derechos contemplados como fundamentales establecidos en el título II de la Carta Constitucional, y 3) contenido esencial, en el respecto de ser el núcleo básico y fundamental del derecho el que lo relacione directamente con el principio constitucional protegido, que no permita el error y que su protección garantice la protección del individuo (Sentencia *ibídem*).

En Colombia la Corte Constitucional ha sostenido que todo derecho fundamental está estrechamente relacionado con un derecho subjetivo, esto bajo el entendido, de que todo derecho fundamental para hacerse exigible debe estar contenido en la Constitución o relacionado de manera estrecha con otro derecho subjetivo (Sierra, 2011). Por su parte, en la Sentencia T-227 de 2003 la Corte Constitucional colombiana establece un concepto de derecho fundamental que ha sido utilizado en reiteradas ocasiones:

Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica) (Sentencia T-227 de 2003).

De lo anterior podemos resaltar cómo la Corte Constitucional ha sostenido la relación inescindible entre los derechos fundamentales y los derechos subjetivos, reconociendo como fundamentales no solamente los contemplados en el Título II Capítulo I de la Constitución Política, si no todos aquellos que estén estrechamente relacionados con estos, lo que abre un abanico de posibilidades para la inclusión de nuevos derechos en la lista de derechos fundamentales.

Homosexualidad en espacios públicos, sentencias de la Corte Constitucional estudio de casos concretos

Sentencia T-268 del 2000

Mediante la Sentencia T- 268 del 7 de marzo de 2000 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional colombiana analiza la acción de tutela impetrada en septiembre de 1999 por el señor Carlos Julio Puentes, en contra de la Alcaldía de la ciudad de Neiva por considerar violados los derechos constitucionales de la comunidad “gay” a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

En la revisión de la tutela la Corte Constitucional encuentra que existe un conflicto entre la iniciativa de adelantar el desfile de la comunidad gay y las potestades de la Administración para conservar el orden público y garantizar los derechos de terceros³.

Para la Corte Constitucional es claro que entre las múltiples manifestaciones de la diversidad amparadas en la Constitución Política de Colombia, se encuentra sin lugar a dudas la diversidad sexual, en tal sentido la Constitución al elevar a la condición de derecho fundamental la libertad en materia de opciones vitales, permite la expresión de la homosexualidad como alternativa o como inclinación sexual diversa, tutelándose dentro del ordenamiento jurídico sin que se justifique un tratamiento desigual (Sentencia *ibídem* argumento No. 2), cabe precisar que dentro del ámbito de la autonomía personal, la homosexualidad entendida como una manifestación de la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, bajo el entendido de que esta pretende ser el marco jurídico que permita la coexistencia de un sin número de modelos y planes de vida escogidos por los individuos.

La orientación sexual se encuentra dentro de la esfera más íntima y personal, perteneciendo al campo de su libertad individual y de su libre desarrollo de la personalidad (Constitución Política, artículo 16), en razón a lo anterior no le esta permito al Estado ni a los particulares intervenir en la vida íntima de los individuos, correspondiendo a estos optar por un plan de vida y desarrollar su personalidad, atendiendo a sus propios intereses y convicciones (Sentencia C-309 de 1997), sin más limitaciones que el orden público y los derechos de terceros.

En aras de proteger el derecho a desarrollarse libremente y la autonomía personal, el Estado como garante del ejercicio de los derechos debe tomar una posición neutral frente a manifestaciones sexuales diferentes a las aceptadas por la mayoría, no obstante lo anterior, la injerencia del Estado en temas que corresponden a la esfera íntima de la persona, son legítimas cuando las manifestaciones de la diversidad atenten de manera indiscutible contra la convivencia, el orden público o lesionen derechos de terceros.

Para el análisis del caso concreto, como se trata de homosexuales, la diferenciación de trato que el Estado les dé en relación a otros grupos sociales, requiere una fundamentación que permita desvirtuar los llamados “criterios sospechosos”; es decir, aquellos que han permitido la estigmatización y persecución de ciertos individuos en virtud de su simple orientación sexual (Sentencia *ibídem* argumento No. 5) contrariando con esto el mandato de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Constitucional, así las cosas, la Corte ha señalado que existen contextos donde el análisis de la igualdad debe ser más riguroso, en especial en aquellos casos en que las medidas tomadas por el legislador o las autoridades se funden en criterios como la raza, el sexo, el origen familiar, o afectan de manera desfavorable

3 Argumentado la Alcaldía de Neiva, en la sentencia objeto de estudio, que la negativa a la solicitud de realizar el desfile por parte de la comunidad gay se soportaba en la protección de los derechos de los niños y niñas.

a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta; es por esto que la Corte ha sostenido: Para que la medida impuesta sea considerada legítima de manera general, es necesario (i) “no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo, sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii) finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación (Sentencia, *ibidem* citando la sentencia C-481 de 1998).

La Corte considera dentro de la sentencia en estudio que, la condición de homosexual en sus distintas manifestaciones no obsta a establecer mecanismos de discriminación e impedir con ello la expresión pública de la orientación sexual. Si bien es cierto, la Corte en distintas ocasiones ha reconocido que la diversidad sexual y la libre opción sexual se encuentra dentro de la esfera más interna de la persona, esto no implica de ningún modo que las expresiones públicas de homosexualidad deban ser prohibidas, en este sentido dentro de la sentencia se señala lo siguiente:

Una posición semejante, indica claramente una discriminación directa a una de las facetas de la condición homosexual, ya que la pretensión de evitar su trascendencia social implica una inferencia automática de que tal condición o sus conductas, son contrarias de por sí a la sociedad, o atentatorias de los intereses colectivos (Sentencia *ibidem* argumento No. 6).

En cuanto al uso del espacio público, la Corte Constitucional colombiana manifiesta que estos están destinados al uso común, por ende el Estado de forma neutral debe garantizar el goce y disfrute de estos, facilitando su uso a todos los individuos sin distinciones; solo propendiendo por la utilización adecuada, “reconoce la Corte que en estos espacios se deben asegurar las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que se deben consolidar en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad” (Sentencia *ibidem*), por ende, cualquier exigencia en este sentido debe ser dirigida a todos los ciudadanos sin importar su condición sexual, y no presuponer a priori la alteración del orden social por parte de un grupo específico de ciudadanos, por el mero hecho de suponer en abstracto la lesión de los derechos de los niños y niñas por la manifestación pública de la homosexualidad.

En relación con los comportamientos que deben ser evitados por la administración en los lugares públicos, la sentencia objeto de estudio señaló:

las calles son foros públicos por excelencia, ámbitos en los que la expresión ciudadana es evidente y manifiestamente auténtica, en atención al pluralismo que forma parte de nuestro engranaje social. Por consiguiente, sólo los comportamientos abusivos, exagerados y acosadores de los ciudadanos, son los que pueden llegar a acarrear esa posible vulneración y por consiguiente es ese el comportamiento que se encuentra proscrito y el que debe reprimir la Administración (sentencia *ibidem* argumento No. 7)

Este argumento cobra vital importancia ya que permite la exteriorización de una determinada condición sexual sin ningún otro límite que el ejercicio y goce de los derechos de terceros, equiparando así la opción de vida de personas homosexuales con otras opciones ampliamente aceptadas dentro de nuestra sociedad.

Si bien es cierto al resolver el caso, la Corte Constitucional no accede a las pretensiones del accionante tendientes a la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de la comunidad gay de Neiva, dentro de este proveído, se deja establecido que la expresión de la homosexualidad es una conducta legítima que goza de especial protección por parte del Estado, por lo tanto la exteriorización de la misma en desarrollo del derecho a libre desarrollo de la personalidad no puede ser coartada bajo el entendido de que esta por sí misma lesiona los derechos de terceros. Por último, es necesario destacar que esta sentencia es de gran importancia, ya que abre el debate acerca de los derechos de minorías sexuales, y juega un papel importantísimo ya que permitió en su momento a la comunidad “gay” de Neiva levantar la voz en contra de un acto de la administración que consideró vulneratorio de su derecho fundamental a exteriorizar su condición sexual.

Sentencia T-909/11

Mediante la Sentencia T-909 del primero de diciembre de 2011 con ponencia del magistrado Juan Carlos Henao Pérez, se decide la acción de tutela interpuesta por el señor Andrés Santamaría Garrido contra el centro comercial COSMOCENTRO ubicado en la ciudad de Cali. Los hechos transcritos en la sentencia señalan que el señor Jimmy Moreno y el señor Robbie Pérez, se encontraban en el centro comercial COSMOCENTRO el día 19 de enero de 2011, mientras uno de los amigos del señor Jimmy Moreno retiraba dinero de un cajero electrónico, él y su pareja “se abrazaron y realizaron manifestaciones de afecto” (Sentencia *ibidem*, hecho 1.1.2.), acto seguido se acercaron cinco guardias de seguridad del establecimiento, para manifestarles lo siguiente: “Yo respeto su forma de pensar, pero ustedes tienen que comportarse o sino tienen que retirarse del Centro Comercial, porque aquí hay familias y niños” (Sentencia *ibidem*, hecho 1.1.3), a lo cual uno de los guardias concluyó que si no se retiraban se vería obligado a usar la fuerza.

Ahora bien, respecto del caso concreto, la Corte clarifica que la Constitución de 1991 consagró para el Estado colombiano el derecho de respeto y protección de la autonomía de la voluntad y libertad de elección individual, para los asuntos que determinan la identidad personal, por esto la Carta hace referencia a los derechos a

la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual y la igualdad, como los que enmarcan las garantías constitucionales fundamentales de la autonomía y la libre elección individual, permitiéndose optar por determinada orientación sexual, legitimándose así esta elección desde la propia constitución.

Referente a la dignidad humana la Corte expresa, que esta es un fundamento que justifica la existencia del Estado, la dignidad humana entendida como una expresión de autonomía individual y capacidad de autodeterminación, expresión de ciertas condiciones materiales de existencia o manifestación de la intangibilidad física y moral⁴. El núcleo esencial de la dignidad humana supone que la persona sea tratada conforme a su naturaleza humana, propendiendo el Estado dentro de sus fines esenciales preservar la libertad, la autonomía, la integridad física y moral (Sentencia T-804 de 2014), prohibiendo cualquier tipo de trato degradante que atente contra la dignidad de la persona, en este orden de ideas la dignidad humana, lleva intrínseca la premisa de que cada individuo debe ser aceptado tal cual es y no como la sociedad quiere que este sea.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 constitucional, consiste en la posibilidad que tiene toda persona para elegir el plan de vida y desarrollar su personalidad de manera libre conforme a sus propios intereses, deseos y convicciones (Argumento 4.4. Sentencia T-562 de 2013). Este derecho es entendido como la no injerencia por parte del Estado en materias subjetivas de los individuos que no atenten contra la convivencia y el orden social, este derecho es la protección que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse y darse sus propias normas según su propio plan de vida, siempre y cuando no afecten el ordenamiento jurídico ni derechos de terceros⁵.

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad propende por la defensa de la autonomía personal y el respeto por las decisiones del individuo orientadas a materializar su plan de vida, es el individuo quien define, sin interferencias externas provenientes de terceros, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana (Sentencia T-067 de 1998).

Así las cosas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, permite a cada persona fijarse sus propias metas de acuerdo con sus propias convicciones, en este sentido, este derecho consiste en la facultad discrecional que tiene todo individuo

4 Al respecto la Sentencia T-881 de 2002 M.P Dr. Eduardo Montealegre Lynett, establece lo siguiente: “tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.

5 Al respecto ver sentencias T-097 de 1994, C-481 de 1998 y la T-268 de 2000.

de autodeterminarse, de escoger sus opciones vitales sin ningún tipo de intromisión o interferencia, de desplegar su propio plan de vida y darse sus propias normas con respeto de los parámetros constitucionales. En ejercicio de esta garantía constitucional cada persona es autónoma para adoptar un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses (Sentencia T-918 de 2012), garantizando el Estado el ambiente propicio para que los individuos puedan llevar a cabo el desarrollo de planes de vitales con un mínimo de intromisiones y un máximo de libertades.

En torno a la garantía de la autonomía y la libre elección individual, concerniente a la esfera más interna del individuo que no represente una lesión a un derecho ajeno o un riesgo para la sociedad, se protege con la consagración del derecho a la intimidad⁶. La Corte en sus proveídos ha entendido el derecho a la intimidad como el espacio de la vida privada de una persona, no susceptible de la interferencia arbitraria de terceros o del mismo Estado, se concreta en el derecho de la persona de actuar libremente en su esfera más privada; en el ejercicio de la libertad personal y familiar. La intimidad le permite al individuo exigir de los demás el respeto del modelo de vida escogido para sí, y en el cual no caben intromisiones externas:

El núcleo esencial del derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural (Sentencia T-889 de 2009).

Así las cosas, el derecho a la intimidad permite al individuo salvaguardar para sí sus creencias, convicciones y pensamientos, de las intromisiones abusivas e irrespetuosas de terceros o del Estado⁷.

Si bien es cierto la libertad individual es un derecho, esta no presupone un derecho absoluto, a lo cual la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que esta puede ser limitada o restringida conforme a los siguientes supuestos: i) debe tener fundamento en bienes constitucionales, ii) contar con autorización en la ley, iii) su configuración concreta deberá ser razonable y proporcional, iv) y en ningún caso tales limitaciones pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, con el pretexto de proteger los intereses generales (Sentencia C-542 de 1993), por ende según lo anterior toda limitación a la libertad individual debe tener un sustento constitucional fuerte y legítimo, a lo cual debe resaltarse que en ningún caso la limitación puede trasgredir la posibilidad del individuo de autodeterminarse según sus propias convicciones.

6 Contemplado en el artículo 15 de la Constitución el cual en su inciso primero reza lo siguiente: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”.

7 Las sentencias T-696 de 1996, T-169 de 2000 y T-1233 de 2001 han indicado las formas en que se vulnera el derecho a la intimidad de una persona.

Una vez analizada la autonomía de la voluntad y libertad de elección individual, para los asuntos que determinan la identidad personal como fundamento constitucional de la elección del individuo de determinada orientación sexual, la Corte entra a estudiar el derecho a la igualdad y la no discriminación, como fundamentos adicionales que permiten a las personas homosexuales expresar públicamente su afecto, al respecto debemos precisar que todos somos libres e iguales constitucionalmente frente a los demás, lo que lleva inmerso la posibilidad de actuar y sentir de una manera distinta a la de la mayoría (Sentencia T 124 de 1998).

Referente a la igualdad, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico, esta es reconocida como principio, derecho fundamental y garantía: “la jurisprudencia constitucional ha visto en la igualdad y la no discriminación una pieza básica del entendimiento del Derecho y de los derechos” (Sentencia T-909 de 2011), dejando en claro que en Colombia está prohibida la discriminación, en el entendido que está lleva inmersa un trato distinto e ilegítimo, que busca perjudicar, anular, dominar y marginar a una persona o un grupo de personas, basándose en prejuicios y estereotipos infundados por la sociedad y que han sido perpetuados de forma cultural.

La homosexualidad como opción legítima y constitucionalmente protegida

Históricamente los homosexuales han sido un grupo segregado por la cultura mayoritaria, razón por la cual se han visto obligados a vivir al margen de la sociedad so pena de sufrir rechazo y ser sujetos de escarnio, debiendo soportar injustamente una fuerte estigmatización social, por parte de una cultura conservadora que se niega aceptar la diferencia y el rompimiento de paradigmas religiosos.

En Colombia el principio del pluralismo y la prohibición expresa de la discriminación, dan soporte y cabida a las orientaciones sexuales distintas, entendiendo la sexualidad como un componente del resorte más íntimo e interno de la personalidad de un individuo, por lo cual su goce y expresión se encuentran amparados por el derecho de libertad individual.

Es así como, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha sostenido, la no existencia de un sustento normativo que permita discriminar a una persona por su orientación sexual, por ende, cualquier tipo de discriminación en contra de los homosexuales se torna ilegítima, debido a que no existe ninguna justificación que torne legítimo el sometimiento de las parejas del mismo sexo a un régimen incompatible como su plan de vida (Sentencia C-811 de 2007). Un Estado constitucional y respetuoso de la dignidad y las libertades individuales debe propender por garantizar las mismas condiciones a todos los ciudadanos sin hacer distinciones basadas en criterios de discriminación sospechosos, en este respecto la Corte en Sentencia T-301 de 2004 en torno al papel del Estado recalcó que este es:

garante del ejercicio plural de los derechos en la sociedad, tiene el deber de permanecer neutral frente a las opciones sexuales de los individuos

que no vulnere derechos de terceros. Es más, se activa su deber tutelar de los derechos fundamentales frente a las decisiones administrativas que segreguen a un sujeto o grupo de ellos con ocasión de la opción sexual por ellos elegida (Sentencia T-301 de 2004).

Así las cosas, la elección de un individuo de determinada opción sexual, constituye una elección esencial de la autoconstrucción de un proyecto de vida, protegido por el derecho que tiene toda persona de autodeterminarse según sus propias convicciones y de vivir según su plan de vida.

La escogencia de determinada orientación sexual encuentra sustento en la Sentencia T-435 de 2002 donde se establece la prohibición del Estado y la sociedad de “obstruir el libre proceso de formación de una específica identidad sexual, pues ello conduciría a aceptar como válido el extrañamiento y la negación de las personas respecto de ellas mismas por razones asociadas a una política estatal contingente” (Sentencia T-435 de 2002); cabe resaltar que en distintas ocasiones la Corte Constitucional ha determinado mediante su jurisprudencia que la orientación sexual se enmarca como una categoría sospechosa de discriminación, por cuanto todo tratamiento diferencial fundado en ese criterio se presume como discriminatorio, a menos que pueda justificarse con la aplicación de un test estricto de proporcionalidad (Sentencia T-291 de 2016).

Dentro de la Sentencia T-909 de 2011, la Corte establece la homosexualidad como una expresión diversa de la sexualidad, propia del individuo y garantizada por medio de la Constitución desde tres perspectivas:

i) como contenido que ampara la libre disposición, artículos primero, es decir, ingrediente de la dignidad humana como fundamento del Estado social de derecho, quinto, derecho inalienable de la persona, quince, derecho fundamental de la esfera más íntima del sujeto, dieciséis, marca nuclear del libre desarrollo de la personalidad; ii) como contenido igualitario y no discriminatorio, artículos quinto y trece, para un reconocimiento de tales derechos y un trato igual ante una diversidad personalísima que no amerita regulación diferenciada y que en caso de hacerlo se encamine hacia una protección especial por ser sujetos sometidos a condiciones de debilidad manifiesta; iii) como obligaciones reflejas, el mandato de acción negativa o de no interferencia y el mandato de acción positiva de especial protección, artículos segundo, quinto y sexto, en cuanto parte de los fines esenciales del Estado, de su razón de ser y fundamento de sus reglas (Sentencia T-909 de 2011).

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional vía jurisprudencia se ha pronunciado sobre los derechos fundamentales de los homosexuales, sentando precedentes que permiten a los operadores jurídicos hacer aproximaciones al tema y conocer la realidad jurídica de una población, visibilizada y empoderada de derechos con la Constitución de 1991.

La homosexualidad es una condición del individuo que implica la elección de un plan de vida tan respetable y válido como cualquiera, en la cual el sujeto que lo adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida (Sentencia T-101 de 1998). Los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, por lo que cualquier tipo de conducta tendiente a marginarles por razones de sexo atenta de forma grave contra los postulados de igualdad consagrados en el artículo 13 de la Constitución⁸.

La orientación sexual de la persona pertenece a su esfera más íntima, solo concierne a esta y no se encuentra relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función, es por esto que en un Estado social y democrático como el colombiano, respetuoso de la dignidad humana y de la autonomía personal, se prohíbe cualquier tipo de discriminación que se funde en la orientación sexual, estando prohibida las discriminaciones a los homosexuales por ir en contra del principio de igualdad y respeto a todas las personas, es por ello que el “homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable”⁹.

La homosexualidad no puede ser considerada como una enfermedad, ni una anomalía patológica, que deba ser tratada o combatida, si no que esta constituye una opción sexual legítima, estableciéndose como un elemento esencial e íntimo de la identidad de la persona, por ende goza, como ya se dijo, de una especial protección constitucional en virtud de la fuerza normativa de la igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ambos contemplados como fundamentales dentro de la Carta (Sentencia C-481 de 1998), así las cosas en una sociedad respetuosa de la dignidad y la autonomía de la persona, la homosexualidad es una conducta que si bien no es mayoritaria, es legítima, merecedora de respeto y protección por parte del Estado.

El principio democrático de la voluntad de las mayorías no puede dar pie al desconocimiento de los derechos de los homosexuales, propiciando la marginación e invisibilización de esta población. El principio de igualdad se opone de manera tajante a la utilización de mecanismos jurídicos normativos que permitan o intenten subyugar a una minoría que no comparte los gustos e inclinaciones heterosexuales, es así como desde la Carta Constitucional se impide el desarrollo de iniciativas tendientes a discriminar a la población homosexual. Si bien es cierto de manera expresa en la Constitución no se contemplan los derechos de los homosexuales, esto no significa que esta población deba ser desconocida ni da pie para que se sigan perpetuando en el tiempo prácticas discriminadoras ni tampoco significa que estos puedan ser desconocidos o invisibilizados por las instituciones estatales, dado que,

8 Respecto del derecho fundamental a la igualdad véase artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, artículo 2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 1 Declaración Universal de Derechos Humanos.

9 Sentencias T-301 de 2004, T-097 de 1994 y C-481 de 1998.

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 (Sentencia C-336 de 2008).

Cabe señalar que una determinada orientación sexual constituye un asunto que pertenece a la esfera más interna de la autonomía personal, es por ello que en desarrollo del principio de igualdad, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana, puede un individuo optar por la orientación sexual de su escogencia, sin encontrar limitante más que en el orden público y los derechos de los demás, a este respecto la Corte en Sentencia C-481 de 1998 estableció:

La preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual – entre ellas la homosexual– hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social”. Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto (Sentencia C-481 de 1998).

El ejercicio del libre desarrollo de la personalidad conlleva en sí mismo, el despliegue de la capacidad del individuo de autodeterminarse, optando por la opción de vida que considere más adecuada a sus intereses, es así como el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de la orientación sexual que ostenten, ya que la diferencia de trato ante la ley basada exclusivamente en razón de la orientación sexual de las personas –como lo ha señalado la Corte–, implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana (Sentencia C-336 de 2008). El libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que un individuo toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida acorde a sus necesidades y de una visión de su dignidad como persona.

Prohibición a los particulares de censurar expresiones homosexuales en lugares públicos

En los hechos que dan origen a la Sentencia T-909 de 2011 objeto de estudio, se debe recalcar que la conducta reprochada por los guardias de seguridad del centro comercial, la cual consistía según los hechos que originan la acción de tutela, en besos efectuados por una pareja de hombres, no es un acto que este proscrito en el ordenamiento jurídico, el cual es ejecutado dentro del margen de la libertad y la garantía de no intervención, por ende la prohibición de la conducta en comento, se traduce en una vulneración de la dignidad humana, cuando se trasgrede el vivir como se quiere¹⁰, edificando barreras alrededor de la libertad individual.

Es necesario mencionar que los besos románticos en lugares públicos no están tipificados como delito en el Código Penal colombiano, de igual forma el Código Nacional de Policía no establece contravención en contra de los besos románticos en público, besarse de modo romántico con la pareja, sea o no homosexual, hace parte de los espacios de libertad individual que toda persona natural posee a la luz de su dignidad para vivir como se quiere, para su libre desarrollo personal y para el derecho a no ser molestado en esa elección específica que sólo a él o ella interesa (Sentencia *ibídem*).

Teniendo de presente todo lo anterior, la Corte Constitucional en este proveído, concluye a que a los impetrantes les fue restringido de manera ilegítima, por el personal de seguridad del centro comercial, el derecho a expresar libremente sus opciones vitales derivadas de su dignidad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, porque si bien, el beso entre dos personas del mismo sexo es una conducta poco usual, esta no pone en riesgo los derechos de los demás, los derechos de los niños ni contraviene el ordenamiento jurídico, ya que no es más que expresión de su orientación sexual en un lugar público. Es por esto por lo que los guardias de seguridad y los particulares no pueden impedir a una pareja homosexual manifestar su afecto en público apelando a prejuicios, que trasgreden los derechos de estas parejas; vulnerado con esto el derecho a la igualdad y configurando una clara violación a los principios de libertad y autonomía individual, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

CONCLUSIÓN

Las personas sin importar su condición sexual pueden manifestar de manera libre y pública su afecto hacia otro individuo, indistinto de si pertenece o no a su mismo sexo, exteriorizando su orientación sexual, teniendo el Estado el deber de garantizar y proteger estas expresiones de la personalidad de la arbitrariedad de los particulares. Esta potestad se concreta en un derecho innominado a las manifestaciones públicas

¹⁰ Sentencia T-881 de 2002 .

de afecto de las personas del mismo sexo por fuera de espacios cerrados, estando vinculado, este derecho de manera estrecha con la dignidad, libre desarrollo de la personalidad, y la libertad individual.

Es nutrida la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se encarga de reconocer a las minorías sus derechos, pero el camino que debemos recorrer para la construcción de una sociedad más igualitaria es largo y lleno de prejuicios que solo por medio de la educación e implementación de políticas públicas se podrán romper, por ello, teniendo presente que la academia y la educación son la principal arma contra la ignorancia y los prejuicios, este tipo de trabajos de investigación cobran especial importancia, debido a que visibilizan poblaciones otrora relegadas a la clandestinidad y al olvido, dejando en el lector la pequeña semilla que sin importar las diferencias, todos los seres humanos somos iguales.

REFERENCIAS

- Sierra, D., y Gómez, M. C. (2011). Ideas básicas del concepto: derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos sociales, en el constitucionalismo colombiano. *Estudios de derecho*, 68(152).
- Ferrajoli, L. (2010). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, S.A.
- Pinto, J. I. (2000). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*. Universidad Complutense de Madrid.
- Rodríguez Joaquín, T. M. (2000). *Principios, fines y derechos fundamentales*. Dykinson.
- Corte Constitucional. Sentencia T-491 de 1992 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992 Magistrado Ponente. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia T-542 de 1993 Magistrado Ponente. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. Sentencia T-309 de 1997 Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-067 de 1998 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998 Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 1998 Magistrado Ponente. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1998 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2000 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional. Sentencia T-435 de 2002 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2004 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-336 de 2008 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-889 de 2011 Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional. Sentencia T-909 de 2011 Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional. Sentencia T-918 de 2012 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-562 de 2013 Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-804 de 2014 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2016 Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.