


de los derechos del trabajo

Boletín de derechos humanos de las trabajadoras y trabajadores colombianos / Diciembre 2006 / N° 9

OBSERVATORIO

- 
- ❑ Violaciones a los derechos humanos de personas lesbianas, bisexuales, transgeneristas y gays en Colombia
 - ❑ Discriminación laboral por opción sexual: retos y perspectivas para la agenda pública y social
 - ❑ La Corte Constitucional Colombiana y los derechos al trabajo y a la seguridad social de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas

Contenido

“De hombre a hombre” Luis González de Alba	1
Violaciones a los derechos humanos de personas lesbianas, bisexuales, transgeneristas y gays en Colombia Guillermo Correa	3
Discriminación laboral por opción sexual: retos y perspectivas para la agenda pública y social Elver Fernando Herrera Arenas	11
La Corte Constitucional Colombiana y los derechos al trabajo y a la seguridad social de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas Andrés Felipe Sánchez	18



Fotografía: Luis Norberto Ríos Navarro

OBSERVATORIO
de los derechos del trabajo

Nº 9

Diciembre 2006



ESCUELA NACIONAL SINDICAL

Calle 51 N° 55-78

Tel: 513 31 00 - Fax: 512 23 30

Correo electrónico:

fondoeditorial@ens.org.co

A.A. 12175

Medellín-Colombia

Director General

José Luciano Sanín Vásquez

Director Académico

Luis Norberto Ríos

Director Área de Defensa
de Derechos Humanos y Laborales
Elver Fernando Herrera Arenas

Editor:

Juan Bernardo Rosado Duque

Fotografía de Portada:

Luis Norberto Ríos Navarro



UNIÓN EUROPEA

Este boletín se ha realizado con la asistencia técnica de la Unión Europea. Los puntos de vista que en él se exponen reflejan exclusivamente la opinión de la Escuela Nacional Sindical y, por tanto, no representan, en ningún caso, el punto de vista oficial de la Comisión Europea.

“De hombre a hombre”

Debemos hablar
de hombre a hombre,
le dije en la cantina a su amigo
el día caluroso en que celebraban
con cervezas y ceviche
el primer aniversario
de haberse conocido;
la verdad,
yo no soy puto,
aquella vez
en los baños Jordán,
pues... yo andaba caliente
y tú tienes muy bonitas nalgas;
además,
mientras te inclinabas sobre la banca de
masaje
a lavarte los pies,
se te abría el culo rosadito
en el que tienes tan poquitos pelos y,
pues uno es hombre,
por eso te seguí al cuarto de vapor
donde te gocé de prisa
y mirando de reojo la puerta cerrada.
Dos veces te la saqué con sobresalto
y disimulamos
mientras el otro volvía a salir.

Pero ya en el taller me hacen burla
los muchachos,
pues sólo me ven contigo;
un día tendré que pelearme,
no se la empiecen a creer de veras,
y la hija del patrón me coquetea,
así que voy a probar suerte con ella.
Sobre todo —dijo mirando su cerveza—
ya hace un año y..
—la voz se le quebró un poco
y los bonitos ojos negros le brillaron más
con unas incipientes lágrimas—
no me vaya yo a encular de ti,
así que ya le paramos.

Pareció que el ruido de la cantina
se hubiera apagado
y la deslumbrante luz del mediodía
sobre las paredes pintadas
de un horrible azul de aceite
se llenara de pequeños arco iris.
Cuando se abrazaron llorando,
tirando las botellas vacías,
el mesero recibió la orden del cajero:
no les sirvas a la ocho
porque ya están pedos.

Luis González de Alba

Violaciones a los derechos humanos de personas lesbianas, bisexuales, transgeneristas y gays en Colombia

Por:
Guillermo Correa
Director Área de Investigaciones
Escuela Nacional Sindial

Algunas consideraciones preliminares

La larga tradición de violaciones a los derechos humanos en Colombia y la constante histórica de impunidad frente a las mismas, ha terminado por instalar una imagen tan relativizada y confusa que hoy la gravedad de cualquier situación se valida y legítima en relación a las estadísticas que sean susceptibles de verificarse. Mientras las cifras de asesinatos se configuran en el indicador de los avances o retrocesos en la materia y a las víctimas les corresponde demostrar la veracidad de los hechos, los victimarios se camuflan en el dilatado escenario de certificaciones y pruebas. Del mismo modo la complejidad de las violaciones a los derechos humanos ha terminado por confundirse con la ligereza de las estadísticas y la existencia prolongada e ininterrumpida de un conflicto armado, se ha convertido en la causa argumentativa de cualquier hecho violento; (en este país hay muertos por que hay conflicto, amenazan a

las personas por que hay conflicto, desaparecen los travestis porque hay conflicto).

Esta sangrienta historia nos ha ubicado como lo nombra Rosana Reguillo en una competencia por el peor horror, trivializando a su paso las violencias cotidianas, las violencias que eliminan al sujeto sin dejar señales de algún cadáver, las violencias con las que a diario nos enfrentamos sin que ellas merezcan una acción preventiva o una reflexión académica. Ahora bien, si consideramos que en Colombia no existen registros sistemáticos sobre violaciones a los derechos humanos de personas lesbianas, gays, travestis y bisexuales (LGTB) y en particular que el concepto de derechos humanos para el sector aún no es muy claro para algunas instituciones y organizaciones del país, hablar de violaciones constituye para muchos un asunto retórico sobre el cual en ocasiones es poco probable encontrar evidencias y verdades jurídicas.

Ser gay, lesbiana, bisexual, travestí o transgenerista en Colombia

Como lo afirma Didier Eribon¹ las figuras de la homosexualidad son siempre específicas, de situaciones culturales determinadas y si bien hacemos referencia a un mismo territorio nacional, la complejidad cultural y étnica del país obliga a que sea necesario establecer algunas especificaciones en términos del ser LGBT. En este sentido es necesario considerar que la manifestación de la diversidad sexual con todas las contradicciones y formas de violencia manifiestas y simbólicas derivadas, solo ha sido posible en las grandes ciudades² del país donde hombres, mujeres, travestis y transexuales han logrado conquistar algunos territorios en los cuales intermitentemente pueden manifestar libremente sus identidades, afectos, placeres y deseos sin ser violentados, o sentenciados a muerte, aunque por fuera de estas espacialidades siguen siendo víctimas de todo tipo de violaciones. En cada una de estas ciudades la experiencia del ser LGBT esta mediatizada por los contextos culturales particulares y por los circuitos o grupos sociales que se han logrado consolidar, en este sentido la experiencia del odio homofóbico esta relacionada con la posibilidad de encontrar lazos sociales que permitan establecer solidaridades y respaldos, y a su vez vivir determinada experiencia sexual con la protección y seguridad que la pertenencia a

un grupo cultural específico representa y con las conquistas que estos mismos grupos han conseguido en las ciudades. De tal modo al hablar de la homofobia en un país tan heterogéneo y diverso como el nuestro es necesario ubicar siempre los enclaves culturales y los contextos donde esta tiene lugar.

Por fuera de estas ciudades la experiencia de una sexualidad al margen de un orden heterosexual y la posibilidad de construirse subjetivamente con una identidad particular está sujeta al coraje y valentía propio que hombres, mujeres y transgeneristas puedan adquirir y al despliegue de estrategias que puedan establecer para vivir una experiencia de sexualidad particular sin ser vistos, para camuflar una corporalidad sin ser rechazados, para esconder los afectos o para proveerse diversión entre pares sin ser condenados públicamente.

Víctimas de violencias disciplinantes

Frente a la reflexión por los crímenes de odio homofóbico y otras violencias, la pregunta por los victimarios se constituye en elemento central de la discusión. ¿De dónde o de quiénes proviene la violencia ejercida contra los LGBT? En primer lugar es necesario puntualizar que los actores de la violencia en Colombia son tan diversos, difusos y complejos como sus acciones y causas, y en segundo lugar, que los múltiples y singulares conflictos

1. Didier Eribon, Reflexiones sobre la cuestión gay.

2. Una cartografía de los territorios habitados, conquistados y apropiados con el sello LGBT tendría por lo tanto un recorrido a diferentes escalas, inicialmente por las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali y Pereira, donde se logra rastrear la configuración de emergencias culturales con marcación propia; a otro nivel estarían las ciudades costeras, Barranquilla, Cartagena y algunas otras ciudades intermedias donde aparece una apropiación de espacialidades con cierta timidez y suficiente precaución.

armados que se han deslizado y entrecruzado con la historia del país, han marginado, trivializado y reducido las múltiples violencias ocurridas cotidianamente, incluso llegando a legitimar cierto uso de la violencia como forma de resolver las tensiones y contradicciones sociales.

En esta dirección es necesario plantear que la violencia contra los LGBT proviene de de escenarios y victimarios tan diversos que deviene en múltiples formas y modalidades utilizados para castigar, desconocer, anular, invisibilizar u ocultar la presencia de los LGBT en la sociedad colombiana.

La cultura colombiana, si bien no constituye de ningún modo un bloque monolítico, se ha construido homogéneamente en la noción de una sexualidad heterosexual, que ha sido erigida como la sexualidad regular a partir de la cual se ha llegado a identificar lo heterosexual como la sexualidad misma, y desde allí se han construido al margen lo que nombra Foucault como las sexualidades periféricas, aquellas que escapan de ese orden regular y por lo tanto son susceptibles de descalificación, reorientación o negación. Las instituciones colombianas han reforzado históricamente la idea de la sexualidad regular como aquella única sexualidad donde se construyen los afectos, las identidades, la familia, y se reproduce la sociedad. Las instituciones educativas han mantenido y continúan haciéndolo, una referencia única de la sexualidad y cuando introducen el tema lo hacen con cierto tratamiento, con cierta precaución, con cierto temor de reproducir sexualidades

que se han desviado. La iglesia, institución tradicionalmente ligada a la sostenibilidad de la estructura social y de una alta influencia cultural en la formación de mentalidades, en la construcción de nociones fundamentales como la familia, el amor, la relación de pareja, entre otros, ha rechazado de manera radical cualquier participación protagónica de las personas LGBT en las instituciones sociales, negándose contundentemente a la posibilidad de que los LGBT puedan conformar familias, puedan liderar procesos educativos, procesos religiosos, incluso puedan disfrutar de sus deseos y sus pasiones de formas legítimas.

“¿Matrimonio entre homosexuales? Nuevo proyecto de ley cursa en el Senado contra la familia, el matrimonio y la naturaleza humana.

“Damos la voz de alarma a todos los colombianos ante un proyecto de ley que cursa en el Senado ‘por el cual se reconoce las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos’ [...] rechazamos sin embargo asimilar la unión homosexual al ‘matrimonio’ y considerar que tal unión es un bien, algo loable, digno de fomento y amparo legal específico y que se difunda masivamente a través del sistema educativo [...] El proyecto es contrario a la naturaleza, la cual establece la diferenciación y complementariedad entre el varón y la mujer, para que por medio de su unión, se pueda transmitir la vida y conservar la especie. En cambio, la unión entre personas del mismo sexo no es ni anatómica ni fisiológicamente viable, y por ello no puede recibir protección del Estado como se da a las uniones naturales”.³

3. Campaña liderada por la iglesia católica, rectores de universidades católicas y varias personalidades del país en contra del proyecto de ley de parejas, proyecto que fue rechazado en el Congreso de la República. El Tiempo, lunes 18 de noviembre de 2002, pp. 2-5.

Los LGBT se han convertido paulatinamente en la obsesión de la Iglesia, instaurando imaginarios confusos y descalificadores, retomando los clásicos argumentos de la anormalidad o antinaturalidad de sus relaciones, alimentado representaciones sociales para rechazar sus prácticas, aunque afirmen respetar a los sujetos pero se nieguen a tolerar sus prácticas amorosas. La familia sometida a toda esta serie de tensiones y confusiones es temerosa a cualquier manifestación de una sexualidad por fuera de este orden regular, recurre a todas las estrategias para que su hijo o hija se normalice o en la situación extrema se niega a tener en casa a un desviado, a alguien que los pondrá en entredicho ante la mirada social.

De este modo desde la cultura particular en la cual se inscriben, las instituciones sociales van configurando su subjetividad, y la familia en la que inician su proceso de socialización, las personas LGBT van encontrando un mundo hostil que le va enseñando y remarcando su diferencia y su posición inferiorizada en la sociedad, un mundo experimentado por violencias cotidianas y por forcejeos para impedir su libre expresión, pero de otro lado las personas LGBT se encuentran en el ojo del huracán de los diversos grupos armados y delincuenciales que cohabitan en el país. Y es necesario establecer que los LGBT no son víctimas colaterales de los conflictos que ha presenciado y continua presenciando el país, la violencia contra los LGBT es una violencia discriminada, directa y contundente, una violencia disciplinante que quiere borrar lo que ellos representan: 'desviaciones, trasgresiones sociales', una violencia disciplinante que intenciona obligar a retomar el camino de lo

regular o eliminar las evidencias de su manifestación. A los LGBT no se les amenaza, se les asesina, por su orientación política como regla general, no se les considera de izquierda o de derecha, no son objetivos políticos de ningún grupo armado, son condenados a muerte o a toda clase de tratos crueles o vejaciones por poseer un realidad sexual diferente del orden heterosexual y por atreverse a manifestarla. Tanto paramilitares como guerrilla en diversas regiones del país los han declarado objetivo militar de lo que ellos denominan limpieza social, tanto policías como ejército o bandas delincuenciales los hostigan, los agreden por su presencia pública, por la supuesta molestia que ocasiona en los parques y calles de las ciudades colombianas.

Matar, rematar y contramatar

Sólo con observar algunos casos de los múltiples que a diario ocurren en el país y más allá de los listados de muertos y estadísticas de violaciones, la barbarie y atrocidad de la violencia ejercida contra las personas LGBT nos ponen de frente a una realidad de formas hiperbólicas de deshumanización de las víctimas y al odio irracional de la intolerancia social:

- En el mes de octubre del 2005 en la ciudad de Medellín fue torturado y asesinado, Luis Fernando Toro, hombre homosexual de 42 años; fue encontrado muerto en su apartamento con señales visibles de tortura, sus glúteos fueron quemados y marcados con una parrilla.
- Javier, un profesor jubilado del barrio Castilla de la ciudad de Medellín, hombre homosexual de 58 años fue asesinado

- en su casa después de que le propinaran múltiples puñaladas en su cuerpo.
- Roberto Manuel Montes Durango, hombre homosexual de veintisiete años de edad, quien se desempeñaba como profesor de baile, fue asesinado en la casa de su madre en el barrio Urapanes del municipio de Bello, área metropolitana de la ciudad de Medellín. Roberto recibió 32 puñaladas en su cuerpo.
 - El 8 de octubre del 2005, en el barrio Popular N° 2 de la Comuna Nororiental de la ciudad de Medellín, fue encontrado desnucado, el cadáver de Rubén Echevarría, hombre homosexual, líder comunitario y vendedor de chance.
 - El 12 de octubre en horas de la noche fue asesinada de un impacto de bala Sandra, una joven travesti de la ciudad de Medellín, la misma noche su compañera de trabajo Vanesa, registrada con el nombre de Luis Fernando Patiño, fue víctima de un atentado contra su vida, al recibir dos impactos de bala que le desfiguraron el rostro. Vanesa de dieciocho años de edad y Sandra trabajaban en prostitución en el sector de Sandiego lugar céntrico de la ciudad de Medellín.
 - El 15 de octubre fue asesinado Francisco, después de recibir 32 puñaladas en su cuerpo. Francisco fue asesinado en su apartamento de la urbanización Torres de San Sebastián, ubicado en el sector de Sandiego de la ciudad de Medellín.
 - El 16 de octubre fue asesinado un hombre homosexual apodado "Natacha", en el municipio de Angelópolis al suroeste de la ciudad de Medellín. Natacha trabajaba como estilista.
 - En el 2002 a un joven homosexual lo asesinaron en el municipio de Caldas pegándole varias puñaladas en el ano, le cercenaron el pene y se lo introdujeron en su boca.
 - Un estilista travesti invitó a una cena especial a un amigo que hacía algunos días había conocido, el amigo llegó con otro compañero, la ahorcaron, le dieron puntapiés, la amarraron y le dejaron una fotografía en sus pies de una de sus presentaciones como travesti.
 - Tito fue violado por su padre al confesarle su homosexualidad para enseñarle a ser hombre.
 - Marucha un jovencito homosexual de poca edad fue violado en la estación de policía del Metro por un sujeto que se encontraba en la celda, días después en el parque Bolívar abordó un vehículo con un hombre que lo invitó para el municipio de Barbosa, allí fue violado y más tarde encontrado asesinado con un palo incrustado en el ano.
- Estas historias parecen competir por las imágenes del peor horror, cada una de ellas y las innumerables que aquí no se han nombrado reposan solo en los silencios de aquellos sujetos cercanos que acompañaron a las víctimas, algunos ya han sido olvidados, otros nunca serán nombrados porque sus cuerpos poco importan en una sociedad que estratifica la dignidad humana, sobre los cadáveres y las cicatrices de muchos de ellos la sociedad colombiana guarda un silencio pasmódico y un afán de olvido.
- Si bien, las formas y modalidades de las violencias ejercidas contra los hombres gay,

mujeres lesbianas, transgeneristas y travestis son diversas y complejas, sobre cada una de ellas es posible leer y observar algunas características que vinculan a la mayoría de los victimarios. En primer lugar las acciones violentas son una negación del sujeto y de la humanidad de la víctima vinculada a una práctica sexual irregular o a una forma de ser que se le considera como lesionadora de la sociedad. Negar su sexualidad, sus placeres, sus transformaciones, sus modos particulares es una forma contundente de borrar al sujeto, de anular su presencia en la sociedad. En segundo lugar es una violencia ejemplificadora, una violencia disciplinante, cada víctima es un mensaje directo y contundente, cada marca en el cuerpo es un código enviado a toda una comunidad de individuos que comparten una misma condición, un mensaje que dice en voz alta "continúen así, no cambien y esto también les pasará a ustedes".

En el mismo sentido las inscripciones en el cuerpo de la víctima son representaciones del odio de los victimarios, una representación de la forma como los victimarios construyen a quienes consideran un oprobio para la sociedad que de igual forma nos habla de la forma como han construido una idea de su propia sexualidad, una sexualidad que no permite ninguna clase de trasgresión y es precisamente ese acto prohibido que en ocasiones el alcohol a algún alucinógeno permite liberar (aunque no sea particularmente la única justificación) el que determina la sentencia a su víctima. La prueba de la trasgresión es borrada, anulada con todo el rigor posible, la mutilación de los órganos genitales, las puñaladas reiterativas en el ano son signos de esa

pretensión, son formas de borrar y formas de liberar al victimario de esa falta a su sexualidad "normalizada".

Por otro lado es necesario leer estos crímenes en la relación con el juego de poder y las estrategias de dominación, los victimarios infringen generalmente a sus víctimas toda clase de vejámenes, maltratos y humillaciones señalándoles cual es su posición, recordándoles su desventaja e inferioridad en el mundo sexual, a los pervertidos hay que castigarlos, dominarlos, hacerles sentir quiénes son los que tienen el poder en sus penes, en sus bolillos o en sus uniformes, y a su vez comunicándoles todo el desprecio que les merecen, todo el repudio que les generan su sola presencia y apariencia y en particular toda la vergüenza que les deriva el haber tenido algún contacto con ellos o ellas.

Otro elemento central es necesario ubicarlo en la tergiversación, trivialización y justificación de estos crímenes. Cada que aparece una víctima las versiones señalan con cierto desprecio al amante, el novio o similar como el responsable, o se invoca la justificación frente a su afeminamiento o promiscuidad como causales de tal acto, (se lo merecía por perra, por puta, por loca) o se interpreta la violación como un asunto de delincuencia común, generalmente asimilado como víctimas de robos por indefensión. Sumándole al hecho que la noticia se transfigura en las múltiples versiones dramáticas y trivializadoras, terminando por interpretarse como asunto de venganzas pasionales o faltas de precaución.

En un artículo publicado recientemente por el periódico El Tiempo⁴ se señalan algu-

4. Asesinos de gays en Bogotá. El Tiempo, 2006.

nas particularidades en las investigaciones forenses sobre muertes por asfixia mecánica en Bogotá. Según las declaraciones de uno de los médicos después de analizar varios de los casos descubrió que la gran mayoría de las víctimas eran homosexuales que presentaban patrones similares: las víctimas eran hombres mayores de 40 años, con estabilidad económica, atacados en sus residencias, en su mayoría habitantes del sector de chapinero, encontrados desnudos, con evidencias de actividad sexual y en gran porcentaje muertos por asfixia mecánica. De acuerdo con las investigaciones forenses desde el año 2000 han sido asesinados aproximadamente 70 homosexuales en Bogotá. Particularmente las observaciones del forense señalan que colateralmente se presentan móviles de robo como distractores de la acción.

Además de las anteriores referencias es importante señalar que uno de los mayores obstáculos para visibilizar estos crímenes y adoptar medidas preventivas, es que para el sistema penal colombiano, el crimen de odio homofóbico no está tipificado y como tal no constituye un delito susceptible de seguimiento, investigación y justicia.

Homosexuales que importan, locas que se lo merecen

Sobre la complejidad y multiplicidad de violencias infringidas contra la población LGBT es necesario señalar que existen diferencias radicales en cuanto a las formas y sus destinatarios o victimarios. De un lado las violencias simbólicas (injurias, insultos, descalificaciones), resultan ser las violencias cotidianas y de algún modo se aprenden

y transmiten culturalmente infringiéndose contra todos los LGBT y ante la cual el juego de máscaras, invisibilización de la sexualidad o demás estrategias resultan ser la salida protectora. Es una violencia tan banalizada que sus propias víctimas terminan reproduciendo cuando la otra persona es más afeminada o explícita; y del otro lado están las formas sangrientas de crear terror, dolor y muerte. Estas violencias son infringidas de forma general sobre travestís, transgeneristas, homosexuales afeminados y lesbianas masculinizadas. Sobre ellos recae el rigor de la violencia de cierta forma porque se revelan como las figuras más explícitas de la sexualidad, pero además porque sobre sus cuerpos se ha construido una anterior descalificación, la de no encajar en los moldes sociales, la de los cuerpos que se lo merecen, que deben ser reprendidos porque constituyen la prueba fehaciente de que algo “desviado” se muestra a la luz pública: esa trasgresión materializada. Son cuerpos separados, incluso del mismo grupo LGBT, deslegitimados por lo que representan y si hay pobreza de por medio la situación es aún más dramática.

Algunas consideraciones finales

Al iniciar afirmaba con preocupación que en Colombia la gravedad de las violaciones a los derechos humanos se mide de acuerdo al número de muertos; sin embargo, es necesario precisar que esta situación no es aplicable para la población LGBT, y no precisamente porque no hayan cadáveres, sino porque éstos solo parecen importar en alguna medida cuando se trata de una persona prestigiosa; en caso contrario, estas violaciones son olvidadas

y quedan en la total impunidad. Las organizaciones que se preocupan por defender y promover sus derechos humanos trabajan sin ningún respaldo económico, intentando conseguir con proyectos y algunas donaciones avanzar lentamente en la construcción de medidas preventivas, de acciones de investigación en el caso de los crímenes de odio y otras violencias simbólicas. Por todo esto es necesario que las instituciones estatales, las ONG nacionales e internacionales apoyen y fortalezcan el trabajo de estas organizaciones,

además de que este tema de las violaciones y el respeto de los derechos humanos de los LGBT deje de ser solo preocupación de quienes se enfrentan cotidianamente con las violaciones y las instituciones del Estado realicen estrategias de protección y en especial de reconocimiento y respeto a los LGBT, que se diseñen programas de protección específicos y se realicen acciones educativas con educadores, militares y la sociedad en general, para promover una cultura de respeto a la dignidad humana de la población LGBT.

Discriminación laboral por opción sexual: retos y perspectivas para la agenda pública y social

Y el me oyó, estrechó mi mano y me miró a los ojos
 ¡Pero no vio nada!...
 Talvez lo que estaba detrás de mí...
 ¡De mi dolor invisible!
 "Fragmentos"

A la memoria de León Benhur Zuleta Ruiz, Líder del Movimiento de Liberación Homosexual Colombiano. Itagüí, 1952 - Medellín 1993.

Por:
 Elver Fernando Herrera Arenas
 Director del Área Defensa de Derechos Humanos y Laborales
 Escuela Nacional Sindical

Un caso emblemático: Los espejos del problema?

Miguel Antonio García¹ es un santandereano que se desempeña desde hace más de ocho años como auxiliar de enfermería, y ha tenido la oportunidad de trabajar con entidades de salud tanto públicas como privadas en ciudades como Cali, Bogotá y Bucaramanga.

A sus 33 años Miguel sólo se lamenta de una cosa en la vida, y es de haber tenido un acercamiento sexual con uno de los pacientes que estaban a su cargo cuando trabajaba para una prestigiosa clínica de Bucaramanga,

situación que según él, le impidió ubicarse laboralmente por un buen número de años, dado que "salió por la puerta de atrás, sin ningún tipo de referencia ni recomendación y con el estigma de ser un depravado y un terrible trasgresor de los principios de la ética médica y profesional".

Sin embargo, según Miguel, no solo fue el hecho del contacto sexual con el paciente lo que, a su modo de ver las cosas, generó la indignación de los directivos de la clínica, sino el hecho de que el contacto se haya dado en horas y lugar de trabajo, y el paciente fuera "otro hombre" igual a él.

1. El nombre del personaje de esta historia ha sido cambiado.

Este artículo pretende llamar la atención sobre algunos hechos y consideraciones que la situación misma propició en la posterior conducta del trabajador, las actuaciones de la entidad empleadora y la misma posición tomada por personas muy cercanas a la vida privada de Miguel.

“Yo no tuve tiempo, ni oportunidad de nada, cuando menos lo esperé ya estaba fuera de la clínica, además eso de poder controvertir la denuncia hecha a ésta por el mismo paciente fue una cosa de locos, porque él nunca tuvo como probarme nada, pero a mí me tocaba demostrar que no era culpable de la acusación que me estaba haciendo”.

“El me denunció simplemente porque no quise que las cosas fueran más allá, y como sabía que mucha gente sospechaba y otros sabían que yo era gay, aprovechó eso y la gente de una vez asumió que por mi condición era muy probable que el muchacho hablara con la verdad, además... ¿por qué alguien inventaría algo así, exponiéndose a ser catalogado también como homosexual?, ¡la verdad estaba probada... y el muchacho decía la verdad!”

Lógicamente los rumores empezaron a correr y se hablaba del riesgo que corrió el muchacho de ser “desviado” por el enfermero y además, de “todas las cosas que le pudo haber transmitido, porque ¡no fue con una enfermera... fue con un gay!”

Aunque Miguel fue acusado sin pruebas, lo que puede considerarse claramente como un delito contra la integridad y el buen nombre, y la entidad médica nunca tuvo soportes para declarar el despido por causa justa, como

tampoco le garantizó el derecho al debido proceso, él nunca denunció ni al paciente ni al empleador porque “ya tenía el estigma de gay y con seguridad cualquier proceso sería un espacio más para excavar en su intimidad y juzgar su condición, más que para investigar a los denunciados... ¡sería estar en la picota pública por denunciar!”

Y aunque el hecho central a cuestionar tendría más que ver con la violación de las garantías procesales del entrevistado en virtud de su condición, algunos de sus amigos, también de condición gay, consideran que es absurdo asumir algún tipo de defensa de Miguel, porque “así le hayan violado los procedimientos que sean, si él lo hizo, que asuma la imprudencia, además, vergonzoso para él y hasta para su familia ir a denunciar posando de víctima, para que después le juzguen sus intimidades y no pase nada”.

¡Encontrando los nudos del problema!

Este caso, que en realidad puede ser uno de muchos que quedan relegados al frío de la impunidad y a diversos anonimatos, pudo dividir la opinión pública nacional de haber tenido algún cubrimiento de medios, por las muchas formas en que se puede abordar, y porque no solo involucra el tema del ejercicio y vigencia de los derechos de las minorías, sino que toca susceptibilidades y aprehensiones que van de la mano de los imaginarios histórico-culturales, que nuestra sociedad ha venido alimentando y traduciendo en mitologías concretas alrededor del ejercicio de las masculinidades y feminidades, desde las subversiones sexuales y la inter, intra, y

transgeneridad; subversiones que se podrían considerar por muchos transgresoras de instituciones angulares de nuestra sociedad como la familia y la religión.

En términos menos especulativos y más prácticos, ¿puede tener este tipo de casos, implicaciones y connotaciones políticas y no solo de tipo jurídico, social y cultural?; es decir, frente a las relaciones y equilibrios de poder y desde la forma como se formulan y direccionan políticas y agenda social y pública, o ¿estamos hablando de casos de naturaleza doméstico-local, limitados solo al ámbito de la interacción privada?

El caso como tal puede conducirnos a varias hipótesis sobre lo que en sí refleja:

1. La discriminación laboral como una manifestación homofóbica, fruto de la introducción de la misma en la cosmogonía del mundo del trabajo e inmersa en la cotidianidad de los sujetos del mismo.
2. La falta de conciencia de la víctima de discriminación por opción sexual, de que su condición sexual no es una limitante de sus derechos constitucionales y por ende, fundamentales y laborales. Lo que presupone el desconocimiento en sí de su status como sujeto activo de derechos.
3. La falta de conciencia del empleador (en este caso) e incluso de otros miembros de la misma población LGBT sobre su actitud discriminadora, quienes en muchos casos legitiman su pensar sobre las mismas construcciones culturales, sociales e históricas que los desconocen.

4. La falta de credibilidad de la víctima en la administración de justicia, al negarse a denunciar por sentirse desconocido ante "la institucionalidad".
5. El temor mismo de la víctima a ser socialmente señalada y perseguida como consecuencia de su falta, de su condición sexual y/o del hecho de denunciar (de acercarse a la institucionalidad).

En este punto es importante aclarar que si bien una actitud homofóbica puede generar discriminación, no siempre la discriminación es fruto de la homofobia (de aversión al otro-la otra), sino de la indiferencia, el individualismo y la insensibilidad social. Aunque la pregunta sería ¿dónde termina la una y comienza la otra?

¡Cuando el dolor es también de ellas!²

"El lunes me llamaron a casa y me informaron que la rectora quería verme y que me esperaba a las nueve de la mañana. Ese día me estaba esperando una de sus secretarias en portería. No me dejaron entrar sola al colegio, me escoltó hasta la oficina del capellán. Hice antesala como quince minutos y luego me llevaron a la oficina de la rectora...³

"Me saludó y me preguntó si sabía por qué me había llamado. Yo no sabía, la noté preocupada, tensa. Luego me dijo que si yo estaba casada, y ahí supe a qué iba el asunto. Yo respondí que sí era casada (esto era

2. Entrevistada de la Red Nosotras LGBT, del libro *La invisibilidad aseguraba el puchero*, Agencia Periodística CID, Diario del Viajero, Buenos Aires, 2005.

3. Zeta es una lesbiana que ha ejercido la docencia en Colombia y fue entrevistada por Elizabeth Castillo del Grupo de Mamás Lesbianas en Bogotá, Colombia, junio 2004.

parcialmente cierto pues aún no me había divorciado) y que vivía con mi esposo y mi hija. Para firmar el contrato me pidieron la partida de matrimonio y la partida de bautizo de mi hija.

“La rectora me dijo que ella estaba en una situación muy difícil, pero que yo debía entender que esa era una institución educativa para la cual la moral y los principios religiosos eran fundamentales, que cualquier cosa que se saliera de esos parámetros daba lugar a que ella tomara parte en el asunto. Me dijo que había llegado una información a los rangos superiores, acerca de que yo compartía mi vida con una mujer. . .

“Yo me sentí muy mal. Agredida, violentada, quería derrumbarme. Ella me dijo que tenían evidencias de eso y que había recibido la orden superior de terminar mi contrato.

“Me dijo que mi parte laboral era impecable pero que comprendiera que el manejo de las niñas era riesgoso en mi condición. Muy molesta le respondí que no estaba de acuerdo con eso y que yo tenía una hija. Me dijo que comprendiera cómo se sentirían los padres en una institución como esa, si sabían que sus hijas tenían una profesora lesbiana. De inmediato pasó a la parte del trámite laboral, me dijo que no me preocupara, que el trámite ya estaba autorizado, que no iba a tener ningún problema en mi historia laboral pero que por favor no pusiera de referencia al colegio, pues se verían en la necesidad de evidenciar cosas que no eran convenientes”.

El director de la Corporación El Solar de Medellín, Medardo Patiño Patiño, organización que trabaja por los derechos de la

población LGBT, afirma que en nuestro país la homofobia al igual que cualquier otro tipo de aversión a la otra-al otro, se manifiesta en acciones de discriminación tanto activa como pasiva, que no respetan sexo, raza, edad ni origen, y que van desde actos de señalamiento, persecución, hostigamiento, agresión física y/o verbal directa, hasta actos de no inclusión y no reconocimiento intencionado de la otra-el otro, actos que por tratarse de manifestaciones propias de las violencias simbólicas y subjetivas, para muchos no constituye discriminación en el sentido estricto de la palabra, y menos aun son considerados hechos fáciles de probar ni justiciables.

Patiño anota que la discriminación como expresión homofóbica es una construcción ¿o valdría decir deconstrucción? que está presente en muchos escenarios sociales y se legitima sobre discursos de instituciones como la Iglesia y el mismo gobierno, en algunos casos no reconocedores de la igualdad de la población LGBT⁴ ante la ley.

Este fenómeno social se refleja socialmente hasta en el proceder de los actores armados ilegales, que han convertido a este sector de la población en objetivo de sus estrategias de limpieza social, sector más asimilable al de una tribu suburbana y subterránea, fruto de una patología social y sinónimo de enfermedad, vicio e ilegalidad, que como sector social y/o político con derechos y escenarios legítimos propios.

En ese mismo orden de cosas, y como lo anotaba la actual directora de la Oficina de Protección Laboral del Ministerio del

4. Léase: Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales.

Protección Social, "no hay razón alguna para considerar que el mundo del trabajo es inmune a estas expresiones de la homofobia, y es por ello que aún se cuestiona en diversos escenarios sociales, sobre lo ético de que a un o una homosexual se le confíe la salvaguarda de nuestra seguridad nacional desde su incorporación a la institución militar, o ejerza la docencia o alguna otra labor que comprometa el trabajo con niños y jóvenes, e incluso el ejercicio de la vocación sacerdotal como profesión".

Hacia la búsqueda de garantías

Aunque por su naturaleza todos los instrumentos de protección internacional están en proceso de complementación y reinterpretación permanente, genera preocupación que la orientación sexual como parte de la condición humana y de su diversidad, así como la victimización en virtud de la misma, no sean objeto de un desarrollo jurídico más expreso y menos tácito, como sí sucede en otros casos. Hay excepciones, como la Declaración N°10 de los países del Mercosur, la resolución N° 924 de 1984 o la resolución R6 del 2000 del Consejo Europeo, que no han podido ser incorporadas con éxito en la mayoría de legislaciones internas de estos países, pero cuenta con varias excepciones.

De los 185 convenios y las 195 recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, conocidas hasta la fecha, ninguna tiene por objeto de materia el tema de la discriminación laboral por opción sexual, a diferencia de otras minorías como las étnicas, amparadas por convenios como el 169 de 1989 y el 107 de 1957, y aunque hay

convenios como el 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación, que pueden ser extensiva y analógicamente aplicados a estos casos, categorizan la discriminación por edad, origen, raza, religión y sexo, entre otras, pero no categorizan la opción sexual como parte de la diversidad.

De la misma forma la recomendación 119 sobre la terminación de la relación de trabajo, categoriza diversas formas discriminación como causal injustificada de terminación de la relación laboral en la forma en que lo hace el convenio 111, es decir, no reconoce expresamente la opción sexual como una categoría diferencial del sujeto.

A nivel más amplio, el sistema de protección de la Organización de Naciones Unidas, ONU, tampoco aborda la protección del trabajador frente a la discriminación por opción sexual en forma expresa, lo cual no indica necesariamente ausencia de garantías, pero sí la necesidad de mayor desarrollo jurídico del tema, tal es el caso de la convención de la Unesco relativa a la discriminación en el ejercicio de la enseñanza, que tampoco identifica la opción sexual como condición cultural de diversidad (como lo hace con la nacionalidad, el sexo, la raza, la lengua, etc.) y la resolución N° 47/135 de 1992 que promulga la "declaración sobre personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas", pero no identifica en forma clara a las minorías sexuales, aunque hay que reconocer algunos avances en la interpretación de los anteriores, como la conclusión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso Nicholas Toonen c/Australia, en la que hace referencia a la orientación sexual como incluida en la referencia al sexo.

A nivel nacional la Corte Constitucional se esfuerza por dimensionar social y jurídicamente el problema, así como de descifrarlo en términos jurisprudenciales, pero aún le falta camino para recorrer en el entendimiento de la naturaleza e implicaciones políticas y sociales del mismo, así como de reconocer que está partiendo de un inmenso vacío legislativo no solo frente al tema de la discriminación laboral por opción sexual, sino de las garantías sociales y políticas para el ejercicio pleno de la democracia y la ciudadanía incluyente de la población LGBT en Colombia, vacío que ya están superando países como Venezuela con su Ley Orgánica del Trabajo N° 5292 de 1999, la Ley Canadiense de Derechos Humanos de 1985, la Ley H.R. 2692 de 2001 en Estados Unidos, y las legislaciones de Namibia, Israel, Australia, Dinamarca, Eslovenia, España, Francia, Irlanda, Malta, Luxemburgo y Noruega, entre otras.

Retos y perspectivas

Hablar de una estrategia para proteger al trabajador de la discriminación laboral por opción sexual, basados en una política de prevención integral, presupone hablar de una estrategia más amplia para generar un esquema de garantías integrales del ejercicio pleno, digno e igualitario de su ciudadanía como LGBT,⁵ lo que implicaría a mediano y largo plazo:

1. Impulsar mayores avances legislativos

sobre la materia, por lo menos a nivel nacional.

2. Promover la formulación, seguimiento y evaluación participativa de políticas públicas que traduzcan esas garantías jurídicas para el ejercicio pleno de su ciudadanía en acciones públicas concretas.
3. Apoyar desde la triada Estado-academia-sociedad civil, el seguimiento, análisis e investigación del fenómeno de la discriminación por opción sexual en escenarios como el laboral.
4. Articulado a lo anterior, el análisis, el seguimiento y propuestas sobre el tema, desde la construcción de agenda sindical en las centrales sindicales.
5. Exigir la incorporación en el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos el tema de la construcción de identidad como derecho, desde la diversidad sexual.
6. Posicionar la discusión, seguimiento y análisis del tema en escenarios internacionales estratégicos como el Sistema Interamericano de Trabajo, la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo y sus organismos de asesoramiento de los trabajadores, Cosate, y empleadores, Ceatal; el OCDE⁶ y su Comité Asesor Sindical, TUAC, integrado por las centrales sindicales de los treinta países miembros plenos del mismo; la Comunidad Andina a través del Consejo Consultivo Laboral An-

5. Marcela Sánchez Buitrago, "LGBT, voces excluidas", Más allá del embrujo, tercer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo.

6. Es un organismo internacional integrado por treinta países que tiene como objetivo principal suministrar a los gobiernos un ámbito donde discutir, desarrollar y perfeccionar políticas sociales y económicas. Actualmente, España y México son los únicos dos miembros de habla hispana.

dino;⁷ la Global Unions;⁸ y la Conferencia Internacional de la OIT.

Con el fin de posicionar el tema en la agenda sindical internacional, incluso desde la firma de AMI.⁹

Es posible que estemos hablando de retos mayores, pero es así como el movimiento social y desde éste el sindical han venido

luchando históricamente, fijando fuertes derroteros, sabiendo que no estamos partiendo de cero, que ya hay conquistas y acumulados políticos, jurídicos y sociales ganados por nuestra comunidad desde su misma exclusión, su propio dolor y su aparente olvido.

7. Instancia consultiva del movimiento sindical de la subregión.

8. Es una instancia de coordinación y trabajo conjunto de la CIOSL, las FSI y el TUAC.

9. Acuerdos Marco Internacionales (AMI). Compromisos bilaterales para cumplir estándares laborales mínimos en todo el mundo.

La Corte Constitucional Colombiana y los derechos al trabajo y a la seguridad social de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas

Por

Andrés Felipe Sánchez
Estudiante Practicante de Derecho
Convenio ENS - UNAULA

Colombia, que ha sido una sociedad tradicionalmente religiosa y moderada al cambio, viene sufriendo una reconstrucción dentro de su orden social a partir de la reciente Constitución de 1991. La reorientación hacia un Estado social de derecho, la defensa de los derechos humanos, la juridización de los derechos sociales, la independencia de un tribunal constitucional, el abandonar el Estado de excepción, ha producido una reconstrucción de la gramática social. Incluyendo las relaciones interpersonales. Es un lento proceso de construcción hacia una nueva sociedad, que tiene como verbo rector la dignidad humana.

Dentro de dicha construcción de sociedad, surgen nuevos derechos, opciones y realidades,

que en muchas ocasiones generan la necesidad de regulación para equilibrar la sociedad, función que le compete a la Corte Constitucional como órgano defensor de la Constitución Política (en adelante CP). Así, a través de sus sentencias es necesario garantizar la protección de algunas personas en situaciones de una debilidad palpable, que históricamente han sido apabullados por parte de una falsa democracia de mayorías, o simplemente por el uso de la fuerza, protección que a la vez es principio, valor y garantía de defensa y desarrollo dentro del ordenamiento jurídico.

El artículo 13 de nuestra carta política, define como uno de los fines fundamentales sobre el cual se construye el Estado social de derecho, el derecho a la igualdad.¹ Implica

1. Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

para el Estado tratar iguales a los iguales y desiguales a los desiguales, y de esta manera propender por una igualdad real o equitativa para personas, y por tanto fundamento básico que trae la carta para grupos discriminados y necesitados de una protección constitucional tales como la mujer, las negritudes, los indígenas, lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas.

Dichos grupos han sido protegidos constitucionalmente de dos maneras: (i) por medio de acciones afirmativas, quiere decir prerrogativas que permitan alcanzar una igualdad entre sujetos, teniendo por finalidad "favorecer a determinadas personas o grupos, bien para eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, o bien para conseguir que los miembros de un grupo discriminado tengan una mayor representación, en el escenario político o social." (T-602/05); o (ii) a través de los fallos del tribunal constitucional, sentencias que implican precedentes obligatorios dentro del ordenamiento jurídico, y en ese sentido trascienden dentro de la sociedad como límites u reorientaciones de la gramática social.

Las acciones afirmativas son herramientas que permiten alcanzar una igualdad real para grupos que se encuentren en estado de debilidad manifiesta. Así, la única garantía de igualdad que tienen estos grupos no es sólo el derecho a no ser discriminados, sino también el derecho a ser discriminados para alcanzar una igualdad real. Por ejemplo, existe una estabilidad laboral reforzada para mujeres en estado de embarazo, una jurisdicción indígena para garantizar la autonomía de sus pueblos, una ley de cuotas o mínimos para garantizar que la mujer participe activamen-

te en la conducción del país, curúles en el Congreso para garantizar la representación de negritudes e indígenas y exoneración de impuestos para movimientos religiosos reconocidos por la ley.

Pero en Colombia nunca ha habido acciones afirmativas para garantizar la igualdad real para personas con una diferente opción sexual a la heterosexual. Apenas comenzamos a reconocer la libre opción sexual a partir de la Constitución de 1991. Inclusive en el código penal de 1936 que estuvo vigente hasta 1980, se castigaba penalmente el acceso carnal homosexual. Tampoco ha existido nunca, en el país, una política que proteja a las parejas del mismo sexo o las reconozca como familia o les genere garantías para desenvolver su cultura. Ha sido sólo la Constitución de 1991 la que ha generado un espacio de tolerancia y pluralidad, pero no aún su medio para desarrollarlas.

La segunda forma de protección la ha brindado el tribunal constitucional. Sin embargo, el alcance de protección de su jurisprudencia es limitado. Al inicio de la Corte la protección de las personas LGBT no garantizó el desarrollo de las mismas para protegerlas, y se optó por argumentar razones procesales o derechos individuales o simplemente no se les protegió, pero nunca se les reconocieron derechos por su condición de debilidad manifiesta. Hoy se ha logrado una evolución en comparación de las primeras sentencias de la Corte Constitucional: la protección de los derechos de las personas LGBT garantiza la no discriminación por tener una opción sexual diferente a la heterosexual, reiterando continuamente en sus fallos la protección de la libre opción sexual como derecho inherente a la persona.

“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’. Debe entenderse que la sexualidad, es un ámbito fundamental de la vida humana que compromete no sólo la esfera más íntima y personal de los individuos sino que pertenece al campo de su libertad fundamental y de su libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual el Estado y los particulares no pueden intervenir en dicha esfera, a menos que esté de por medio un interés público pertinente. El Estado, como garante del ejercicio plural de los derechos en una colectividad, debe permanecer en principio neutral ante las manifestaciones sexuales diferentes como la homosexualidad, sin pretender imponer criterios ideológicos o morales específicos” (T-268/00).

Sin embargo la protección que se debe dar a las personas LGBT dentro de un Estado social y democrático de derecho, exige una defensa mucho más amplia que permita alcanzar igualdad real, un ordenamiento jurídico que permita desarrollar la cultura propia de las personas LGBT, y no solo la garantía de no ser discriminados.

El trabajo para todas las personas abarca tanto una necesidad social como un valor humano, un medio de auto-realización y un desarrollo de la personalidad humana. En el ordenamiento colombiano el derecho al trabajo y los derechos en el trabajo son el medio que permite vivir bien, sin humillaciones, el trabajo y los derechos que se derivan de él, son los instrumentos que permiten la auto-

protección de la dignidad de las personas. Ahora, frente a las personas en estado de debilidad manifiesta el trabajo y sus garantías implican la posibilidad de adaptación y desarrollo de la personalidad que les permite establecer un proyecto de vida dentro de la sociedad, vivir como se quiere, trabajar para las personas discapacitadas, las negras, las indígenas o las personas LGBT es el elemento esencial para alcanzar armonía dentro de la sociedad.

Como fundamenta Krzysztof Drzeweki los derechos humanos relacionados con el trabajo se dividen en: (i) Los derechos relacionados con el empleo, abolición de la esclavitud y prácticas similares, del trabajo forzado y obligatorio, la libertad de trabajo, el derecho a la protección del empleo y contra el desempleo, entre otros, (ii) los derechos derivados del empleo, como la jornada de trabajo, las vacaciones, entre otros, (iii) la igualdad de trato y los derechos a la no discriminación, (iv) y los derechos instrumentales, como el de asociación, el de organización, de negociación, entre otros. En ese sentido se refleja que la protección que ha dado la Corte es limitada para personas LGBT pues tan sólo ha protegido el derecho a no ser discriminado en el trabajo por tener una opción sexual diferente a la heterosexual, garantizando que no se permita sancionar o despedir a las personas en razón de su opción sexual. Para sujetos en debilidad manifiesta como los LGBT dicha garantía queda corta dentro de una gramática social hostil como la vivida en Colombia, y es necesario establecer acciones afirmativas hasta alcanzar una igualdad real.

La defensa de los derechos de los LGBT por parte de la Corte Constitucional ha sido

muy ambivalente, pues ha realizado una fuerte protección del derecho a la libre opción sexual, la no discriminación o la locomoción, pero niega los derechos más fundamentales de los LGBT como el constituir una familia de manera legal o la protección de la seguridad social para parejas LGBT. Así la protección a personas LGBT depende del ámbito, la Corte protege a las personas con opción sexual diferente a la heterosexual siempre y cuando no se requiera proteger a la pareja, por ello las personas LGBT tienen libertad de trabajo y de no ser discriminados por ello, pero no tienen seguridad social para su pareja, ni estabilidad laboral, ni mucho menos alguna prerrogativa que permita alcanzar una igualdad real y desenvolverse dentro de su cultura.

Sin embargo la Corte Constitucional tiene límites al momento de proteger los derechos sociales. La falta de competencia de la Corte, la limitada concepción de derechos laborales, la precaria constitucionalización de los mismos, han sido obstáculos estructurales que no siempre se han podido sortear. Con respecto al derecho al trabajo de personas LGTB, la Corte solamente ha tenido la posibilidad de expresarse sobre: el trabajo de docente, de notario y de miembro de las fuerzas militares.

1. Protección laboral a personas LGBT en las fuerzas militares

En la demanda de constitucionalidad al decreto 85 de 1989, que reforma el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares, se demandó el artículo 184, sentencia C-507/99:

Artículo 184. Cometén falta contra el ho-

nor militar [...] tanto en actividades del servicio como fuera de ellas.

Son faltas contra el honor militar las siguientes:

c) Asociarse o mantener notoria relación con personal que registre antecedentes penales o sean considerados como delincuentes de cualquier género o antisociales como drogadictos, homosexuales, prostitutas y proxenetas;

d) Ejecutar actos de homosexualismo o practicar o propiciar la prostitución [...]

La Corte Constitucional declaró inexecutable tal artículo argumentando:

“En este sentido, la Corte ha considerado que si la autodeterminación sexual del individuo constituye una manifestación de su libertad fundamental y de su autonomía, como en efecto lo es, ni el Estado ni la sociedad se encuentran habilitados para 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.

[...]

La prostitución y la homosexualidad son, en efecto, opciones sexuales válidas dentro de nuestro Estado social de derecho, razón por la cual, aquellos que las han asumido como forma de vida, sin afectar derechos ajenos, no pueden ser objeto de discriminación alguna. Por el contrario, según las voces de la propia Constitución Política, su condición de personas libres y autónomas debe ser plenamente garantizada y reconocida por el orden jurídico, en igualdad de condiciones a los demás miembros de la comunidad” (C-507/99).

Y aunque tal posición cambió los precedentes jurisprudenciales, la protección a personas con opción sexual diferente tuvo grandes obstáculos por parte de algunos de sus magistrados; por ejemplo, en la sentencia T-037/95 se separó a un estudiante de la escuela Simón Bolívar por actos homosexuales, en este caso de revisión de tutela la Corte afirmó 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”.

En la sentencia T-097/94, se retiró a un estudiante de la escuela de carabineros “Eduardo Cuevas”, a quien se le acusó de realizar faltas constitutivas de mala conducta, donde un compañero declaró haber visto “cuando se hacían mutuas caricias, abrazos y actos inmorales y anormales entre dos hombres, situación violatoria del artículo 121, decreto 100 de 1989”, la Corte protegió el derecho al debido proceso, pues no se admitieron los testimonios de compañeros en defensa del accionante; sin embargo, también se pronunció sobre el homosexualismo en el ordenamiento jurídico nacional, y afirmó:

“31.3 De la condición de homosexual de una persona no debe derivarse un juicio de indignidad personal o institucional. El carácter peyorativo de la representación popular del homosexualismo no debería ser un motivo para que la institución armada considere

afectada su dignidad.

“[...] 31.4.3 La sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en un juicio de tipo moral; ni siquiera en la mera probabilidad hipotética de que la institución resulte perjudicada, sino en una afectación clara y objetiva del desarrollo normal y de los objetivos del cuerpo armado.

“Es importante subrayar que la Sala, en modo alguno, prohija el homosexualismo en los cuarteles y escuelas de policía. Entiende, eso sí, que el homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable [...]”

En dicha sentencia se observó como la Corte Constitucional conocía que la defensa de la libre opción sexual era un tema polémico que no se protegía directamente sino en razón de otros derechos como el debido proceso, inclusive en la misma sentencia existió una aclaración de voto totalmente peyorativa contra la libre opción sexual:

“Pese a ello, debo aclarar mi voto en el sentido de que tal reinvindicación del debido proceso no la entiendo opuesta al derecho inalienable que tienen todas las instituciones —en especial las fuerzas militares y de policía, dada su función— a impedir que entre sus miembros haya homosexuales”. (A.V. T-097/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

2. Protección laboral a personas LGBT en el ámbito de la docencia

La Corte Constitucional fue más allá con respecto a la protección al docente de opción sexual diferente ampliando su línea jurisprudencial.

dencial. En la sentencia C-481/98, realizó un estudio sobre el decreto 2277 de 1979 por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión del docente, a pesar de que dicho decreto fue derogado implícitamente por el estatuto único disciplinario. La Corte examinó la constitucionalidad de dicho decreto por existir la posibilidad de que se usara por no ser derogado de manera expresa, además para proteger los derechos fundamentales de quienes hubieren sido sancionados con dicha norma. Tal decreto traía como causales de mala conducta "Artículo 46. Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta:

b. El homosexualismo, o la práctica de aberraciones sexuales;"

Para resolver dicha demanda la Corte Constitucional generó un espacio democrático citando a participar diversos grupos LGBT, Ministerio de Educación, ICBF, antropólogos, psicólogos, médicos, sexólogos, incluso a un ciudadano con numerosas firmas de padres de familia, los cuales presentaron numerosos argumentos en defensa de cada uno de sus intereses, tales como:

"[...] los homosexuales pueden desarrollar sus anormalidades sexuales, pero de manera discreta y por fuera de los recintos escolares, por cuanto el profesor debe ser un modelo de comportamiento, ya que cualquier vicio afecta gravemente la formación personal del menor. El escrito considera a la homosexualidad como una anormalidad, con consecuencias graves, pues ha permitido la proliferación de enfermedades letales y altera el sano desarrollo de una persona. Por ello considera que no puede el Estado colocar a un menor, que se encuentra apenas formando su personalidad,

en 'estado de indefensión al someterlo a ambientes de homosexuales'. Por ello, para estos padres de familia, 'los derechos aducidos por los HOMOSEXUALES no son reales', ya que son pretensiones acomodadas 'de enfermos en el sexo anormal' [...]" (intervención del ciudadano Isaac Robledo).

Igualmente la Corte también mencionó otros escritos que debido a su violencia no fueron publicados en los que se trataban de "[...] sádicos, masoquistas, homosexuales, ladrones, asesinos, avaros, enfermos mentales que deben ponerse en cuidado psiquiátrico [...]", "[...] los homosexuales, a quienes consideraban personas enfermas, aberradas e incluso peligrosas [...]", "[...] debe propenderse por una educación con 'profesores honestos', con una formación heterosexual y no por 'GAYS' degenerados que en mala hora se han enquistado en altas esferas del gobierno y la sociedad [...]". Tales textos le demostraron a la Corte el alto grado de emotividad e intolerancia ligado al asunto que les correspondió decidir.

En el estudio sobre si una ley podría configurar como falta disciplinaria el homosexualismo, la Corte presentó la discusión científica sobre el origen del homosexualismo, los debates sobre si el homosexualismo es una condición natural o si por el contrario es una libre opción sexual, sin embargo la Corte afirmó:

"12. Más importante aún es el hecho de que estas viejas concepciones contra la homosexualidad contradicen valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, que se funda en el pluralismo y en el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos

de vida (CP arts 1º, 13 y 16). Por ello esta Corte ya había señalado con claridad 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 tratamiento desigual’.² En tal contexto, es natural que la marginación social de los homosexuales haya suscitado un debate jurídico muy fuerte, el cual ha sido influido por las investigaciones científicas sobre el origen de la orientación sexual de determinadas personas”.

“15. La Corte Constitucional reconoce la complejidad y dificultad del anterior debate, en especial en materia científica. Además, es claro que no corresponde a esta Corporación tomar partido en una discusión sobre los orígenes de los comportamientos homosexuales, ni determinar si esas investigaciones son o no relevantes, puesto que la Corte es un juez de constitucionalidad, y no un comité de investigación científica[...].” (C-481/98).

A pesar de tan conflictivo debate, para tomar la decisión la Corte Constitucional demostró que dentro del ordenamiento jurídico Colombiano no es relevante el origen de la orientación sexual, pues si el homosexualismo es una condición natural, es preciso proteger el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación. No es posible castigar a una persona por un hecho que es connatural a él, pero si bien el homosexualismo es una libre opción que toma el sujeto, es fundamental dentro de la democracia proteger el libre desarrollo de la personalidad que es igualmente fundamental. Lo cual trae como consecuencia

según las subreglas jurisprudenciales que la protección es la misma, la Corte Constitucional reiteró en dicha sentencia la teoría de los criterios sospechosos como forma de protección por discriminación:

“[...] se consideran como ‘criterios sospechosos’ de clasificación, aquellas categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Si admitimos la tesis de la determinación biológica de la homosexualidad, una aplicación de esos criterios permite concluir que la diferencia de trato por razón de la orientación sexual en principio se encuentra prohibida, por cuanto se funda en un rasgo determinado por un accidente de nacimiento, denota patrones históricos de segregación y no es útil para repartir bienes o cargas.”

Pero a su vez afirmó en el mismo fallo:

“Ahora bien, esta Corporación ha señalado con claridad que, al interpretar el artículo 16 constitucional que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el intérprete debe hacer énfasis en la palabra ‘libre’, más que en la expresión ‘desarrollo de la personalidad’, pues esta norma no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino

2. Sentencia T-539 de 1994, magistrado ponente, Vladimiro Naranjo Mesa, consideración de la Corte 2.2.

que esa disposición señala 'que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional'" (C-481/98 citando la sentencia C-309/97).

[...] Por ello esta Corporación ha reconocido que de la Carta, y en especial del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16), se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna; es decir que es dueña de sí, de sus actos y de su entorno.

"[...] Así las cosas, es lógico concluir que 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 (C.P., art. 16). 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.

"[...] 23. Conforme a lo anterior, en nuestro ordenamiento constitucional, la orientación homosexual, incluso si asumimos que ésta es escogida libremente y no determinada biológicamente, no puede constituir un criterio para que la ley restrinja el acceso de la persona a un determinado bien o le imponga una carga, por cuanto las autoridades estarían

no sólo afectando su libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) sino que además desconocerían el pluralismo que la Carta ordena proteger (CP art. 7°)

"Por tanto se protege la libre opción sexual, al igual que la no discriminación por la condición sexual, a partir de un control constitucional riguroso, o llamado test estricto de igualdad, en el sentido que cualquier discriminación por razón de la orientación sexual equivale en el fondo a una discriminación por razón del sexo y responder si tal discriminación es necesaria (i) lo que quiere decir si satisface un interés legítimo, si es adecuado (ii) quiere decir que no existe otra medida alternativa para conseguirlo, y si es estrictamente proporcional (iii)."

A lo cual la Corte argumentó, en el caso de los docentes, que si bien es un fin legítimo la protección de los menores, la medida no es adecuada para alcanzar este fin, pues las estadísticas muestran que el 95% de los pedófilos son heterosexuales, y reveló una gran cantidad de estudios que confirman tal hecho, a su vez no encontró ninguna evidencia empírica que demostrara que los homosexuales tienen una mayor tendencia al abuso de menores, si bien los derechos de los menores prevalecen sobre el derecho al trabajo, "[...] pero lo que es inadmisibles es que se presuma, contra toda evidencia empírica, que sólo los homosexuales abusan de los menores y que todos los homosexuales lo hacen. Y tal es precisamente el supuesto de la norma acusada, que restringe la causal disciplinaria a los homosexuales, como si los heterosexuales no fueran susceptibles de cometer tales abusos, y como si todos los homosexuales fueran propensos a ese tipo de comportamientos"(ibídem). No es

un deber del Estado evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual, pues es un derecho fundamental el libre desarrollo de la personalidad, lo cual implica la no intervención del Estado en la opción sexual de los individuos.

3. Protección a personas LGBT en carrera administrativa, notarios

En sentencia C-373/02 se demandó la ley 588 de 2000 que en el artículo 4 parágrafo 2 decía:

“[...] o por faltas como Notario consagradas en el artículo 198 del decreto-ley 960 de 1970 no podrá concursar para el cargo de notario”.

El decreto que reglamentada la inhabilidad de los notarios, decía en el artículo 138 numeral 1 y 6 que se consideraba como inhabilidad para participar en el concurso de carrera administrativa para el cargo de notario “el ejercer prácticas homosexuales o por el solo hecho de ser homosexual”, entre otras.

Es claro que el Congreso es el competente y esta legitimado para legislar sobre las inhabilidades contempladas en la Constitución, y si la naturaleza del cargo exige de otras inhabilidades más estrictas como lo son las del notario, ya que éstas, dan fe de publicidad en todas las actuaciones realizadas ante ellos. Se pueden crear otras inhabilidades cuando el caso lo exige, siempre y cuando no contraríen los principios, derechos y garantías que establece la Constitución, sabemos que excepcionalmente se pueden limitar sin embargo será sólo por criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad en casos

excepcionales para proteger un valor o un principio de mayor categoría. En un Estado social de derecho donde el hombre es base y centro de toda sociedad y donde expresamente se le dan las cualidades de pluralista, participativo basado en la dignidad, no es posible ni razonable limitar el acceso a una persona por el hecho de la opción sexual que haya tomado al concurso de carrera administrativa en la función de notario.

El notario dada la función que cumple debe ser una persona idónea y de excelente trayectoria en sus actividades laborales y el sistema de carrera administrativa lo desarrolla y aun es su razón de ser, pero estas inhabilidades solo pueden predicarse de las faltas que se hayan cometido por actos objetivos, sin mirar las condiciones internas del sujeto, ya que el derecho regula los actos que realiza el hombre en sociedad erradicando toda consideración moral, así la Corte dijo:

“[...] de esta manera, se excluirá del ordenamiento jurídico una interpretación de la norma que resulta contraria a la Carta por desconocer la relación de proporcionalidad que debe existir entre los medios configurados para realizar el fin estatal de asegurar la excelencia e idoneidad en la actividad notarial y los derechos de los aspirantes a notarios como son los de acceder al desempeño de funciones públicas, el derecho al trabajo y el de libertad de escoger profesión u oficio” (C-373/02).

4. Seguridad Social para personas LGBT, falta de protección

A la hora de tratar este tema se debe hacer una precisión sobre el concepto de seguridad

social. Un concepto demasiado amplio que comprende salud, deporte, recreación; es somero y abstracto, al abordar esta temática nos vamos a referir al concepto de seguridad social integral que es salud, pensión y riesgos profesionales.

No hay discriminación alguna sobre riesgos profesionales pues todo trabajador tiene que ser afiliado por el empleador; sin embargo respecto a la pensión existe la pensión de sobreviviente. Ésta se ha creado para ciertas personas que como consecuencia de la muerte del afiliado o pensionado han quedado desprotegidas ya que no tienen respaldo económico.

El criterio para pagar la pensión de sobreviviente no es el mismo que utiliza el Código Civil cuando llama a los sucesores, los beneficiarios de dicha pensión, va desde las personas que tienen un vínculo más próximo al afiliado o pensionado siempre que se hayan cumplido los requisitos, y van en este orden.

1. Cónyuge, compañero o compañera permanente, los hijos menores de 18 años y si están estudiando hasta los 25 años; 2. a falta de los dos anteriores los padres si dependen económicamente; y 3. a falta de todos los anteriores los hermanos.

Se ve que esta norma quiere proteger a las personas más próximas al trabajador, a las personas que generan un vínculo íntimo de afecto, pero en este campo se ha desconocido a las parejas del mismo sexo. No se entiende. Si la filosofía de la norma es proteger a las personas más íntimas al fallecido afiliado o pensionado, ¿por qué se le niega la posibilidad a las parejas con una opción sexual diferente a la heterosexual y monogámica, de adquirir

este derecho, si lo más íntimo e importante para el homosexual es su pareja? ¿Por qué la ley no protege a las familias no convencionales? ¿Por qué no aparecen las parejas con opción sexual diferente?

Con estas normas se ve claramente que a la comunidad LGBT se le niegan sus derechos y se les desconoce la obligación que tiene el Estado (artículo 13 de la Constitución Política, inciso segundo), de proteger las diferencias y garantizar una igualdad real, que exista una protección general y no discriminatoria. Estas normas lo niegan y a su vez genera que se vulnere consecuentemente también los derechos a la libre opción sexual y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y los principios por los cuales se rige el Estado colombiano. Por tanto se debe propender por un conjunto de normas, que, interpretadas acorde con la Constitución, regulen a favor de estos grupos una protección especial, integral y oportuna.

Con respecto a la salud de la pareja homosexual, la discriminación es mucho más notoria, pues la ley vigente prohíbe afiliar a la seguridad social a la pareja que, en unión marital de hecho, no sea heterosexual y monogámica, con el argumento de que este derecho está íntimamente ligado con el de la familia constituida por un hombre y una mujer. No es posible, pues, que puedan gozar de este derecho personas del mismo sexo.

Como lo afirma la sentencia SU-623 de 2001, resultado de una tutela que un ciudadano homosexual presentó con la pretensión de hacer proteger los derechos a la salud, seguridad social, el libre desarrollo de la personalidad, de su compañero permanente, pues al momento de afiliar como beneficiario

a su compañero siendo este del mismo sexo, se da por negada la petición, a pesar de que se cumplen todos los requisitos exigidos para constituir una unión marital de hecho plenamente demostrados. La Corte contesta y argumenta que de la unión marital de hecho y los efectos que se desprenden de ésta, como la sociedad patrimonial, solo se derivan de personas de diferente sexo como lo proclama el artículo 42 de la Constitución Política por lo cual sus actuaciones que negaron dicha petición no vulneran derechos y garantías ya que se han movido dentro de los parámetros de ley:

“Las disposiciones legales que determinan quiénes son los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud hacen referencia continua al concepto de familia, y dentro de ésta incluyen a ‘el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a dos años’. Como se ve a partir de la simple lectura del título del artículo ‘cobertura familiar’, la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar y por lo tanto una relación heterosexual. Para confirmar esto basta con acudir a la definición que da la misma Constitución del concepto de familia’ (SU-623/01).

Más adelante se aduce en esta misma sentencia que el Estado no tiene por qué cargar con el rechazo que hace la sociedad con estos grupos vulnerados ya que esto implica costos muy altos para este servicio:

“El juicio que hace el juez constitucional sobre los criterios de valoración definidos por el legislador debe tener en cuenta el contexto específico del problema de distribución respectivo. Esto significa que la decisión legislativa

de no incluir determinados grupos sociales históricamente marginados —en este caso los homosexuales que se encuentren haciendo vida de pareja— en la asignación de ciertos beneficios —la afiliación como beneficiarios de su pareja dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud—, no necesariamente comporta una vulneración del derecho a la igualdad. Ello se debe a que la situación de marginación o de rechazo en la que se encuentre un sector de la población no lleva de suyo la obligación estatal de compensarla mediante la asignación de ciertos beneficios sociales sin tener en cuenta las razones o las condiciones de marginación. En estos casos de marginación social es necesario que el análisis constitucional considere también si el criterio de valoración que presuntamente ha debido tenerse en cuenta para incluir a determinado grupo como beneficiario del servicio —estar haciendo vida de pareja— resulta adecuado para proteger los derechos que se alega han sido conculcados —igualdad, seguridad social, libre desarrollo de la personalidad, salud—. En materia de seguridad social, la multiplicidad de los criterios de valoración que puede tomar en cuenta el legislador llevan a que el análisis del juez constitucional deba ser de menor rigor, puesto que existen consideraciones de orden económico, presupuestal y demográfico que implican también la necesidad de aumentar el cubrimiento de manera responsable, de tal forma que se asegure la continuidad en el servicio.

Esto resulta incoherente y hasta inconstitucional. ¿Para qué tener en nuestra Carta normas superiores si efectivamente no se van a cumplir en la realidad? De nada sirve un principio, una regla, una ley o un valor plasma-

do en un papel si no se hace efectivo; es decir, existe el derecho, pero la Corte Constitucional no lo puede proteger, debido a razones de presupuesto. Este argumento, que resulta ser una falacia, demuestra la mínima protección a la diversidad que existe en Colombia. ¿Afirmamos entonces que sin presupuesto no hay derechos fundamentales? ¿Qué la protección a grupos marginados depende de la voluntad del legislador? ¿Qué el juez es una figura por medio de la cual se crean esperanzas de protección y ayuda inciertas?

Como lo han explicado los magistrados Cepeda, Araujo Rentería, Córdoba Triviño y Montealegre en el salvamento de voto de esta sentencia evidencian que la seguridad social integral desarrolla los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad, entendiendo por este último, no cómo se evidencia en la sentencia una manera proporcional de cubrimiento a las personas para cobijarlas en dicho régimen, sino que esta ya está dada, y con la ley 100 de 1993 se entiende que a todas las personas sin discriminación alguna las cubre este nuevo régimen, por ende la universalidad implica la protección de todos los habitantes. Lo que se tiene que hacer es proteger a las personas y no diferenciarlas, ni a decidir quien vive o quien no. El carácter de universalidad cobija a todo el mundo donde quiera que se encuentre y sin discriminación, alguna como se anuncia en la siguiente cita:

“La expansión progresiva del sistema de salud no quiere decir que algunas personas están, en virtud de las leyes, temporalmente por fuera de éste, sino que los servicios de atención médica a los cuáles todo colombiano tiene derecho varían, y paulatinamente se van expandiendo e igualando. Por ejemplo, quie-

nes se encuentran en el régimen contributivo tienen derecho a más servicios médicos que aquellos que se encuentran en el régimen subsidiado, de ahí el mandato legal de que progresivamente ambos regímenes deben igualarse. Los suscritos magistrados somos conscientes de que en ocasiones, las condiciones materiales impiden a la administración cumplir con ciertos mandatos constitucionales y legales, de forma tal que en la ejecución de las políticas públicas en materia de salud se tenga, forzosamente, que tomarse la decisión de a qué grupo se deben destinar primero los recursos. Pero de ninguna manera ello justifica que las normas excluyan grupos de personas. Una cosa es la imposibilidad material de cumplir con la obligación constitucional y legal de brindarle el servicio de salud a alguien y otra muy distinta justificar jurídicamente su exclusión. El principio de universalidad no se detiene en la puerta de la morada de las parejas homosexuales” (S.V. SU-623/01).

El derecho a la salud no trae ninguna norma legal ni constitucional que niegue o prohíba proteger a personas de la comunidad LGBT, y si la negare quedaría sin valor por el artículo 4 de la Carta Política que establece la supremacía de la Constitución que establece que el derecho a la salud impone que se proteja a todas las personas. Así lo estipula el artículo 48 sin discriminar a nadie por ende no se puede negar afiliarse a alguien en el régimen contributivo a la seguridad social integral y específicamente en salud con un argumento tan pobre como el del artículo 42, que trae un concepto restringido de familia. El derecho a la salud y a la vida son protegidos por Constitución la cual debe interpretarse como un cuerpo conjunto, que desarrolla una

protección especial a sectores vulnerables (art. 13), libre desarrollo de la personalidad (art. 16), o el artículo 1 que estipula el carácter de participativa y pluralista de la misma, por lo cual interpretar de manera restringida un solo artículo para definir el derecho a la salud de la población LGBT, habiendo tantos otros que protegen la diversidad, es una decisión que no soluciona el problema y por el contrario lo hace más notorio y discriminatorio violando las prerrogativas de la carta.

“En ninguna norma constitucional se prohíbe que los homosexuales accedan al

derecho a la salud. Por el contrario, este derecho es garantizado expresamente a todas las personas. En ninguna norma de rango legal se restringe el acceso a la salud a los heterosexuales. Las disposiciones sobre la materia son neutrales en cuanto al sexo y la orientación sexual. Por el contrario, las normas legales hacen obligatoria la afiliación al sistema e irrenunciable el derecho a la salud y consagran una definición amplia del principio de universalidad que incluye una prohibición tajante a cualquier forma de discriminación” (S.V. SU-623/01).

Content

Contenido

Man to Man

Luis Gonzalez de Alba 3

Violations of the Human Rights of Lesbians, Bisexuals, Gays, and Transgendered Persons in Colombia

Guillermo Correa Montoya 5

Labor Discrimination due to Sexual Preference: Challenges and Perspectives for the Public and Social Agenda

The Colombian Constitutional Court and the right to work and to social security for lesbians, gays, bisexuals, and transgendered persons

Andrés Felipe Sánchez 19



Fotografía: Luis Norberto Ríos Navarro

Labor Rights OBSERVATORY

Nº 9

December 2006



ESCUELA NACIONAL SINDICAL

Calle 51 N° 55-78

Tel: 513 31 00 - Fax; 512 23 30

E-mail:

fondoeditorial@ens.org.co

A.A. 12175

Medellín-Colombia

Executive Director-ENS
José Luciano Sanín Vásquez

Academic Director
Luis Norberto Ríos

Human Rights Defense Unit
Elver Fernando Herrera Arenas

Editor:
Juan Bernardo Rosado Duque

Fotografía de Portada:
Luis Norberto Ríos Navarro



UNIÓN EUROPEA

This bulletin has been with the financial assistance of the European Community. The points of view expressed in it solely reflect the opinion of the Escuela Nacional Sindical and in no way represent the official point of view of the European Community.

Man to Man

We should talk
man to man,
he said in the bar to his friend
the warm day when they celebrated
with beer and ceviche
the first anniversary
of when they met;
really,
I am not a slut,
that time
in the Jordan baths,
well...I was turned on
and you have a very pretty ass;
in addition,
while you lined over the massage table
to wash your feet,
your pink anus
with few hairs opened and,
well, men will be men,
and for this reason I followed you to the steam
room
where I hurriedly enjoyed you
constantly looking behind at the closed
door.
I had to pull out quickly two times
and we had to dissimulate
while someone got up to leave.
But now the boys

make fun of me at work,
since they only see me with you,
one day I will have to put up a fight,
so that they truly begin to believe,
and the boss' daughter flirts with me,
so I will have to try my luck with her.
But above all – he said, looking at his beer –
it was one year ago and...
- his voice cracks a bit
and his pretty black eyes shine more bril-
liantly
with tears beginning to form –
but I'm not going to fall for you,
so we've got to end this.

The noise of the bar
seems to turn off
and the bright midday light
reflected on the walls
painted a horrible oily blue
fills with small rainbows.
When they tearfully embrace,
knocking over the empty bottles,
the waiter receives an order from the bar-
tender:
don't serve any more to table eight
because they are already drunk.

Luis Gonzalez de Alba

Violations of the Human Rights of Lesbians, Bisexuals, Gays, and Transgendered Persons in Colombia

By:

Guillermo Correa Montoya
Researching Unit Director
Escuela Nacional Sindical

Some initial considerations

The long tradition of human rights violations in Colombia, and the persistent history of impunity in regards to those violations, has resulted in a confused and relativistic image, in which today, the seriousness of any situation is validated and legitimized in relation to statistics which are susceptible to different interpretations. While the murder statistics are judged according to the variable of advances or setbacks in relation to past years, the victims themselves are forced to prove the veracity of the crimes, and the victimizers are camouflaged through the drawn out procedure of certifications and evidence. In the same way, the complexity of the human rights situation, has resulted in confusion generated by the light-handed way the statistics are handled, and the prolonged and uninterrupted existence of an armed conflict, which has been converted into the underlying cause

for any violent act. (In this country, there are assassinations because of the conflict, people are threatened because of the conflict, and transvestites are disappeared because of the conflict...)

This bloody history has situated us in what Rosana Reguillio has called a competition for the worst atrocity, at the same time trivializing the day-to-day violence, the violence that eliminates its subject without leaving a trace of the body, the violence that we face every day without deserving any preventative action or academic reflection. We should consider that in Colombia, there is no systematic record keeping of violations of the human rights of LGTB persons, and the concept of human rights for this sector is not very clear for some institutions and organizations in the country. For this reason, talking about violations is for many, a rhetoric act, which is difficult to substantiate through evidence and judicial rulings.

To be gay, lesbian, bisexual, transvestite, or transgender in Colombia

As Didier Eribon¹ affirms, homosexual figures are always shaped by the specifics of determined cultural situations, and so even if we are referring to the same national territory, the cultural and ethnic complexity of the country obliges us to establish some specifications in regards to what is like to be LGBT. In this sense, it is necessary to consider that the manifestation of sexual diversity, with all of the contradictions and manifest and symbolic forms of violence derived from it, has only been possible in the country's largest cities², where men, women, transvestites, and transsexuals have been able to take control of some territories where they can intermittently manifest their identities, bonds, pleasures, and desires freely, without being harassed or sentenced to death. However, outside of these modalities, they continue to be victims of other types of violations. In each one of these cities, the experience of being LGBT is mediated by particular cultural contexts, and by the circuits or social groups that have been consolidated. In this sense, the experience of homophobic hate is linked to the possibility of finding social ties that establish solidarity and support, which permits the expression of a determined sexual experience with the protection and security that other specific cultural groups enjoy, due to the achieve-

ments that these groups have obtained in the cities. Of course, to speak of homophobia in such a heterogeneous and diverse country like ours, it is always necessary to locate it in the cultural enclaves and contexts where it manifests itself.

Outside these cities, the experience of a sexuality at the margin of the heterosexual order, and the possibility of constructing a particular identity, is subject to the courage and bravery that men, women, and transgendered persons can muster, and to the utilization of strategies to live a particular sexual experience without being noticed, in order to camouflage themselves without being rejected, in order to hide their feelings, or in order to offer diversion in an intimate setting, without being publicly condemned.

Victims of disciplinary violence

In regards to the reflections on homophobic hate crimes and other violences, the questioning of the victimizers is always a central element in the discussion. From where or who perpetrates the anti-LGBT violence? In first place, it is important to state that the violent actors in Colombia are as diverse as their causes and actions, and secondly that the multiple and singular armed conflicts that have swept and crossed the history of the country, have marginalized, trivialized, and reduced the multiple day-to-day violences, even reaching the point of legitimizing certain

1. Eribon, Didier, Reflexiones sobre la cuestion gay.

2. A mapping of the conquered, appropriated, and populated territories with the LGBT mark has different levels, with the cities of Bogota, Medellin, Cali, and Pereira in first place, where the marks of emergent cultures have already been configured, on another level are the coastal cities Barranquilla and Cartagena, as well as other medium sized cities where there is an approximation of spaciality with a certain timidity and sufficient precaution.

uses of violence as a way to resolve social tensions and contradictions.

In this context, it is necessary to propose that the violence against LGBT persons has its origins in diverse scenarios and victimizers which come in multiple forms and modalities, utilized to punish, delegitimize, annul, make invisible, and cover up the presence of LGBT persons in Colombian society.

While Colombian culture is not in any way a monolithic block, it has constructed a homogeneous notion of heterosexual sexuality as "regular" sexuality, to the point where heterosexuality is identified as sexuality itself. From there, the peripheral sexualities, as Foucault calls it, are constructed at the margins of society. These are the sexualities that escape this regular order, and are susceptible to disqualification, reorientation, or negation. Colombian institutions have historically reinforced the idea of regular sexuality as that sexuality mentioned above, from which emotional ties, identities, and families are built and the society is reproduced. Educational institutions have maintained, as its sole reference, that type of sexuality, and when they address the topic, they do so with a certain precaution, with a certain fear of reproducing divergent sexualities. The Church, which is an institution traditionally linked to the sustainability of the social structure, and which has a large cultural influence in the formation of mentalities and in the construction of fundamental notions like the family, love, and relationships, among others, has maintained a radical denial of any

kind of protagonistic participation by LGBT persons in social institutions. This signifies that LGBT persons are inhibited from forming families, leading educational or religious activities, and even from enjoying their desires and passions in a legitimate way.

"Same-sex marriages? New legislative initiative in the Senate goes against the family, the institution of marriage, and human nature.

We sound an alarm to all Colombians, in regards to a legislative proposal currently in the Senate, "in which unions of same-sex couples are given recognition related to their patrimony and other rights." (...) We reject the assimilation of the homosexual union into the notion of "marriage" and consider that true marriage is good, something worthy of advocating and having special legal protections, and which should be widely promoted through the educational system (...) This legislative initiative goes against nature, which establishes the difference and complementarity between men and women, so that through their union, life can be created and the species can be conserved. Meanwhile, unions between people of the same sex are not anatomically or physiologically viable, and for that reason should not receive the same kind of state protection which natural unions receive³."

The LGBT sector has gradually converted into an obsession of the Church, which brings back confused and derogatory concepts, returning to the classic arguments about the

3. El Tiempo, Monday, November 18, 2002, pp. 2-5, Campaign lead by the Catholic church, presidents of Catholic universities, and various Colombian celebrities against the same-sex partner bill, which ended up being voted down in the Congress.

abnormality and unnatural nature of LGBT relationships, constructing a collective denunciation of LGBT practices, although it claims to respect LGBT persons while rejecting their sexual practices. Families subjected to these tensions and confusions, live in fear of any manifestation of any kind of irregular sexuality, and recur to all kinds of strategies so that sons and daughters become "normal." In extreme cases, these deviants are denied a place in the home, for being someone looked down upon in society.

In this way, from the particular culture in which they operate, LGBT persons find a hostile world, made up of social institutions which shape their subjectivity and families in which they begin their process of socialization. This world marks their difference and their inferior position in the society, a world crossed by everyday violences, and struggles to impede their free expression. On the other hand, the LGBT community is caught in the eye of the hurricane of the diverse armed groups and crime mafias that cohabit in the country. It is necessary to establish that LGBT persons are not collateral victims of the conflicts that have haunted and continue to haunt the country. The violence against the LGBT sector is a discriminating, direct, and overwhelming violence, a disciplinary violence that tries to erase what to these armed actors represents "social deviations and transgressions," a disciplinary violence that tries to obligate this sector to return to the normal route or eliminate the evidence of their manifestation. LGBT persons are not threatened with death, they are directly killed, as a general rule, neither the armed groups of the political right or left consider them a political target. Instead, they

are condemned to death or to all sorts of cruel treatments, for possessing a sexual reality different from the heterosexual custom, and for daring to manifest it. Both paramilitaries and guerrillas in diverse regions of the country have declared the LGBT sector as a target for what they call "social cleansing," and the police, army, and crime mafias harass them for their public presence, for the supposed nuisance that they cause in the parks and streets of Colombian cities.

To kill, kill again, and kill against

Just by observing a few cases of the multiple crimes that occur in the country on a daily basis, and beyond the lists of deaths and statistics of violations, the barbarism and atrociousness of the violence exercised against the LGBT sector reveal to us the reality of hyperbolic forms of dehumanization of the victims and the irrational hate of social intolerance.

- In October 2005, in the city of Medellin, Luis Fernando Toro, a 42 year old homosexual man was tortured and assassinated. He was found dead in his apartment with visible signs of torture, his buttocks were burned and marked with a grill.
- Javier, a retired teacher from the Castilla neighborhood of Medellin and 58 year old homosexual man, was assassinated in his home after being stabbed multiple times.
- Roberto Manuel Montes Durango, a 27 year old homosexual man, who worked as a dance instructor, was assassinated in his mother's house in the Purapanes

neighborhood, in the city of Bello, part of the Medellín metropolitan area. Roberto was stabbed 32 times.

- On October 8, 2005, in the Popular 2 neighborhood in the northeastern sector of Medellín, Ruben Echevarria, a homosexual man, neighborhood leader, and lottery seller, was found dead with his neck broken.
- During the night of October 12, Sandra, a young transvestite from Medellín, was found dead as a result of bullet wounds. Her work companion, Vanessa, registered under the name of Luis Fernando Patino, was a victim of an attempt against her life, due to two gunshot wounds which disfigured her face. 18 year old Vanessa and Sandra worked as prostitutes in San Diego, in downtown Medellín.
- On October 15, Francisco was assassinated after receiving 32 stab wounds. Francisco was assassinated in his apartment in the Torres de San Sebastian complex, located in the San Diego neighborhood of Medellín.
- On October 16, a homosexual man with the nickname "Natacha" was assassinated in the city of Angelópolis, a southeastern suburb of Medellín. Natacha worked as a hair stylist.
- In 2002, a young homosexual was assassinated in the municipality of Caldas. He was stabbed various times in the anus; his penis was cut off, and introduced into his mouth.
- A transvestite hair stylist invited a friend that she had met several days ago to a special dinner. The friend arrived with another companion, and together they

hanged her, kicked her, tied her up, and left her with a photograph of one of her drag shows.

- After confessing his homosexuality, Tito was raped by his father, in order to "show him how to be a man."
- Marucha, a young homosexual, was raped in the Metropolitan police station of Medellín by someone in the same cell. Days later, he got into a vehicle with another man who had invited him to the municipality of Barbosa. There, he was raped, and later found murdered, with a pole stuck into his anus.

These stories compete with each other for the most horrific image, each one of them, along with the uncountable number of unnamed acts that rest in the silence of the few subjects who accompanied the victims. Other acts have already been forgotten, since the bodies of the victims are of little value in a society that stratifies human dignity. ON top of the cadavers and scars of these victims, Colombian society maintains a deafening silence and an anxiousness to forget.

Although it must be acknowledged that the forms and modalities of the violence exercised against gay men, lesbian women, transgendered and transvestite persons, are diverse and complex, it is possible to read and observe various characteristics that link a majority of the victimizers. In first place, the violent actions are a negation of the humanity of the victim, who was linked to some kind of irregular sexual practice or way of life that was considered harmful to society. Denying their sexuality, their pleasures, their transformations, and their particular customs is a powerful way of erasing the subject, nul-

lifying his presence in society. Secondly, this violence aims to exemplify, to discipline, each victim is a powerful and direct message, each mark on each body is a code sent to the entire community of individuals who share the same condition, a message which says out loud if you don't change, this will also happen to you.

In the same way, the inscriptions in the bodies of the victims are representative of the hate of the victimizers. It is a representation of the way that the victimizers construct their image of those who they consider a menace to society. This also speaks to the way that the victimizers have constructed an idea of their own sexuality, a sexuality that does not permit any kind of transgression, and it is precisely this prohibited act which on occasions alcohol or some kind of hallucinogenic acts as the catalyst to free (although this is not particularly the only justification) the person who will hold judgment upon the victim. The proof of the transgression is erased, nullified with all possible rigor. The mutilation of genital organs, the repeated stabbings in the anus are signs of this intent, since they are ways to erase and liberate the victimizer from the momentary deviation away from his "normalized" sexuality.

In other words, it is necessary to analyze these crimes in relation to power plays, and the strategies of domination. The victimizers generally inflict on their victims all sorts of abuses, mistreatments, and humiliations, in order to show them their place, reminding them of their disadvantage and inferiority in the sexual world. The perverts must be

punished, they must be shown who is boss and who has power in their penises, testicles, and uniforms. At the same time, they must be shown the scorn that they deserve, all the repugnance that their presence and appearance generates, and in particular, all the shame that derives from having some kind of contact with them.

Another central element should be placed in the context of the twisting, trivializing, and justification of these crimes. Every time a victim appears, stories surface that signal with a certain scorn that the lover or boyfriend was responsible, or that justify the crime due to the effeminateness and promiscuity of the victim as the cause of the act. (They deserved it for being a bitch, for being a slut, for being a queer.) Sometimes, the violence is interpreted as an act of common street crime, confused with robbery victims to cover up the truth. Adding to the fact that the news is transfigured in multiple dramatic versions, trivializing the act, it all ends with the crime being interpreted as an act of passionate revenge or due to a lack of precaution.

In an article recently published by the *El Tiempo*⁴ newspaper, some particularities in the forensic investigations on strangling deaths in Bogota are highlighted. According to statements by the doctor who analyzed several of the cases, it was discovered that the large majority of victims were homosexuals with certain common traits: the victims were men over 40 years old, with economic stability, attacked in their homes which generally were located in the Chapinero district. They were found naked, with evidence of recent

4. Assassinations of gays in Bogota. *El Tiempo*.

sexual activity, and a large percentage of them murdered by strangling. According to the investigations of the doctor, since 2000, approximately 70 homosexuals in Bogota have been assassinated. The observations of the forensic doctor show that in many cases, traces of robberies have been found to act as a distraction to the real motive for the action.

Along with the references mentioned above, it is important to signal that one of the biggest obstacles to the visibilization of these crimes and the adoption of preventative measures, is that for the Colombian criminal justice system, the category of homophobic hate crime does not exist and therefore does not merit actions of investigation and prosecution.

Homosexuals who count, queers who deserve it

In regards to the complexity and multiplicity of the violences committed against the LGBT population, it is important to signal that there are radical differences among the forms of violence and its deliverers or victimizers. On one hand, the symbolic, perjurious, insulting, and depreciatory forms of violence are day-to-day violations that are learned and culturally transmitted, and that affect all LGBT persons. In the face of this violence, acting out a charade to cover up one's true sexuality is the protective way out. It is such a banal kind of violence that the victims themselves end up reproducing it, especially when the other person is more effeminate or more "out." On the other hand, there are bloodier forms of violence which create terror, pain and death, which are generally used against transvestites, transgender persons, effeminate gays and

butch lesbians. The full effect of the violence falls upon them, because they reveal their sexuality in a more explicit way, but also because their bodies have been previously disqualified – they do not fit within social molds. Theirs are the bodies that deserve it, that should be repressed for showing off something so "deviant" to the public eye. Their bodies are even kept separate from the rest of the LGBT group, stripped of their legitimacy, due to what they represent. If poverty is a factor in their lives, their situation is even more dramatic.

Some final considerations

At the beginning it was worriedly affirmed that in Colombia, the gravity of human rights violations is measured according to the number of deaths. However, we must state that this situation is not applicable for the LGBT population, not just because there are not always cadavers, but because in many cases these cadavers are only important when in some way they belong to prestigious people, otherwise, these violations are forgotten and remain in total impunity. The organizations that defend and promote the human rights of this population work without any economic support, trying to obtain resources through grants and some donations, to be able to slowly advance in the construction of preventative measures, and in investigations of cases of hate crimes and other symbolic violences. For these reasons, it is important that governmental institutions, as well as national and international NGOs support and strengthen the work of these organizations. In this way, the topic of violence and respect for the human rights of the LGBT population will stop being a concern just for the people who must confront

this violence on a daily basis, and governmental institutions will begin to design strategies of protection and of acknowledgement and respect for LGBT persons. These institutions must begin to design specific protection pro-

grams and to realize educational programs with teachers, members of the armed forces, and the society in general, in order to promote a culture of respect for the human dignity of the LGBT population.

Labor Discrimination due to Sexual Preference: Challenges and Perspectives for the Public and Social Agenda

And he heard me, taking my hand and looking into my eyes
 But he didn't see anything!....
 Maybe he was behind me...
 Behind my invisible pain!
 "Fragments"

Dedicated to the memory of Leon Benhur Zuleta Ruiz, Leader of the Colombian Gay Liberation Movement. Itagüí 1952 - Medellín 1993

By:

Elver Fernando Herrera Arenas
 Director Human Rights Defense Unit

An emblematic case - a mirror of the problem?

Miguel Antonio Garcia¹ is a resident of the state of Santander who has worked for the last eight years as a nurses aide, and who has had the opportunity to work in both public and private health care facilities in cities like Cali, Bogota, and Bucaramanga.

At 33 years of age, Miguel only regrets one thing in his life, which was to have a sexual encounter with one of the patients in his charge, when he worked at a prestigious clinic in Bucaramanga. This situation hindered him from finding employment for a good number

of years, "since he left by the back door, without references or recommendations, and with the stigma of being a depraved and terrible transgressor of medical and professional ethics".

However, according to Miguel, it wasn't just the sexual contact which generated the indignation of the directors of the clinic, but also the fact that it took place during working hours, and on the worksite, and because the patient was "another man".

This article does not intend to legitimize actions that in many ways can be characterized as unjustifiable. However, it does intend

1. Name changed at the request of the subject.

to call attention to the facts and considerations that the situation itself impacted on the future conduct of the worker, the accusations of the employer, and the positions taken by people close to Miguel in his private life.

“I didn’t have the time or opportunity to do anything, before I knew it, I was kicked out of the clinic. Also it was crazy, the accusation he made against me was never questioned, although he never had any evidence to prove it, yet I had to demonstrate that I wasn’t guilty of what he was accusing me of”.

“He denounced me just because I didn’t want things to go too far. Since many people suspected, and several knew that I am gay, they took advantage and gave the guy the benefit of the doubt, making the assumption that due to my condition, he was telling the truth. Anyway, who would invent something like that, possibly exposing themselves to be cataloged also as gay? The truth was proven... and the guy told the truth!”

Logically, rumors began to fly, and people began to talk about how the guy was led astray by the nurse, and also about all the “things he could have contracted, since he didn’t do this with a female nurse, he did it with a gay male nurse!”

Although Miguel was accused without evidence, something that can be considered as a crime against his integrity and good name, the employer never provided documentation to support his firing for just cause, and he was never guaranteed due process, he never denounced the patient or the employer, because “I already had the stigma of being gay, and so any legal process would be an excuse to undermine my privacy and judge my condition, more than investigate the defendants, it would

be like being pilloried for denouncing!”.

Although the central issue is the violation of the subject’s right to due process in virtue of his condition, some of his friends who are also gay, consider that it is absurd to mount any defense of what Miguel did, since “although they may have violated legal procedures, he committed an imprudent act, and it would be shameful for him and for his family to denounce this, playing the victim, and then later having his privacy invaded for nothing”.

Finding the knots of the problem!

This case, which in reality could be one of many that is relegated to the chill of impunity, could have divided national public opinion if the mass media had discovered it. There are many ways to look at the case, not just involving the theme of the exercise and applicability of minority rights, but also involving the susceptibilities and apprehensions that go hand in hand with the historical-cultural image that our society has built and translated into concrete myths surrounding the exercise of masculinity and femininity, from sexual subversions to inter... intra.. and transgender-ness, subversions that can be considered by many to be transgressions of the rules set by important institutions in our society such as the family and the church.

In less speculative and more practical terms, can these types of cases have implications and connotations not just politically but also legally, socially, and culturally? Can they challenge the relationships and equilibriums of power, and the way that power shapes and directs public policy and the social and public agenda? Or, are we talking about cases in the

purely domestic sphere – local, limited to the scope of private interactions?

The case leads us to various hypotheses which are reflections of:

1) Labor discrimination as a type of homophobic manifestation, product of the introduction of this type of thinking in the world of work, and its immersion in daily life.

2) The lack of consciousness of the victim of discrimination due to sexual preference, of the fact that his sexual choice does not limit his constitutional, fundamental, and labor rights. We can see that he is unaware of his status as active bearer of rights.

3) The victim's lack of credibility of the justice system, manifested in the fact that he did not file a complaint, since he felt unrepresented in the institutional system.

4) The fear of the victim to be socially isolated and persecuted due to his error, his sexual choice, and his decision to denounce (to utilize the institutional system).

Here, it is important to signal that although it is true that homophobic attitudes can generate discrimination, discrimination is not always a product of homophobia (aversion towards the other), but of simple and basic indifference, individualism, and social callousness, negative values inherent in the postmodern society. However, the question remains: where does one start and the other begin?

When the pain is also hers!²

"On Monday, they called my house, and told me that the principal wanted to see me

and that she would be waiting for me at 9 AM. That day, one of her secretaries was waiting for me in the entranceway. They didn't let me enter the school alone, she escorted me to the office of the chaplain. I waited for about fifteen minutes, and then they took me to the principal's office³.

She greeted me and asked me if I knew why I had been called. I didn't know, I noticed that she was worried and tense. Afterwards, she asked me if I was married, and that was when I knew where this was going. I responded that I was married (which was partially true, since I hadn't finalized my divorce yet), and that I lived with my husband and daughter. Before signing my contract, they asked me for the record of my marriage and of the baptism of my daughter.

The principal told me that she was in a very difficult situation, but that I should understand that this was an educational institution which was founded on moral and religious principles, and that anything that diverged from those principles, forced her to intervene. She told me that her superiors had given her information that I shared my life with another woman...

I felt horrible. Assaulted, raped, I wanted to collapse. She told me that she had evidence of this, and that she had received an order from her superiors to terminate my contract...

She told me that my work performance was impeccable, but that she understood that it was a risk to let me teach girls, due to my condition. Angrily, I responded that I did

2. Interview subject of the Red Nostrotras LGBT, from the book "La invisibilidad aseguraba el puchero", printed by the news agency CID –Viajero newspaper –Buenos Aires, Argentina, 2005.

3. Zeta is a lesbian who has worked as a teacher in Colombia, and was interviewed by Elizabeth Castillo of the Group of Lesbian Mothers in Bogota, Colombia, June 2004.

not agree with this, and that I myself have a daughter. She told me that she would understand the feelings of the parents if they were told that their girls had a lesbian teacher. She immediately moved on to the proceeding regarding my job, she told me not to worry, that the proceeding was already authorized, that I won't have any problems regarding my resume, but to please not put the school as a reference, as they would have to disclose things that would not be convenient for me".

Medardo Patiño Patiño, the director of Corporación El Solar of Medellín, an organization that works for the rights of the LGBT population in Colombia, affirms that in our country, homophobia is similar to any other kind of aversion to the other, which manifests itself in both active and passive discriminatory actions disrespectful of sex, race, age, and origin, and that can include acts of harassment, persecution, abuse, direct physical and verbal aggression, as well as acts to exclude and intentionally fail to recognize the other. These acts are manifestations of symbolic and subjective violence, for many people they do not constitute discrimination in the strict sense of the word, and are even less easy to prove or legally prosecute.

Medardo Patiño notes that discrimination as a homophobic expression is a construction (or should we say deconstruction?) that is present in many social settings. It is legitimized through discourses of institutions like the church and the government, which in some cases does not recognize the right to equality before the law for the LGBT⁴ population.

This social phenomenon is even reflected in the conduct of the illegal armed actors, who have turned this sector of the population into an objective of its social cleansing strategies. This sector is seen by them as a sort of suburban and subterranean tribe, product of a social pathology and synonym of disease, vice, and illegality, instead of as a social and political group with rights and legitimate claims of its own.

In this order, and as the current Director of the Labor Protection office of the Social Protection Ministry has stated, "there is no reason to consider that the world of work is immune to these expressions of homophobia, and for this reason, the ethic is still questioned in diverse social groups, in regards to confiding the national security in a homosexual who is a member of one of the military institutions, or allowing homosexuals to exercise the profession of teacher or any other labor that involves contact with children or youth, or the exercise of the priestly vocation as a profession".

Towards the search for guarantees

Although, due to their very nature, all of the instruments of international protection are in constant processes of revision and reinterpretation, it is worrying that sexual orientation, as part of the diversity of the human condition, and the victimization related to that, has not been object of a more thorough and less tacit legal development, which has happened in other cases. There are exceptions, such as Declaration 10 of the MERCOSUR countries, Resolution 924 of 1984 or Resolution R6 of

4. Lesbians, Gays, Bisexuals, and Transsexuals

2000 of the European Council, which in general have not been incorporated successfully into the internal law of those countries, not counting various exceptions.

Of the 185 Conventions and 195 recommendations of the International Labor Organization (ILO), created until now, not one deals explicitly with the theme of labor discrimination due to sexual preference. This is in contrast to other minorities, such as ethnic minorities, who are protected by Conventions such as 169 of 1989 and 107 of 1957. Although Convention 111, related to employment and occupational discrimination, could be expanded and applied to these cases, the Convention only categorizes age, national origin, race, religious, and sex discrimination, among others, but does not categorize sexual preference as part of diversity.

Similarly, Recommendation 119 on the termination of labor relations, categorizes various forms of discrimination as an unjustified excuse for the termination of labor relations. However, it mentions the same categories as Convention 111, which means, that it does not expressly recognize sexual preference as a subjective category of difference.

On a larger scale, the human rights protection system of the United Nations (UN), also fails to protect workers from discrimination due to sexual preference in an explicit way. This does not necessarily indicate an absence of protection, but only with a more thorough legal analysis. For example, the UNESCO Convention related to discrimination in the realization of the teaching profession does not identify sexual preference as a cultural expression of diversity (such as nationality, sex, race,

language, etc.) and Resolution 47/135 of 1992 which promulgates the Declaration on persons belonging to national, ethnic, religious, and linguistic minorities, does not clearly identify sexual minorities. However, there have been advances related to the interpretation of this body of law, such as the ruling of the UN Human Rights Committee in the case *Nicolas Toonen v. Australia*, which makes reference to sexual orientation as part of the reference to sex.

On a national level, the Constitutional Court has made an effort to socially and legally analyze the problem, as well as decipher it in jurisprudential terms. However, it still falls short of being able to understand its nature and political and social implications, and has not fully recognized the immense legislative hole that exists not just in regards to labor discrimination due to sexual preference, but also to social and political guarantees that permit the full exercise of democracy and an inclusive citizenship which extends to the Colombian LGBT population. This hole has already been filled in countries such as Venezuela, with its Organic Labor Law # 5292 of 1999, the Canadian Human Rights Law of 1985, H.R. Law 2692 of 2001 in the USA, and legislation in Namibia, Israel, Australia, Denmark, Slovenia, Spain, France, Ireland, Malta, Luxembourg, and Norway, among others.

Challenges and perspectives

To talk about a strategy to protect the worker from labor discrimination due to sexual preference, based on a policy of integral prevention, presupposes a discussion of a broader strategy to generate an integral scheme to fully

protect the dignity and equality of all LGBT citizens.⁵ On a medium and long term scale, this implies:

1. Pressing for greater legislative advances regarding the topic, at least on a national level.
2. Promoting the participative formulation, follow-through, and evaluation of public policies that can translate these legal guarantees for the full exercise of their citizenship, into concrete public actions.
3. Having the state, academia, and civil society accompany, analyze, and investigate the phenomenon of discrimination due to sexual preference in scenarios like the world of work.
4. Adding to the above, include the analysis, accompaniment, and proposals regarding this topic, to the construction of the agenda of the union movement by the labor confederations.
5. Demanding the incorporation of the topic of the construction of diverse sexual identities as a right, in the National Human Rights Education Plan.
6. Positioning the discussion, accompaniment, and analysis of the topic in strategic international scenarios such as:

- The Inter-American Labor System – The Inter-American Conference of Labor Ministers and its advisory organizations of workers (COSATE) and of employers (CEATAL).
- The OECD⁶ and its union advisory committee (TUAC), which is made of the union confederations of the 30 countries who are full members.
- The Andean Community, through the Andean Consultative Labor Committee⁷.
- The Global Unions.⁸
- The International Conference of the ILO.

With the goal to position the theme in the international union agenda, including in the texts of global framework agreements.⁹

It is possible that we are talking about a large challenge, but we must take into consideration that the social and union movement has historically taken up grand struggles, overcoming devastating defeats. For that reason we should recognize that we are not starting from zero, acknowledging instead the political, legal, and social conquests that we have won for our community, despite its exclusion, pain, and apparent oblivion.

5. Marcela Sánchez Buitrago, *LGBT Voces Excluidas*, - Mas allá del Embrujo, Tercer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez – Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia, y Desarrollo.

6. The OECD is an international organization composed of 30 countries, whose principal objective is to offer governments a space to discuss, develop, and perfect social and economic policies. Currently, Spain and Mexico are the only two Hispanic members.

7. Consultative body for the subregional union movement.

8. An organization built between the ICFTU, the International Union Federations, and the TUAC.

9. Global framework agreements are bilateral commitments to adhere to minimum labor standards on a worldwide level.

The Colombian Constitutional Court and the right to work and to social security for lesbians, gays, bisexuals, and transgendered persons

By

Andrés Felipe Sánchez

Law Student

ENS-UNAULA Program

Colombia, which has been a society traditionally bound by religion and moderately resistant to change, has suffered a reconstruction of its social order since the recent implementation of the Constitution of 1991. The reorientation towards a social democratic state, the defense of human rights, the ability to utilize the justice system to demand compliance with social rights, the independence of the Constitutional tribunal, and the abandonment of the state of exception, has produced a reconstruction of the social fabric, which includes interpersonal relationships. It is a slow process towards the construction of a new society, which upholds human dignity as its guiding principle.

As part of this societal construction, new rights, options, and realities take shape. In many cases, this generates the necessity to regulate these new realities, in order to maintain balance in the society, which is the function that corresponds to the Constitutional Court, in its role as defender of the Political Constitution. Thus, through its rulings, it is necessary to guarantee the protection of persons who are in situations of palpable disadvantage, who have historically been forgotten by a false democracy of "majorities", or who have been repressed through the use of force. This protection is a principle, value, and guarantee of the defense and development of the judicial order.

Article 13 of the Political Constitution

1. Article 13. All people are born free and equal before the law. They will receive the same protection and treatment by the authorities, and enjoy the same rights, liberties, and opportunities, without any discrimination for reasons of sex, race, national origin, language, religion, political, or philosophical opinion. The State will provide conditions so that this equality is real and effective, and to do this, it will adopt measures in favor of discriminated or marginalized groups. The State will especially protect those persons, who for their economic, physical, or mental condition, are in circumstances of manifest weakness, and will sanction any abuse or mistreatment committed against these persons.

defines the right to equality¹ as one of its fundamental ends of the social democratic state. This implies that the state must treat equals equally and unequals unequally, and in this way create conditions for a true, equitable equality for all persons. For this reason a fundamental role of the Constitution is the protection of needy and discriminated groups such as women, Afro-Colombians, indigenous people, lesbians, gays, bisexuals, and transgendered persons.

These groups have been constitutionally protected in two ways: through the use of affirmative actions, which are prerogatives that permit the achievement of equality among subjects, with the final goal being “the favoring of determined persons or groups, to eliminate or reduce the social, cultural, or economic inequalities that affect them, or to obtain a greater representation of a discriminated group in the social or political scene” (T-602/05); or through the rulings of the Constitutional tribunal, which create obligatory precedents inside the judicial order, and in this sense transcend the limits of the society, reorienting the social structure.

Affirmative actions are tools that permit the achievement of real equality for groups in a state of manifest debility. The sole guarantee of equality is not just the right of manifestly weak groups to not be discriminated against, but also the right to create a discrimination that permits these groups to achieve real equality. For example, job stability is strengthened for pregnant women, indigenous groups are given autonomy in their native territories, there is a quota law which guarantees a minimum level of participation by women in the governing of the country, there are special congressional

seats reserved for Afro-Colombian and indigenous representatives, and religious groups that have been recognized by law are exempt from paying taxes.

But in Colombia, there has never been affirmative actions taken to guarantee real equality for people whose sexual preference is not heterosexual. The right to diverse sexual options has only been recognized in Colombia since the 1991 Constitution, in the 1936 criminal code, which was in force until 1980, sodomy was classified as a felony crime. In this country, there has never been a policy to protect same-sex partners, to recognize them as a family unit, or to protect their cultural expressions. Only the Constitution has generated a space of tolerance and plurality, however it does not specify how that space can be practically developed.

The second form of protection has been established by the Constitutional tribunal, however the extent of the protection through its jurisprudence is limited. Initially, the Court did not guarantee the development and protection of the LGBT population, it only made arguments related to procedure, or to individual rights, and in certain cases it did not offer protection at all. However, the rights of this population were never recognized in respect to its condition as a manifestly weak group. Today, there has been an evolution in the jurisprudence, compared with the first rulings of the Constitutional Court. The protection of the rights of LGBT persons now includes the elimination of discrimination due to sexual preference, the recent rulings reiterate the fact that the protection of free sexual preference is an inherent individual right.

"In the sphere of personal autonomy, sexual diversity is clearly protected by the Constitution, precisely because it, without any doubt, aspires to set a judicial standard in which 'diverse forms of human life can coexist'. It should be understood that sexuality is a fundamental part of human life which involved not just the most intimate and personal sphere of individual life, but is also related to the field of fundamental freedoms, and free development of the individual personality. This means that the state and individual persons cannot interfere in this sphere, unless there is a pertinent public interest. The state, as guarantor of the diverse exercise of rights of the collectivity, should be neutral in regards to different sexual manifestations, such as homosexuality, without imposing specific ideological or moral criteria" (T-268/00).

However, the protection that LGBT persons should receive in a social democratic state, demands a more active defense which permits them to achieve a real equality, in a legal order which permits them to develop their own culture, and not just the guarantee of not being discriminated against.

Work, for all people, is not just a social necessity but also a human value, a mechanism of self-realization and of the development of the human personality. In the Colombian legal order, the right to work and rights at work are the mechanisms that permit people to live well, without humiliations, and as such work and labor rights are instruments that permit the self-protection of peoples' dignity. In regards to people who are a state of manifest weakness, work and its guarantees offer the possibility of adaptation and development of the individual personality,

allowing the establishment of a life project as part of society, regardless of lifestyle. For this reason, for disabled people, Afro-Colombians, indigenous people, and LGBT persons, work is an essential element to guarantee societal harmony.

As Krzysztof Drzeweki states, human rights related to work can be divided into categories: 1) rights related to employment, abolition of slavery and similar practices, freedom to choose employment, the right to protection of employment and against unemployment, among others; 2) rights derived from employment, such as the right to a finite workday and vacations, among others; 3) the right to decent treatment and against discrimination; and 4) instrumental rights such as the right to organize and to collectively bargain, among others. In this sense, the protection that the Court has granted for LGBT persons is limited, as it only protects the right to no-discrimination in the workplace for having a sexual preference other than heterosexual, guaranteeing that workers cannot be sanctioned or fired due to their sexual preference. However, for groups with a manifest debility, such as the LGBT population, this guarantee is not enough in a hostile social framework, and such it is necessary to establish affirmative actions until real equality is achieved.

The defense of the rights of LGBT persons by the Constitutional Court has been very ambivalent. For example, it has strongly defended the right to free sexual preference, and against discrimination, but it has denied other fundamental rights for LGBT persons, such as their right to constitute a legal family and to social security for LGBT couples. As the protection of LGBT persons depends on

the context, the Court protects people with non-heterosexual sexual preferences, always when it is not necessary to protect their sentimental partner. For that reason, LGBT persons enjoy the right to employment and to no-discrimination in the workplace, but are not granted social security for their partners, or job stability, or for that matter, any kind of special prerogative which would allow them to achieve real equality and full development of their culture.

However, the Constitutional Court establishes limits to the protection of social rights. The lack of competence of the Court, the limited concept of labor rights, and the precarious constitutional interpretation of these rights, are structural obstacles that cannot always be overcome. Regarding the right to work for LGBT persons, the Court has only had the possibility to express itself regarding the teaching, notary, and military professions.

Labor protection to LGBT persons in the armed forces

In the lawsuit against Decree 85 of 1989, which reformed the disciplinary regime of the armed forces, article 184 was challenged. Ruling C-507/99 was the response.

Article 184. A fault is committed against military honor [...] While on duty and while not on duty.

The following are considered faults against military honor:

c) Associate with or maintain an open relationship with persons with a criminal background, or are considered delinquents of either gender, or anti-social persons such as drug addicts, homosexuals, prostitutes,

and pimps;

d) Carry out homosexual acts, or practice or encourage prostitution;

The Constitutional Court declared that Article unconstitutional, with the following arguments:

“In this sense, the Court has considered that if the sexual self-determination of the individual is a manifestation of his fundamental liberties and his autonomy, which in effect it is, neither the State nor the society can obstruct the free process of formation of a specific sexual identity, as this would lead to accepting as valid the shunning and negation of persons for reasons associated with an existing state policy.

“[...] Prostitution and homosexuality are in effect, valid sexual options in the context of our social democratic state, which means that those who have assumed those lifestyles, without affecting the rights of others, cannot be objects of discrimination. To the contrary, according to the voices of the Political Constitution, their condition as free and autonomous persons should be fully guaranteed and recognized by the legal order, in equality of conditions with respect to the other members of the community” (C-507/99).

Although this position changed jurisprudential precedents, the granting of protection for people with different sexual options was a great obstacle for some judges. For example in the ruling T-037/95, a student was expelled from Simon Bolivar School for homosexual acts, in this case, the revision of the lawsuit by the Court affirmed that:

“Equality under the law does not consist in admitting that whoever presents an abnormal condition —such as homosexuality— is au-

thorized to explicitly and publicly act, with the goal of satisfying his inclinations, and incurring, without being punished, in conduct that is not appropriate in educational settings, and even less so when this conduct is practiced in an institution whose most important mission is to demand of those who are affiliated to it compliance with the highest of virtues”.

In ruling T-097/94, a student was expelled from the Eduardo Cuevas police academy, who was accused of carrying out faults related to inappropriate conduct, when a classmate declared seeing him making “mutual caresses, embraces, and other immoral and abnormal acts between two men, in violation of Article 121 Decree 1000 of 1989”. The Court protected his right to due process, since other classmates were not permitted to testify in his defense, however, it also pronounced regarding homosexuality in the national legal order, affirming:

“31.3 For being homosexual, no person can be subjected to a judgment regarding their personal or institutional dignity. The pejorative character of the popular representation of homosexuality cannot be a motive for the armed forces to consider this condition to affect its dignity.

“31.4.3 The sanction of a person due to his homosexuality cannot be based on moral judgments, or even on the mere hypothetical probability that the institution can be prejudiced, but only based on a clear and objective deviation from the normal development and objectives of the armed forces.

It is important to emphasize that the Court prohibits in all cases, homosexuality in the barracks and police academies. However, understanding this, it should be interpreted

that homosexuality itself is a manner of being or an individual and intimate option, and cannot be penalized [...]”.

In this ruling, it can be observed how the Constitutional Court recognizes that the defense of free sexual preference is a polemical topic, which cannot be protected directly but indirectly through the protection of other rights, such as due process. In this same ruling, there is a dissenting opinion which is completely pejorative against the concept of free sexual preference:

“Despite this, I should qualify my vote with the statement that, I believe that the recognition of due process does not go against the unalienable right that all institutions —and especially the armed forces and the police, due to their function— have to impede that included in their membership are homosexuals” (A.V. T-097/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Labor protections for LGBT teachers

The Constitutional Court went further in regards to protections for teachers with different sexual preferences, this widening the jurisprudence on the topic. In the ruling 481/98, a study was made of Decree 2277 of 1979, which established norms regarding the exercise of the teaching profession. Despite the fact that this decree was implicitly overturned by the unitary disciplinary statute, the Court examined the constitutionality of this decree to assure that if there is a possibility that it can still be used, the fundamental rights of the people who were sanctioned as a result of this norm would be fully protected.

The Decree listed as causes of bad conduct (Article 46) The following facts, fully proven, constitute causes of bad conduct:

B. EI homosexuality or the practice of aberrational sexual practices

To resolve this lawsuit, the Constitutional Court opened up a democratic space for discussion, convoking diverse organizations such as LGBT groups, the Ministry of Education, the Colombian Institute of Family Well-being, anthropologists, psychologists, doctors, sexologists, and ordinary citizens. Each organization presented numerous arguments in defense of each one of its interests, such as:

"[...] homosexuals can carry out their sexual abnormalities, but in a discreet way, and far from school zones. Teachers should be models of good behavior, since any kind of vice can seriously affect the personal formation of the child. The person who signs this statement believes that homosexuality is an abnormality, with dire consequences, since it has permitted the spread of lethal diseases and alters the healthy development of a person. For this reason, he believes that the State cannot permit that a child, who is only in the beginning stages of the formation of his personality, to be helplessly placed in an environment controlled by homosexuals. For this reason, many parents believe that 'the rights given to HOMOSEXUALS are not real', since they are claims made for the benefit of 'diseased practitioners of abnormal sex' [...]" (intervention of citizen Isaac Robledo).

The Court also mentioned other testimonies, that due to their violence, were not published, which talked of "[...] sadists,

masochists, homosexuals, thieves, assassins, misers, are mentally ill people who should put themselves into psychiatric care [...]", "homosexuals should be considered diseased, perverted, even dangerous persons [...]", "we should demand an educational system with "honest professors, with heterosexual inclinations, and not with degenerated GAYS who at this unfortunate time can be found in the highest spheres of the government and the society [...]". These texts demonstrated to the Court the high level of emotion and intolerance linked to the topic they were charged to rule on.

In the study of whether or not a law can classify homosexuality as a disciplinary fault, the Court presented a scientific discussion on the origin of homosexuality, and on the debates on whether or not homosexuality is a natural condition or a free sexual option. However the Court affirmed:

"12. More important is the fact that these old homophobic conceptions contradict the essential values of contemporary constitutionalism, which is founded in pluralism and in the recognition of the autonomy and equal dignity of all people and of their lifestyles (Constitution, articles, 1, 13, and 16). For this reason, this Court has already clearly signaled that 'homosexuals cannot be an object of discrimination due to their condition. The fact that their sexual conduct is different that that which the majority of the population practices, does not justify unequal treatment'.² In this context, it is natural that the social marginalization of homosexuals has spurred a passionate legal debate, which has been influenced by the

2. Decision T-539 of 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Consideration of the Court 2.2.

scientific research conducted on the origin of the sexual orientation of certain persons”.

“15. The Constitutional Court recognizes the complexity and difficulty of the previous debate, especially from a scientific point of view. It is also clear that this Court is not authorized to take part in a decision about the origins of homosexual behaviors, or determine if these investigations are or are not relevant, since the Court is the arbiter of constitutionalism, and not a scientific research committee [...]” (C-481/98).

Despite this conflictive debate, to make their decision, the Constitutional Court demonstrated that within the Colombian legal order, the origin of one’s sexual orientation is not relevant, since if homosexuality is a natural condition, it is necessary to protect the fundamental right to equality and against discrimination, since it is not possible to punish someone for something that is innate in them. If homosexuality is a free option that the subject has taken, the protection of the free development of one’s personality is equally fundamental. As a consequence of this, according to the jurisprudential sub-rules that both kinds of protection are the same, the Constitutional Court reiterated in this ruling the theory of the suspicious criteria as a form of protection against discrimination:

“[...] suspicious criteria used for classification can be considered according to the following categories: those that 1. are based on permanent traits of the person, of which he or she cannot suppress of their own will, at the risk of losing their identity; 2. those characteristics have been historically linked to processes of cultural evaluation which have tended to look negatively at them, and 3. they do not

constitute, per se, criteria that can be used to carry out a rational and equal redistribution of goods, rights, or social responsibilities. If we accept the thesis on the biological root of homosexuality, an application of these criteria permits us to conclude that the difference in treatment due to sexual orientation should be prohibited in principle, as it is based on a characteristic determined by an accident of birth, that has been historically linked to segregation, and cannot be used to redistribute goods or responsibilities”.

But at the same time, the Court affirms in the same judgment:

“Although this Court has clearly indicated that, in the interpretation of Article 16 of the Constitution, in which the right to free development of the personality is enshrined, the interpreter should emphasize the word ‘free’ more than the expression ‘development of the personality’, as this norm does not establish that there are determined models of personalities which are acceptable and others that are excluded by law. This disposition only signals that “each person can select for themselves their particular lifestyle, and develop their personality in agreement with their interests, desires, and convictions, when and only when this does not affect the rights of third parties or violate Constitutional order” (C-481/98, citing ruling C-309/97).

For this reason, this Court has recognized that, through the interpretation of the Constitution and particularly of the recognition of the right to free development of the personality (Article 16), a true right to personal identity is established. This right is closely linked to autonomy, identifying people as shapers of their own self-determination, who are responsible

for themselves, and who regulate themselves, basically they are responsible for themselves, their acts, and their environment.

Given this, it is logical to conclude that sexual preference and the assuming of a determined sexual identity —with one possible option being homosexuality— is part of the core interpretation of the fundamental right to the free development of the personality (Article 16). In this sense, the Court has affirmed that the specific sexual orientation of a person, is an issue which is part of the scope of one's individual autonomy. This permits that people can adopt the lifestyle that they choose, when and only when this lifestyle does not violate the legal order or other people's rights.

23. Given the above, in our Constitutional order, the homosexual orientation, even if it is freely adopted and not biologically determined, cannot be a criteria in the law to restrict the access of a person to a determined good, or be penalized by law, otherwise the authorities would be affecting the free development of the personality (Article 16) but also negating the pluralism which is protected by the Constitution (Article 7).

Due to this, free sexual choice is protected, as well as no-discrimination due to sexual orientation, through rigorous Constitutional controls, or the so-called strict equality test. This is because any discrimination due to sexual orientation is in the end, a form of discrimination due to sex, and this type of discrimination can only be applied if 1. it satisfies a legitimate interest, if 2. there is no other measure that can be taken in order to satisfy that interest, and 3. it is strictly proportional.

The Court argued that, in the case of teachers, if it is true that protection of minors

is a legitimate concern, the measure is not adequate to achieve that end, since statistics show that 95% of pedophiles are heterosexual. In addition, there are many studies that show that there is no empiric evidence that demonstrates that homosexuals are more likely to abuse minors. Even though children's rights are held above labor rights, "what is inadmissible is the presumption that, against all empirical evidence, that only homosexuals abuse children, and that all homosexuals do this. This is precisely the assumption that this norm makes, which reserves these disciplinary measures for homosexuals, as if heterosexuals were not susceptible to these kinds of crimes, and if all homosexuals were inclined to practice these kinds of behaviors". It is not a responsibility of the state to prevent at any cost that a young person develops a homosexual orientation, as it is part of the fundamental right to the free development of the personality, which implies the no-intervention of the state in the choice of sexual orientation of individuals.

Protection of LGBT persons in the civil service – notaries

Decision C-373/02 pronounced on the lawsuit against Law 588 of 2000, which in article 4, paragraph 2 said:

"for the commission of errors listed in Article 198 of Decree-Law 960 of 1970, it is prohibited to apply for the position of notary"

The decree that regulated the disqualification of notaries, said in article 138 number 1 and 6, that a person can be disqualified for participating in the civil service exams for the position of notary if they "carry out homosexual practices or for the mere fact of being

homosexual", among other reasons.

It is clear that the Congress is the authorized, legitimized institution to make legislation on criteria for disqualification that are mentioned in the Constitution. If the nature of the job demands other, stricter criteria for disqualification, such as in the case of notaries, the Congress can publicly announce them. These additional criteria can be created when necessary, when and only when they do not go against the principles, rights, and guarantees that are established in the Constitution. We know that, on exceptional occasions, these rights can be limited, however only in cases which meet criteria of necessity, proportionality, and rationality, to protect values or principles of a higher order. In a social democratic state, where the human being is the root and center of the entire society, and which has the characteristics of being pluralist, participative, and founded on human dignity, it is not possible or reasonable to limit someone's access to the civil service exams for the job of notary, solely due to their sexual preference.

Due to their function, the notary should be a suitable person, with an excellent track record in regards to their job performance and their position within the civil service. Disqualifications for the position of notary can only be based on objective errors that have been committed, without delving into the personal conditions of the applicant, since the law regulates the acts that people carry out in society, thus eliminating any moral consideration. As the Court said:

"In this way, an interpretation of the norm which contradicts the Constitution must be excluded from the legal order, since it does

not recognize the relation of proportionality that should exist between the mechanisms set up to assure the excellence and proficiency of the notaries. The rights of the people who aspire to be notaries include the right to acquire a civil service job, the right to employment, and the right to freely choose one's profession or trade" (C-373/02).

Social Security for LGBT persons - a lack of protection

When addressing this topic, it is necessary to make a clarification regarding the concept of social security. This concept is very broad, it includes health care, and even sports and recreation in an abstract way, however in this article, when we refer to social security, we will be referencing the concept of integral social security, which includes health care, pensions, and insurance for occupational hazards.

There is no discrimination related to insurance for occupational hazards, since all employees must be affiliated to this insurance by their employer. However, regarding pensions, surviving family members have a right to a pension when, as a consequence of the death of the pensioner, they are left without any source of income.

The criteria used to pay out the survivors' pension are not the same as those used by the Civil Code when successors are named. The benefits of this kind of pension are given to those persons who fit the requirements, who had the closest relationship to the pensioner, in the following order.

1. Spouse or permanent life partner, underage children less than 18 years old, and children up to the age of 25, if they are cur-

rently in school, 2. If nobody in the anterior category applies, the parents can apply for the pension, if they are economic dependents, and 3. If nobody in the anterior categories applies, the siblings can apply for the pension.

It can be noted that this norm attempts to protect the persons who are closest to the worker, and who have an intimate emotional link with that person. However, this benefit has been denied for same sex partners. This is incomprehensible, if the reasoning behind the norm is to protect the people most intimately linked to the defunct pensioner, why is this possibility denied for partners with a non-heterosexual and non-monogamous sexual preference, if the most important person for a homosexual is their partner? Why does the law not protect unconventional families? Why do partners with different sexual preferences not figure in the law?

These norms clearly deny the LGBT community their rights, and fail to recognize the obligation of the State to protect diversity and guarantee real equality, as stated in Article 13 of the Political Constitution. According to this article, a general and no-discriminatory protection must exist. However, this is negated by these norms, which permit violations of the rights to free sexual preference and free development of the personality, as well as other principles which the Colombian state is based upon. Due to this, new norms must be formulated, which interpreted according to the Constitution, can rule favorably with respect to groups who require a special, integral, and opportune protection.

Regarding health care for homosexual partners, the discrimination is much more obvious, since the law currently in force prohibits

that non-heterosexual and non-monogamous life partners, can receive health insurance through the other person in the relationship. The argument used to sustain this, is that this right is intimately related to the traditional family composed of a man and a woman, and thus cannot be exercised for same sex partners.

Decision SU-623 of 2001 ruled upon the lawsuit presented by a homosexual citizen in an attempt to protect his right to health care, social security, and the free development of the personality of his permanent life partner, since when he attempted to affiliate his same sex partner to his health insurance plan as a beneficiary, this request was denied, despite the fact that their relationship fulfilled all the requirements to be considered a common law marriage. However, the benefits that stem from this kind of relationship, such as the common ownership of household wealth, only are given to partners of different sexes, as stipulated by Article 42 of the Constitution. Therefore, the decision ruled against the petitioner, claiming that his rights and guarantees were not violated, as the situation was conducted according to the parameters of the law:

“The legal dispositions which determine who are the beneficiaries of the person affiliated to the contributive health care insurance scheme, continuously reference the concept of family, and related to this concept, ‘the spouse or life partner of the affiliate whose relationship has existed for at least two years.’ As it can be seen through the reading of the title of the article —‘family coverage’— the term ‘life partner’ presupposes a heterosexual relationship. To confirm this, the definition of

the concept of family in the Constitution can be consulted" (SU-623/01).

Later in the same decision, it is argued that the State does not have to be held responsible for the negative attitude that society has regarding these vulnerable groups, especially since in this case, this would imply that the State would have to pay high costs to provide this service:

"The determination that the Constitutional test makes in regard to the criteria of assessment defined by the legislator, should take into consideration the specific context of the problem regarding the distribution in question. This means that the legislative decision to exclude determined historically marginalized social groups—in this case, homosexuals who live in same sex partnerships—in the assignment of certain benefits—the affiliation as beneficiaries of their partner to the contributive health insurance scheme— does not necessarily violate the right to equality. This is due to the fact that the marginalized situation in which part of the population suffers, does not lead to an obligation by the State to compensate said group, through the assignment of certain social benefits, without taking into consideration the reasons or conditions of marginalization. In these cases of social marginalization, it is necessary that the Constitutional analysis considers if the criteria of assessment that has been taken into consideration to include or not a determined group as beneficiary of a social service—in this case, the existence of a same sex partnership—is sufficient to guarantee the protection of the rights that have supposedly been violated - equality, social security, free development of the personality, health care. Regarding social security, the multiplicity of

criteria of assessment that the legislators can take into account, leads to the conclusion that the Constitutional test should be less rigorous, due to the fact that economic, budget, and demographic considerations must be also made. This implies that the widening of coverage must be carried out in a responsible way, which ensures the continuity of the provision of the service".

This is incoherent, and even unconstitutional, because if in our Constitution, norms of a higher order are not implemented in reality, these principles, rules, laws and values fixed on paper do not mean anything, if they are not made effective. This is to say, the law exists, but the Constitutional Court cannot protect it, due to budget restrictions. This fallacious argument shows the deficiencies in the protection of diversity that supposedly exists in Colombia. We ask, then, if there are budget problems, then fundamental rights cannot be protected? Does the protection of marginalized groups depend on the will of the legislator? Is the Constitutional test the mechanism which creates uncertain hopes for protection and assistance?

As the Constitutional Court judges Cepeda, Araujo Renteria, Cordoba Trivino, and Montealegre explained in their minority decision related to this ruling, integral social security must be in accordance to the principles of solidarity, efficiency, and universality, interpreting this last concept differently from in the ruling which allows for a proportional coverage for such persons in the health care regime. However, this is already regulated by Law 100 of 1993, which states that this new regime covers all persons, without discrimination, so that the principle of universality must

imply the protection of all inhabitants, without differentiating them. It is impossible to decide who lives and who dies, the universal nature of the norm must cover everyone, no matter where they are located and without any kind of discrimination. This concept is interpreted in the following quote:

“The progressive expansion of the health care system does not signify that, due to the law, some people must be temporarily excluded from this system. What it does mean is that the medical services that all Colombians have a right to can vary and that the quantity of these services will gradually expand and equal out. For example, those persons who are affiliated to the contributive regime have a right to a greater number of medical services than those who are affiliated to the subsidized regime, and as such the legal mandate is to progressively equalize the two regimens. The judges who sign this decision are conscious of the fact that, on occasion, material conditions can impede the State from carrying out certain Constitutional and legal mandates. For example, in the case of public policy on health care, sometimes it is forcibly necessary to decide to which group resources should be designated first. But in no way can this justify that the norms exclude entire groups of people. One issue is the material impossibility of complying with the Constitutional and legal obligation to offer health care to someone, and another, very distinct issue, is the juridical justification of their exclusion. The principle of universality does not cease to exist at the door of the residences of same sex partners” (S.V. SU-623/01).

The right to health care does not include any kind of legal or Constitutional norm which

denies or prohibits the protection of LGBT persons, and if it did include that prohibition, it would be held unconstitutional, as Article 4 of the Constitution establishes that the right to health care protects all people. Article 48 of the Constitution stipulates that no person can be denied affiliation to the contributive social security regime, and especially the health care regime, despite the weak arguments related to Article 42, which has a restrictive concept of the family. The right to health care and to life is protected by the Constitution, which should be interpreted as a whole. The Constitution guarantees special protections for vulnerable sectors in Article 13, guarantees the free development of the personality in Article 16, and stipulates the participative and pluralist character of the Constitution in Article 1. The restrictive interpretation of a single article to define the right to health care for the LGBT population, despite the fact that many other articles exist that protect diversity, means that this decision does not solve the problem, in fact it expands the discrimination, violating the prerogatives of the Constitution.

“There is no Constitutional norm that prohibits homosexuals from claiming the right to health care. On the contrary, this right is expressly guaranteed for all people. There is no legal norm which restricts the right to health care for heterosexuals. The dispositions related to the topic are neutral in regards to sex and sexual orientation. On the contrary, the legal norms make affiliation to the health care system mandatory, declare obligatory the right to health care, and contain a broad definition of the principle of universality, which includes a categorical prohibition of any form of discrimination” (S.V. SU-623/01).